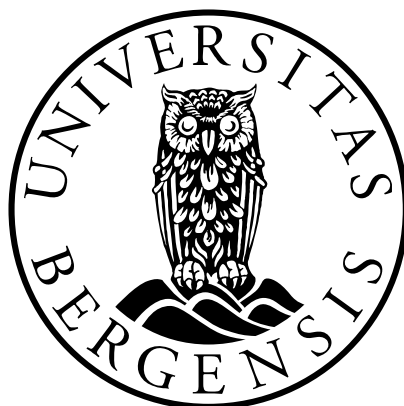


Sivile som deltar direkte i fiendtligheter

Kandidatnummer: 143

Antall ord: 14 697



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet	3
1.3 Rettskildebildet og metode	5
1.4 Fremstillingen videre	8
2 Rettslige utgangspunkter	9
2.1 Introduksjon av regelen om direkte deltakelse	9
2.2 Skillet mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter	10
2.2.1 Internasjonale væpnede konflikter	11
2.2.2 Ikke-internasjonale væpnede konflikter	12
2.3 Aktørene i væpnet konflikt	13
2.3.1 Kombattant som folkerettslig status	13
2.3.2 Sivil som folkerettslig status	14
2.3.3 Unlawful combatants.....	16
3 Deltar i «fiendtligheter»	19
3.1 Tolkning av «fiendtligheter»	19
3.2 Avgrensning mot generell krigsinnsats	20
4 Sivile som «deltar direkte».....	22
4.1 Tolkning av «direkte».....	22
4.2 Ulike tilnærminger til vilkåret «direkte»	23
4.3 Mulige krav til «direkte» deltakelse	25
4.3.1 Skadeomfang	25
4.3.2 Årsakssammenheng.....	27
4.3.3 Hensikt	31
4.4 Utvalgte problemstillinger	32
4.4.1 Klare tilfeller av «direkte» deltakelse	32
4.4.2 Frivillige menneskelige skjold	33
4.4.3 Aktiviteter tilknyttet IEDs	36
5 «Så lenge» deltakelsen pågår	39
5.1 Start- og sluttidspunkt for deltakelsen	39

5.1.1	Fastlegging av start- og sluttidspunkt.....	39
5.1.2	Forberedelser og deployering.....	40
5.2	Varigheten av tapt beskyttelse.....	42
5.2.1	Rekkevidden av svingdørbeskyttelsen.....	42
5.2.2	Lengre tap av beskyttelse ved regelmessig deltakelse.....	43
6	Avsluttende refleksjoner.....	48
	Litteraturliste.....	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er den rettslige reguleringen av sivile som deltar direkte i fiendtligheter under internasjonale eller ikke-internasjonale væpnede konflikter. Det overordnede spørsmålet er hva som skal til før sivile anses for å delta direkte i fiendtlighetene, slik at de mister den sivile beskyttelsen. Det reises også spørsmål om hvor lenge sivile mister beskyttelsen når de deltar direkte.

Problemstillingen faller innenfor rettsområdet krigens folkerett, eller internasjonal humanitærrett, som regulerer hvordan en væpnet konflikt skal utkjempes.¹

1.2 Aktualitet

Reguleringen av sivile som deltar direkte i fiendtligheter har særlig de ti siste årene fått økt oppmerksomhet.² Her skal tre årsaker fremheves.

For det første blir det stadig færre internasjonale væpnede konflikter (stat mot stat) og flere ikke-internasjonale væpnede konflikter (stat mot ikke-statlig aktør(er)). I 2017 var det 38 ikke-internasjonale væpnede konflikter i verden,³ hvor sivilpersoner griper til våpen mot en stats væpnede styrker eller mot andre ikke-statlige aktører, se kapittel 2.2.2. Eksempler på denne nye globale trenden er den arabiske våren i Midtøsten, hvor sivile opprørere krevde regimeendring,⁴ eller fremveksten av den sivile opprørsgruppen ISIL under borgerkrigen i Syria.⁵ Følgelig kan ikke sivile lenger betegnes som «de uskyldige» i en væpnet konflikt.⁶

Sammen med økningen av ikke-internasjonale konflikter, er det i dag flere sivilpersoner som engasjerer seg i ulike ikke-statlige grupperinger, eksempelvis en opprørsgruppe. Dette gjelder

¹ Om begrepsbruk, se Solis (2016) s. 23. Krigens folkerett eller *jus in bello* («rett i krig») og må skilles fra *jus ad bellum* («rett til krig»), altså adgangen til å bruke væpnet makt ovenfor en annen stat, jf. Solis (2016) s. 23 og Ruud (2011) s. 249. Se FN-pakten art. 2 (3) og (4).

² Crawford (2015) s. 49.

³ Geneva Academy, *The War Report* (2018) s. 29.

⁴ «Den arabiske våren» (2017) <https://www.fn.no/Konflikter/Afrika/Den-arabiske-vaaren>.

⁵ «Den islamske staten IS» (2017) <https://www.fn.no/Konflikter/Den-islamske-staten-IS>.

Gruppen er også omtalt som IS, ISIS, Daesh eller den islamske «stat».

⁶ Johansen (2017) s. 200 (min oversettelse).

både for sivile som bor i et konfliktområde der en ikke-statlig gruppering regjerer, men også sivile som reiser utenfor sitt eget land. Sivile som engasjerer seg i en konflikt kan være motivert av ideologi, profitt eller annet. FN har fremhevet at fremmedkrigere, altså «enkelpersoner [som] reiser til utlandet for å delta i væpnet konflikt» er et økende problem,⁷ og aldri før har så mange personer fra Norge reist ut av landet for å kjempe sammen med ulike ikke-statlige aktører.⁸ Dagens teknologi gjør det enklere enn noen gang å kommunisere og reise på tvers av landegrenser, hvilket også bidrar til at sivile engasjerer seg i væpnede konflikter.

For det tredje har statlige væpnede styrker i økende grad tatt i bruk sivile kontraktører, såkalte *Private Military Contractors* eller *Private Military Security Companies*.⁹ Sivile kontraktører er sivilpersoner som ansettes av statens væpnede styrker, til alt fra militær assistanse i frontlinjen, til logistikk og vaktjenester.¹⁰ Både nasjonalt og internasjonalt har sivile kontraktører fått mye oppmerksomhet.¹¹ Det sentrale i denne sammenheng er at sivile kontraktører gjør arbeid i, eller tett på, en konfliktsone og kan potensielt miste sin sivile beskyttelse. Sivile kontraktører benyttes både fordi forsvarssektoren har behov for den sivile sektorens teknologi og kunnskap, og av økonomiske grunner. For Norges del har Regjeringen uttalt at blant annet «forsynings-, vedlikeholds- og verkstedtjenester» i større grad skal utføres av sivile kontraktører.¹² I lys av den «stadig voksende internasjonale sikkerhetsbransje» er det grunn til å anta at bruken av sivile kontraktører vil fortsette.¹³

⁷ Prop. 44 L (2015-2016) s. 20 og FN, *Enhancing the Understanding on the Foreign Terrorist Fighters Phenomenon in Syria* (2017) s. 7.

⁸ Prop. 44 L (2015-2016) s. 6.

⁹ Se Cameron, *Private military companies* (2006).

¹⁰ *Ibid.*, s. 576.

¹¹ Crawford/Pert (2015) s. 105. Se «Sivile helikoptre bryter med folkeretten» (2017) <https://www.aldrimer.no/sivile-helikoptre-bryter-med-folkeretten/> og «FBI says guards killed 14 Iraqis without case» (2007) <http://www.nytimes.com/2007/11/14/world/middleeast/14blackwater.html>.

¹² Prop. 151 S (2015-2016) s. 81. Se «Frame Agreement with the Norwegian Armed Forces» (2017) <https://grieglogistics.no/news/frame-agreement-norwegian-armed-forces/> og «Forsvaret inngår beredskapsavtale med Bertel O. Steen» (2018) <https://forsvaret.no/presse/forsvaret-inng%C3%A5r-beredskapsavtale-med-bertel-o-steen>.

¹³ Forsvarsdepartementet (2010) s. 1.

1.3 Rettskildebildet og metode

Artikkel 38 i statuttene for den internasjonale domstol (heretter ICJ) antas å angi rettskildene som gjelder generelt i folkeretten.¹⁴ De primære rettskildene er internasjonale traktater og sedvanerett, mens rettspraksis og juridisk teori er sekundærkilder.¹⁵

Tolkningen av internasjonale traktater vil skje i tråd med juridiske prinsipper for traktattolkning etter Wienkonvensjonen artikkel 31-33, som reflekterer folkerettslig sedvanerett.¹⁶ Sentralt i humanitærretten er de fire Genèvekonvensjonene og de tre tilleggsprotokollene (heretter TPI, TPII og TPIII), som skal beskytte krigens ofre.¹⁷ Innholdet i Genèvekonvensjonene reflekterer folkerettslig sedvanerett.¹⁸ Tilleggsprotokollene inneholder enkelte bestemmelser som anses som kontroversielle og gjelder kun for stater som har ratifisert protokollene.¹⁹

Det er ingen overordnet domstol i det folkerettslige systemet,²⁰ men i praksis anvendes de humanitærrettslige rettsreglene både av adhocdomstoler som krigsforbrytertribunalet for Jugoslavia (heretter ICTY) og krigsforbrytertribunalet for Rwanda (heretter ICTR), samt av domstoler som ICJ og den internasjonale straffedomstolen (heretter ICC). Rettspraksis fra disse domstolene vil, også som sekundærkilde, normalt tillegges stor vekt.²¹ På grunn av manglende internasjonal lovgivningsmyndighet i folkeretten, kan rettsavgjørelser være viktig for utviklingen av humanitærretten.

Nasjonal rettspraksis vil i utgangspunktet kun ha veiledende betydning, men er særlig relevant ved mangel på internasjonal rettspraksis og i samråd med andre tilgjengelige rettskilder. Høyesterett i Israel har behandlet flere viktige saker om krigens folkerett og har erfaring med spørsmål innenfor humanitærretten på grunn av landets pågående konflikt. *Targeted killings*-dommen, som gjaldt israelske styrkers målrettede angrep mot mistenkte terrorister,²² er en av få dommer som har vurdert innholdet av regelen om direkte deltakelse. Dommen er omtalt

¹⁴ Ruud (2011) s. 66.

¹⁵ Se også Dahl (2008) s. 24.

¹⁶ Iran v. US, avsnitt 3.03.

¹⁷ Ruud (2011) s. 249, Dahl (2008) s. 24 og Solis (2016) s. 23.

¹⁸ Fleck (2013) s. 26, Crawford/Pert (2015) s. 14, Johansen (2017) s. 204 og Nuclear Weapons, avsnitt 79 og 80.

¹⁹ Dahl (2008) s. 47 og Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, avsnitt 117.

²⁰ Ruud (2011) s. 23.

²¹ Dahl (2008) s. 27.

²² PCATI v. Israel, Factual Background.

som domstolens «most prominent decision»,²³ og som «valuable» for utviklingen av krigens folkerett.²⁴

Hvilke folkerettslige regler som gjelder, avhenger av konfliktenes folkerettslige kategorisering. Konfliktenes kategori, enten internasjonal eller ikke-internasjonal, behandles i kapittel 2.2. Det sentrale i denne sammenheng er at «hele det humanitærrettslige regelverket» kommer til anvendelse i internasjonale konflikter,²⁵ hvilket omfatter de fire Genèvekonvensjonene, samt TPI og TPIII for ratifiserende stater. For ikke-internasjonale konflikter gjelder nasjonal rett og folkerett som to atskilte rettssystemer, med mindre nasjonal rett gir folkeretten direkte virkning. Det finnes betydelig færre humanitærrettslige regler for ikke-internasjonale konflikter og i utgangspunktet gjelder kun Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 3, samt TPII for ratifiserende stater. Betegnelsen «felles» vil si at bestemmelsen gjentas i alle de fire Genèvekonvensjonene. Fellesartikkel 3 er omtalt som «a minimum yardstick»,²⁶ og som en «[c]onvention in miniature»,²⁷ og setter dermed standarden for både internasjonale og ikke-internasjonale konflikter. Utviklingen i folkerettslig sedvanerett har gjort at forskjellene i rettskildetypen for internasjonale og ikke-internasjonale konflikter i dag er «vesentlig redusert».²⁸

Den internasjonale Røde Kors-komiteen (*International Committee of the Red Cross*, heretter ICRC) skal beskytte og overvåke at Genèvekonvensjonene blir fulgt, jf.

Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 9, og ICRC har dermed en unik posisjon i humanitærretten.²⁹ Deres arbeid er omtalt som «particularly valuable» og har vært sentralt for utviklingen av internasjonal humanitærrett.³⁰ Arbeidet vil ha rettskildemessig status som juridisk teori, jf. ICJ-statuttens artikkel 38 (1) (d), men har stor betydning på grunn av ICRCs spesielle posisjon i humanitærretten. ICRC har foretatt en omfattende studie for å klarlegge innholdet av folkerettslig sedvanerett (heretter ICRC sedvanerettsstudie).³¹ Studiet har vært kritisert for å ha «utilstrekkelig forankring i praksis»,³² men har likevel en betydelig argumentasjonsverdi. For oppgavens del vil det føre for langt å konkret vurdere de enkelte

²³ Ragan, *The Experience of Israeli's Supreme Court* (2011) s. 64.

²⁴ Ben-Naftali/Michaeli, *Legality of Preventive Targeted killings* (2007) s. 463.

²⁵ Prop 44. L (2015-2016) s. 14.

²⁶ Nicaragua v. US, avsnitt 218.

²⁷ ICRC kommentar til GK fellesart. 3 (2016) note 365.

²⁸ Prop 44 L (2015-2016) s. 14.

²⁹ Se Ruud (2011) s. 104.

³⁰ Mohammed v. State for Defence, avsnitt 171.

³¹ Henckaerts og Doswald-Beck, *Customary IHL Database*.

³² Dahl (2008) s. 26.

reglers forankring i nasjonal praksis og derfor vil innholdet av sedvanerettsstudien legges til grunn.

Sentralt for oppgaven er særlig ICRCs *Interpretive Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities* (heretter ICRCs Interpretive Guidance/veiledningen).³³

Veiledningen var resultatet av en femårs prosess, hvor ulike folkerettsekspertter som akademikere, offiserer og representanter fra interesseorganisasjoner deltok for å klarlegge innholdet av regelen om direkte deltakelse.³⁴ Veiledningen representerer ICRCs eget syn og ikke nødvendigvis en enstemmig oppfatning blant ekspertene.³⁵ Veiledningen har mottatt mye kritikk, hvilket skal redegjøres for i kapittel 4.3.

En ytterligere rettskilde i krigens folkerett er militærmanualer. Manualene etablerer normer for statens væpnede styrker og gir uttrykk for hvordan stater tolker enkelte regler i humanitærretten. Militærmanualer har rettskildemessig status som juridisk teori, jf. ICJ-statuttene artikkel 38 (1) (d) og er en sekundærkilde, men kan ha stor rettslig argumentasjonsverdi.

Krigens folkerett har et politisk aspekt som kort kan nevnes. En ting er at aktørene i konflikten ofte kjemper for politiske mål og at militærmakt er et tilbakevendende tema for debatt, særlig ved engasjement i utlandet.³⁶ Det sentrale i et metodisk perspektiv er at internasjonale traktater blir til «etter harde politiske dragkamper», hvor sterke stater kan ha stor innflytelse på innholdet av det humanitærrettslige regelverket.³⁷ Samtidig setter krigens folkerett klare grenser for den politiske handlefriheten.

Opgaven vil redegjøre for gjeldende rett etter den rettsdogmatiske metoden. Metoden har et «generelt siktemål om å systematisere [rettsstoffet] og komme med løsningsforslag til aktuelle og potensielle konkrete rettslige problemer».³⁸

³³ Melzer (2009).

³⁴ Ibid, s. 9.

³⁵ Ibid, s. 6 og 8.

³⁶ Se NOU 2016: 8 om den norske innsatsen i Afghanistan.

³⁷ Ulfstein, *Ti teser om folkeretten* (2016).

³⁸ Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?* (2004) s. 329.

1.4 Fremstillingen videre

I kapittel 2 vil de rettslige utgangspunktene for drøftelsen bli presentert. Dette omfatter en introduksjon av regelen om direkte deltakelse, skillet mellom internasjonale og ikke-internasjonale konflikter, samt en redegjørelse av ulike aktørene i en væpnet konflikt. I henholdsvis kapittel 3 og 4 behandles vilkårene «fiendtligheter» og «deltar direkte». I kapittel 5 diskuteres tidsfaktoren «så lenge». Dette omfatter både hvordan et start- og sluttidspunkt for direkte deltakelse skal fastlegges, samt hvor lenge sivile mister beskyttelsen. I kapittel 6 foretas en oppsummering og det gis noen avsluttende refleksjoner rundt dagens regelverk.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Introduksjon av regelen om direkte deltakelse

I krigens folkerett har det alltid vært viktig å skille mellom personer som deltar direkte i konflikten og personer som ikke gjør det. Regelen om direkte deltakelse kan spores tilbake til Hugo Grotius på 1600-tallet.³⁹ I Lieber Code, det første forsøket på å kodifisere krigens folkerett under den amerikanske borgerkrigen på 1800-tallet, het det at menn som begikk fiendtligheter uten å være medlem av statens væpnede styrker, altså sivile, ville miste sin krigsfangestatus og skulle behandles som «highway robbers or pirates».⁴⁰

I dag anses regelen om direkte deltakelse som folkerettslig sedvanerett,⁴¹ og er dermed bindende for alle parter i konflikten. Regelen er kodifisert i Genèvekonvensjonenes første og andre tilleggsprotokoll, hvor det heter at sivilpersoner nyter generell beskyttelse,

«unless, and for such time, they take direct part in hostilities».⁴²

Regelen angir to vilkår, «take direct part» og «hostilities» (heretter «deltar direkte» og «fiendtligheter»), samt et forbehold om varighet, «for such time» (heretter «så lenge»). Vilkårene «deltar direkte» og «fiendtligheter» er ikke definert i Genèvekonvensjonene og utgangspunktet for tolkningen er derfor ordlyden, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 (1).

Dersom vilkårene i regelen om direkte deltakelse er oppfylt så kan den sivile lovlig angripes med militær makt, altså er de et lovlig militært mål. Med andre ord mister sivile beskyttelsen parallelt med sin direkte deltakelse.⁴³

Regelen om direkte deltakelse er tuftet på distinksjonsprinsippet, et grunnleggende prinsipp i krigens folkerett om at deltakerne i en væpnet konflikt må skille mellom lovlige og ulovlige mål. Distinksjonsprinsippet utgjør, sammen med prinsippene om humanitet, militær nødvendighet og proporsjonalitet, fundamentet for krigens folkerett.⁴⁴ Det finnes ingen

³⁹ Crawford (2015) s. 49.

⁴⁰ Lieber Code art. 82.

⁴¹ ICRC sedvanerettsstudie regel 6, TPI art. 51 (3) og TPII art. 13 (3). Se også Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 699 og Johansen (2017) s. 204.

⁴² Jf. TPI art. 51 (3) og TPII art. 13 (3).

⁴³ Melzer (2009) s. 70.

⁴⁴ Solis (2016) s. 268 flg.

offisiell liste over prinsippene, men de anses som folkerettslig sedvanerett og er kodifisert i TPI.⁴⁵ Humanitetsprinsippet innebærer et forbud mot å anvende krigføringsmidler- og metoder som skaper unødvendig lidelse for motparten. Prinsippet om militær nødvendighet innebærer at partene ikke skal anvende mer makt enn hva som er nødvendig, for å oppnå et militært formål. Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at et angrep som kan forårsake sivile tap må være proporsjonalt. De fire grunnleggende prinsippene begrenser både hva som er tillatt, og omfanget av dette. Eksempelvis kan et angrep mot sivile som deltar direkte i fiendtligheter være av stor militær nødvendighet, samtidig som humanitetsprinsippet kan tilsi begrensninger på visse typer våpen fordi de påfører unødvendig lidelse.

I praksis vil vurderingen av direkte deltakelse ofte fordra krevende bevissspørsmål. Informasjon om den sivile kan hentes gjennom etterretningskilder, åpne kilder, rekognosering, overvåkning og liknende.⁴⁶ Oppgaven avgrenser mot å nærmere behandle bevisproblematikken generelt.⁴⁷

Det er ikke forbudt for sivile å delta direkte i fiendtligheter etter krigens folkerett, og deltakelsen kan ikke straffes som en internasjonal forbrytelse.⁴⁸ Den sivile beskyttelsen er gitt under forutsetning om at sivile *ikke* deltar direkte i fiendtlighetene,⁴⁹ hvilket kan forklare hvorfor direkte deltakelse i fiendtligheter ikke er ulovlig etter humanitærretten. Direkte deltakelse kan imidlertid være ulovlig etter nasjonal rett,⁵⁰ og i slike tilfeller kan den sivile holdes strafferettslig ansvarlig for sine krigshandlinger.⁵¹

2.2 Skillet mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter

Det er to hovedkategorier av væpnet konflikt, internasjonal væpnet konflikt (*International Armed Conflict* (IAC)) og ikke-internasjonal væpnet konflikt (*Non-International Armed Conflict* (NIAC)). Hvilken kategori konflikten faller innenfor er avgjørende for hvilke

⁴⁵ ICRC sedvanerettsstudie regel 1 om distinksjon, kodifisert i TPI art. 48, ICRC sedvanerettsstudie regel 70 om humanitet, kodifisert i TPI art. 35 (2), ICRC sedvanerettsstudie regel 7 og 8 om militær nødvendighet, kodifisert i TPI art. 48 og TPI art. 52 (2), ICRC sedvanerettsstudie regel 14 om proporsjonalitet, kodifisert i TPI art. 51 (5) (b) og art. 57 (2) (b).

⁴⁶ Forsvarets stabsskole/Forsvarets høgskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 40.

⁴⁷ Se Melzer (2009) s. 76.

⁴⁸ Fleck (2013) s. 255.

⁴⁹ ICRC kommentar til TPI art. 51 (3) note 1942 og til TPII art. 13 (3) note 4788.

⁵⁰ Se Strl. § 145.

⁵¹ Melzer (2009) s. 83, Fleck (2013) s. 257 og Dinstejn (2016) s. 175.

rettsregler som kommer til anvendelse, jf. kapittel 1.3, og for hvilken folkerettslige status aktørene i konflikten har, se kapittel 2.3.

2.2.1 Internasjonale væpnede konflikter

En internasjonal væpnet konflikt inntreffer ved «declared war» eller «any other armed conflict which may rise between two or more of the High Contracting Parties».⁵² Med andre ord må konflikten involvere mer enn én stat, og de involverte statene må oppfylle de folkerettslige kriteriene for statsdannelse.⁵³ ICTY har definert en internasjonal væpnet konflikt som «whenever there is a resort to armed force between States».⁵⁴ Dette indikerer at når en stat først benytter væpnet makt mot en annen stat, vil terskelen for å kategorisere konflikten som internasjonal være relativt lav.

Historiske eksempler på internasjonale væpnede konflikter er første og andre verdenskrig,⁵⁵ og Iran-Irak-krigen på 1980-tallet.⁵⁶

Det er ikke krav om at partene selv anerkjenner konfliktstilstanden, for å kategorisere konflikten som internasjonal.⁵⁷ Likevel kan stater ha en motvilje mot å anerkjenne at konflikten er internasjonal, for å unngå at hele det humanitærrettslige regelverket kommer til anvendelse eller fordi kategoriseringen har politisk betydning. Hvorvidt verdenssamfunnet kategoriserer konflikten som internasjonal kan også variere, noe konflikten om Krim-halvøya i Ukraina er et eksempel på.⁵⁸

⁵² Jf. GK fellesart. 2.

⁵³ Ruud (2011) s. 114. Staten må ha et bestemt, avgrenset territorium, en fast befolkning, et internt selvstyre og et eksternt selvstyre.

⁵⁴ Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, avsnitt 70.

⁵⁵ Solis (2016) s. 79 og 86.

⁵⁶ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 20.

⁵⁷ Jf. GK fellesart. 2.

⁵⁸ Se Geneva Academy, *The War Report* (2018) s. 29-30 som argumenterer for at konflikten er internasjonal, sml. «Ukraine: ICRC calls on all sides to respect international humanitarian law» (2014) <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/news-release/2014/07-23-ukraine-kiev-call-respect-ihl-repatriate-bodies-malaysian-airlines.htm> som hevder at konflikten er ikke-internasjonal. At kildene er skrevet på forskjellig tidspunkt kan ha betydning, men vurderes ikke nærmere.

2.2.2 Ikke-internasjonale væpnede konflikter

En ikke-internasjonal væpnet konflikt eksisterer ved «armed conflict not of an international character».⁵⁹ Med andre ord skal alle konflikter som ikke finner sted mellom stater kategoriseres som ikke-internasjonale. ICTY har lagt til grunn at det må være «protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.»⁶⁰ Dette støttes av at Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 3 gjelder «each Party to the conflict», hvilket forutsetter at det finnes minst to aktører. Konflikten kan altså stå mellom en stat og en ikke-statlig aktør i eget land, mellom en stat og en ikke-statlig aktør som befinner seg i et annet land, eller mellom to (eller flere) ikke-statlige aktører.

Stater har, innenfor visse grenser, «lov til å bruke makt for å opprettholde lov og orden på eget territorium».⁶¹ Dermed kreves en viss grad av intern uro i staten, før situasjonen kategoriseres som en ikke-internasjonal konflikt. Hvorvidt konflikten anses som ikke-internasjonal beror på konfliktens intensitet og partenes organisering.⁶² Fordi noe væpnet makt innad i eget land godtas vil det være høyere terskel for å kategorisere konflikten som ikke-internasjonal, sammenlignet med terskelen for å kategorisere konflikten som internasjonal.⁶³

Et historisk eksempel på en ikke-internasjonal konflikt er konflikten mellom Rwandas Patriotiske Front (FPR) og regjeringen i Rwanda i 1994.⁶⁴ Dagsaktuelle eksempler er konflikten mellom opprørsgruppen ISIL og syriske myndigheter,⁶⁵ eller konflikten i Jemen.⁶⁶

En potensiell utfordring i ikke-internasjonale konflikter er at staten bagatelliserer konflikten og insisterer på at voldsnivået er for lavt til å kategorisere som en ikke-internasjonal konflikt. Begrunnelsen kan være politisk motivert eller for å unngå innblanding fra utenforstående instanser.⁶⁷

⁵⁹ Jf. GK fellesart. 3 og TPII art. 1 (2).

⁶⁰ Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, avsnitt 70.

⁶¹ Forsvarets høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 18.

⁶² Prosecutor v. Limaj, avsnitt 84.

⁶³ Forsvarets høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 19.

⁶⁴ «Rwanda» (2014) <https://www.fn.no/Land/Rwanda>.

⁶⁵ «Den islamske staten IS» (2017) <https://www.fn.no/Konflikter/Den-islamske-staten-IS> og Geneva Academy, *The War Report* (2018) s. 31.

⁶⁶ «Jemen» (2017) <https://www.fn.no/Konflikter/Jemen> og Geneva Academy, *The War Report* (2018) s. 144 flg.

⁶⁷ Dahl (2008) s. 30.

I ikke-internasjonale konflikter vil ofte partene ha ulike styrkeforhold,⁶⁸ gjerne omtalt som asymmetrisk krigføring.⁶⁹ Asymmetrisk krigføring har blant annet medført endringer i krigføringsmetoder, som økning av sivile som deltar i frivillige menneskelige skjold, se kapittel 4.4.2.⁷⁰

2.3 Aktørene i væpnet konflikt

Utgangspunktet i humanitærretten er at det finnes to personkategorier, henholdsvis kombattant og sivil. I kapittel 2.3.3 skal det diskuteres om det eksisterer en tredje personkategori.

De ulike personkategoriene i humanitærretten er gjensidig utelukkende, slik at en person aldri kan ha to personkategorier samtidig. Personkategori baseres på rettslige vilkår, ikke eksempelvis individers egen klassifisering.

2.3.1 Kombattant som folkerettslig status

De statlige væpnede styrkene som opptre i en internasjonal væpnet konflikt klassifiseres som «combatant».⁷¹ Begrepet benyttes kun i internasjonale konflikter.

Det er ingen offisiell norsk oversettelse av «combatant». I juridisk teori og militærmanualen benyttes «kombattant» og «lovlig stridende»,⁷² mens Regjeringen har benyttet «stridende med privilegier».⁷³ For oppgavens del benyttes betegnelsen *kombattant* fordi det ligger tettest opp til ordlyden i Genèvekonvensjonene.

Kombattanter defineres som «[m]embers of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains)».⁷⁴ De nærmere vilkår for å kategoriseres som «[m]embers» følger av GK III artikkel 4A (2), eller TPI artikkel 44 (3) for stater som har ratifisert tilleggsprotokollen, men behandles ikke nærmere i oppgaven.

⁶⁸ Melzer, *A response* (2010) s. 865.

⁶⁹ «Asymmetrisk krig» (udatert) <http://www.nupi.no/Skole/Ordforklaringer/Asymmetrisk-krig-konflikt>.

⁷⁰ Schmitt, *Human shields* (2009) s. 297.

⁷¹ Jf. TPI art. 43 (2) og art. 50 (1).

⁷² Dahl (2008) s. 73 og Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 45.

⁷³ Prop. 44 L (2015-2016) s. 12.

⁷⁴ Jf. TPI art. 43 (2).

Kombattanter har «the right to participate directly in hostilities».⁷⁵ Kombattanter nyter straffrihet for sine lovlige krigshandlinger,⁷⁶ og har rett på sekundærstatus som krigsfange.⁷⁷ Disse rettighetene er forbeholdt kombattanter og omtales som *kombattanters privilegium*.⁷⁸ Samtidig er kombattanter til enhver tid et lovlig mål, uavhengig av tid, sted og handling.⁷⁹ Selv om mange kombattanter har oppgaver langt unna stridshandlingene er det kombattanters rett til å anvende våpen som er avgjørende for deres status som kombattant.⁸⁰

Kombattanters privilegium kan ytterligere begrunne staters motvilje mot å kategorisere en konflikt som internasjonal, slik som beskrevet i kapittel 2.2.1. At konflikten kategoriseres som internasjonal kan implisere at alle aktørene skal regnes som kombattanter, med de tilhørende rettigheter, hvilket ikke nødvendigvis er ønskelig.⁸¹ Rettslig sett er det imidlertid kun personer som oppfyller vilkårene for kombattantstatus som kategoriseres som kombattanter, mens alle andre kategoriseres som sivil.

Dersom kombattanten trer ut av aktiv tjeneste for de væpnede styrker, vil vedkommende få status som sivil.

2.3.2 Sivil som folkerettslig status

I internasjonale konflikter defineres sivile som enhver person som ikke er kombattant.⁸² Det finnes ingen tilsvarende traktatfestet definisjon av sivile i ikke-internasjonale konflikter. Dette kan forklares med at kombattantbegrepet ikke benyttes i ikke-internasjonale konflikter, så en negativ definisjon er umulig. Rettspraksis fra ICTY viser at sivile i ikke-internasjonale væpnede konflikter skal defineres som «persons who are not, or no longer, members of the armed forces».⁸³

Sivilbefolkningen omfatter alle personer som er sivile, selv om enkelte personer blant dem er kombattanter eller stridende.⁸⁴

⁷⁵ Jf. TPI art. 43 (2).

⁷⁶ Følger implisitt av bl.a. retten til angrep på militære mål, jf. ICRC sedvanerettsstudie regel 7, TPI art. 48.

⁷⁷ Jf. GK III 4A og TPI art. 44 (1).

⁷⁸ Melzer (2009) s. 22.

⁷⁹ Dinstein (2016) s. 42.

⁸⁰ ICRC kommentar til TPI art. 43 (2) note 1677.

⁸¹ Frostad, *Krigsbegrepet* (2011) s. 48.

⁸² Jf. TPI art. 50 (1).

⁸³ Prosecutor v. Blasic, avsnitt 180.

⁸⁴ ICRC sedvanerettsstudie regel 5, TPI art. 50. Se også Prosecutor v. Strugar, Trial Judgement, avsnitt 284.

Ved tvil om personlig status skal vedkommende anses som sivil.⁸⁵ I henhold til distinksjonsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet må angriperen gjøre alt som er mulig for å verifisere at målet er militært. Dersom angriperen er i tvil om målet er militært, skal angrep unngås. Tvil om personlig status kan eksempelvis oppstå i en ikke-internasjonalt konflikt, hvor aktørene ikke bruker uniform og det er vanskelig å skille mellom ikke-statlige aktører og fredelige sivile. Formålet med tvilsregelen er å styrke distinksjonsprinsippet og unngå tap av sivile liv. Derfor må individers folkerettslige status baseres på solid, detaljert og etterprøvable etterretningsinformasjon om den enkelte.⁸⁶

I en væpnet konflikt har sivile rett på beskyttelse. Beskyttelsen er omtalt som «a fundamental principle of international humanitarian law» og anses som folkerettslig sedvanerett.⁸⁷ Den sivile beskyttelsen er todelt, da sivile ikke skal være gjenstand for direkte angrep og samtidig må beskyttes mot de farer som følger av militære operasjoner.⁸⁸ For det første nyter sivile generell immunitet,⁸⁹ og er ikke et lovlig mål. Samtidig kan sivile være akseptable ofre, så lenge sivile ikke er det primære målet for angrepet og angrepet er proporsjonalt.

Proporsjonalitetsprinsippet stiller altså krav om at partene i konflikten må ta alle praktiske forholdsregler for å unngå sivile følgetap eller sivile følgeskader (*collateral damage*), altså tap av sivilpersoners liv eller skade på sivile personer eller gjenstander.⁹⁰ Før et angrep utføres må altså de potensielle og forventede sivile følgetap vurderes. Eksempelvis kan angrep på et militært hovedkvarter som ligger i nærheten av en sivil skole, ha så store militære fordeler at angrepet er proporsjonalt, til tross for den mulige tilstedeværelsen av barn og potensielle sivile følgetap. Tilsvarende kan et angrep på en militær havn være lovlig, selv om sivile kontraktører arbeider der.

⁸⁵ Jf. TPI art. 50 (1).

⁸⁶ ICRC kommentar til TPI art. 51 (1) note 1920 og Dinstein (2016) s. 181.

⁸⁷ Prosecutor v. Galic avsnitt 45.

⁸⁸ Jf. TPI art. 51 (2) og (1).

⁸⁹ ICRC kommentar til TPI art. 51 (2) note 1938.

⁹⁰ Dahl (2008) s. 111.

2.3.3 Unlawful combatants

For å skille mellom sivile som «deltar direkte i fiendtligheter» og andre sivile, har førstnevnte blitt betegnet som *unlawful combatants*.⁹¹ Termen *unlawful combatants* ble først benyttet av USA som en betegnelse for Taliban, da amerikanerne erklærte krig mot terror etter 11. september 2001.⁹² Krigen mot terror er ingen væpnet konflikt i Genèvekonvensjonenes forstand, men en global kampanje for å bekjempe terrorisme.⁹³ Dette har en side til forbindelsen mellom politikk og juss som nevnt i kapittel 1.3. Termen *unlawful combatants* er benyttet for både internasjonale og ikke-internasjonale konflikter,⁹⁴ selv om kombattantstatus kun eksisterer i internasjonale konflikter.

Andre tilsvarende betegnelser på sivile som deltar direkte i fiendtligheter er *illegal combatants*,⁹⁵ *unprivileged belligerents*,⁹⁶ *enemy fighters*,⁹⁷ *non-combatants*,⁹⁸ *non-state armed groups*,⁹⁹ eller *armed opposition fighter*.¹⁰⁰

Terminologien *unlawful* eller *illegal* referer til at sivile ikke nyter kombattanters privilegium. Samtidig kan terminologien virke misvisende ettersom humanitærretten ikke har noe forbud mot at sivile deltar direkte i fiendtligheter, jf. kapittel 2.1.

Norske rettskilder har benyttet betegnelsene «andre stridende» eller «stridende uten privilegier» for sivile som deltar direkte i fiendtligheter.¹⁰¹ Termen «*andre stridende*» (min kursivering) kan tyde på at det finnes flere personkategorier å sammenligne med, hvilket eksempelvis ikke er tilfellet i en ikke-internasjonal konflikt mellom to ikke-statlige aktører. Termen «*stridende uten privilegier*» (min kursivering) kan umiddelbart indikere at sivile som

⁹¹ Henriksen (2010) s. 210, Fleck (2013) s. 257, Dinstein (2016) s. 44, Johansen (2017) s. 179, The Office of the Judge Advocate General, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels* (2001) punkt 406 (1) og Department of Defence, *Law of War Manual* (2016) s. 103.

⁹² The White House, *Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees* (2002) avsnitt 2. Se også Solis (2016) s. 114 og «Unlawful combatants» (udatert) <https://casebook.icrc.org/glossary/unlawful-combatants>.

⁹³ Solis (2016) s. 114.

⁹⁴ «Unprivileged belligerent» (udatert) <https://casebook.icrc.org/glossary/unprivileged-belligerent>.

⁹⁵ Fleck (2013) s. 257.

⁹⁶ Solis (2016) s. 222 og Department of Defence, *Law of War Manual* (2016) s. 102, punkt 5.3.2.

⁹⁷ Solis (2016) s. 222 og 570.

⁹⁸ Ministry of Defence, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* (2004) punkt 4.1. Termen *non-combatants* benyttes oftest som uttrykk for medisinsk personell og feltprester, se Fleck (2013) s. 79.

⁹⁹ Melzer, *A response* (2010) s. 845.

¹⁰⁰ Dahl (2008) s. 290.

¹⁰¹ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 46, jf. s. 51 og Prop. 44 L (2015-2016) s. 12.

deltar direkte i fiendtligheter ikke har rettigheter, hvilket er misvisende.¹⁰² Derfor vil oppgaven benytte begrepet *stridende* for sivile som deltar direkte i fiendtligheter.

Betegnelsen *unlawful combatants* har ledet til debatter i rettspraksis og juridisk teori om stridende utgjør en egen, tredje personkategori. Alternativet er at stridende er en underkategori av sivile.

Genèvekonvensjonenes utforming tilsier at kombattanter og sivile er de eneste personkategoriene. De fire Genèvekonvensjonene gjelder enten de væpnede styrker (GK I-III) eller sivile (GK IV), og TPI definerer kun kombattanter og sivile. Dessuten heter det i ICRCs kommentarer til TPI artikkel 43 (2) at definisjonen av kombattanter skal oppheve «any concept of a part-time status, a semi-civilian, semi-military status, a soldier by night and peaceful citizen by day».¹⁰³

I *Targeted killings*-dommen tok den israelske regjeringen til orde for at *unlawful combatants* var en tredje personkategori.¹⁰⁴ Israelsk Høyesterett konkluderte imidlertid med at humanitærretten ikke hadde tilstrekkelige holdepunkter til å anerkjenne en slik tredje personkategori.¹⁰⁵ Tilsvarende ble konklusjonen i *A og B*-dommen.¹⁰⁶

I juridisk teori har Watkin tatt til orde for at *unlawful combatants* bør være en tredje personkategori.¹⁰⁷ Watkin fremhever at kun to personkategorier øker risikoen for at personer som deltar direkte i fiendtlighetene regnes som sivile og dermed gis beskyttelse, noe som medfører en uforholdsmessig utvidelse av den sivile beskyttelsen.¹⁰⁸

Andre teoretikere har på sin side argumentert for at *unlawful combatants* ikke utgjør en tredje personkategori.¹⁰⁹ Tilsvarende følger av ICRCs Interpretive Guidance, da veiledningen kun refererer til henholdsvis sivile og kombattanter og det poengterer at status som sivil ikke kan mistes.¹¹⁰

¹⁰² Se GK fellesart. 3 og Dörmann, *Legal status of "unlawful/unprivileged combatants"* (2008).

¹⁰³ ICRC kommentar til TPI art. 50 note 1677.

¹⁰⁴ PCATI v. Israel, avsnitt 27.

¹⁰⁵ Ibid, avsnitt 28.

¹⁰⁶ A and B v. Israel, avsnitt 12.

¹⁰⁷ Watkin, *Opportunity lost* (2010) s. 665-666.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Bothe (2013) s. 343, Fleck (2013) s. 257 og Solis (2016) s. 223.

¹¹⁰ Melzer (2009) s. 26.

Det avgjørende må være ordlyden i Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller, hvilket indikerer at det ikke er rettskildemessig dekning for å anerkjenne *unlawful combatants* som en tredje personkategori. Det at problemstillingen er utpenslet i juridisk teori skaper altså ikke rettsvirkninger, men kan ha en argumentasjonsverdi i senere rettspraksis. Samtidig skal det mye til før en domstol utvider en klar konvensjonstekst som Genèvekonvensjonene, særlig når en slik utvidelse virker mot de formål som bestemmelsene om folkerettslig status er ment å ha. Etter dette er sivile som deltar direkte i fiendtlighetene ikke en egen, tredje personkategori i humanitærretten.

3 Deltar i «fiendtligheter»

3.1 Tolkning av «fiendtligheter»

Vilkåret «fiendtligheter» retter seg mot omstendighetene rundt den siviles handling.¹¹¹ Den sivile må altså delta under forhold som kan kategoriseres som «fiendtligheter».

Ordlyden av «fiendtligheter» tilsier at omstendighetene er uvennskapelige. Den siviles handling må kunne relateres til den pågående konflikten og til konfliktenes parter. Vilkåret «fiendtligheter» favner vidt og det skal lite til før en situasjon er omfattet. Samtidig kan ikke enhver situasjon innenfor en væpnet konflikt regnes som «fiendtligheter».¹¹² Handlinger som ikke kan relateres til konflikten er ikke deltakelse i «fiendtligheter». Eksempler på slike urelaterte handlinger kan være matlevering til en flybase,¹¹³ eller alminnelig kriminalitet.

Vilkåret «fiendtligheter» må forstås objektivt. Det avgjørende er hvordan omstendighetene fremstår utad, og ikke den siviles subjektive oppfatning av situasjonen.

Genèvekonvensjonenes oppbygging indikerer at begrepet «fiendtligheter» har et annet meningsinnhold enn tilgrensende begrep som «attacks» og «military operations».¹¹⁴ Et *angrep* defineres som «acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence»,¹¹⁵ altså stridshandlinger i form av vold, begrenset i tid og sted. Eksempler på et angrep er drap, kroppsskade eller skadeverk. En *militær operasjon* er et videre begrep enn *angrep* og omfatter «all the movements and activities carried out by armed forces related to hostilities».¹¹⁶ Både militære operasjoner og angrep vil klart kategoriseres som «fiendtligheter» og dermed må vilkåret «fiendtligheter» forstås enda bredere enn disse tilgrensende begrepene.

I ICRCs kommentarer til TPI artikkel 51 (3) og TPII artikkel 13 (3) blir «fiendtligheter» definert som «acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces.»¹¹⁷ I *Targeted killings*-dommen presiserte

¹¹¹ Melzer (2009) s. 43.

¹¹² Fleck (2013) s. 256.

¹¹³ FN, *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court* (1998) s. 18.

¹¹⁴ Jf. TPI art. 49 (1) og TPI art. 51 (1). Se også ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 17.

¹¹⁵ Jf. TPI art. 49 (1).

¹¹⁶ ICRC kommentar til TPI art. 51 (1) note 1936.

¹¹⁷ Ibid, note 1942 og ICRC kommentar til TPII art. 13 (3) note 4788.

israelsk Høyesterett at denne definisjonen også omfatter handlinger med formål om å skade sivile, ikke bare de væpnede styrker.¹¹⁸

Vilkåret «fiendtligheter» er i ICRCs Interpretive Guidance definert som «the (collective) resort (...) to means and methods of injuring the enemy».¹¹⁹ Definisjonen er oversatt i den norske militærmanualen til «den samlede bruken av krigføringsmidler og krigføringsmetoder for å skade motparten».¹²⁰ Under utformingen av ICRCs Interpretive Guidance ble det argumentert for at «fiendtligheter» skulle tolkes snevert og kun omfatte «actual fighting» og annen atferd som utgjør en umiddelbar trussel mot motstanderen.¹²¹ At veiledningen likevel legger til grunn en vid fortolkning støtter at «fiendtligheter» favner bredere enn kun umiddelbare stridshandlinger, og omfatter eksempelvis cyberoperasjoner, overvåking eller etterretningsaktiviteter.¹²²

En vid fortolkning av «fiendtligheter» kan umiddelbart tyde på at den sivile beskyttelsen reduseres. Imidlertid er formålet med regelen om direkte deltakelse å styrke distinksjonsprinsippet, ikke å sørge for en størst mulig beskyttelse av sivile.¹²³ Dessuten kan en bred tolkning av «fiendtligheter» gi sivile et insentiv til å holde seg så langt unna konfliktsonen som mulig, for å beholde den sivile beskyttelsen.¹²⁴ En bred fortolkning kan også være bedre tilpasset moderne krigføring, hvor det stadig utvikles nye metoder å skade motstanderen på, foruten tradisjonelle stridshandlinger i definerte konfliktsoner.

3.2 Avgrensning mot generell krigsinnsats

Selv om vilkåret «fiendtligheter» favner vidt, vil generell krigsinnsats (*war effort*) falle utenfor. Generell krigsinnsats er alle nasjonale aktiviteter under væpnet konflikt som i det store bildet bidrar til å svekke motstanderen.¹²⁵

Avgrensningen mot generell krigsinnsats er ikke traktatfestet, men fremgår av rettspraksis og juridisk teori.¹²⁶ Blant annet uttalte ICTY i *Strugar*-dommen at dersom alle aktiviteter under

¹¹⁸ PCATI v. Israel, avsnitt 33.

¹¹⁹ Melzer (2009) s. 43.

¹²⁰ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 12.

¹²¹ ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 19. Se også Crawford (2015) s. 66.

¹²² Ibid. Se også argumentasjonen i oppgavens 4.3.2 og 4.4.1 om etterretningsaktiviteter spesielt.

¹²³ ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 20.

¹²⁴ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 738.

¹²⁵ Bothe (2013) s. 335.

¹²⁶ ICRC kommentar til TPI art. 51 (3) note 1945 og Dahl (2008) s. 113.

en væpnet konflikt skulle anses som deltakelse i «fiendtligheter», så ville distinksjonsprinsippet i praksis bli meningsløst.¹²⁷

Det ble vurdert å innta en eksplisitt avgrensning mot generell krigsinnsats i første tilleggsprotokoll, men en avgrensning ble avvist da traktatforfatterne fryktet at det kunne skape en ny personkategori, «somewhere between combatants and civilians».¹²⁸ Dessuten har generell krigsinnsats vært gjenstand for mye debatt i moderne krigshistorie, hvilket også kan forklare traktatforfatternes avgjørelse.¹²⁹ Kjernen i debatten har vært hvorvidt objekter som støtter den generelle krigsinnsatsen, som for eksempel en våpenfabrikk, anses som et militært objekt. Når det gjelder en våpenfabrikk, er det i dag generell enighet om at denne kun støtter den generelle krigsinnsatsen og ikke er et lovlig mål.¹³⁰

Formålet med å unnta generell krigsinnsats er å gi sivile en trygghet til å fortsette sitt daglige arbeid under konflikten, uten at de risikerer å miste den sivile beskyttelsen. Dette gjelder eksempelvis sivile som produserer mat, jobber i barnehage,¹³¹ eller utøver politimyndighet. Avgrensningen skal samtidig verne om sivile som yter helt minimale bidrag til konflikten, eksempelvis gjennom medisinsk, økonomisk eller religiøs støtte.¹³²

Avgrensningen mot generell krigsinnsats er sentral for Norges totalforsvar, altså det gjensidige samarbeidet mellom Forsvaret og det sivile samfunn, hvor «samfunnets samlede ressurser om nødvendig skal kunne mobiliseres for forsvaret av landet, for å håndtere akutte og prekære sikkerhetsutfordringer i væpnet konflikt eller når væpnet konflikt truer».¹³³ Under et totalforsvar kan for eksempel svært mange arbeidstakere i Norge ha betydning for Norges krigsinnsats, uten at disse skal miste sin sivile beskyttelse.

Avgrensningen mot generell krigsinnsats kan også være sentral i en ikke-internasjonalt konflikt, hvor eksempelvis en ikke-statlig aktør har stor støtte fra landets befolkning.

¹²⁷ Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber, avsnitt 176.

¹²⁸ ICRC, *Report on the work of the conference* (1972) avsnitt 3.117. Se også Bothe (2013) s. 335.

¹²⁹ Johansen (2017) s. 200 og Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 217-218. Se også Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 142.

¹³⁰ ICRC, *Fourth Expert Meeting* (2006) s. 49.

¹³¹ ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 21.

¹³² Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 60.

¹³³ Forsvarsdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet (2015) s. 11.

4 Sivile som «deltar direkte»

4.1 Tolkning av «direkte»

Vilkåret «direkte» retter seg mot den individuelle involveringen i fiendtlighetene.¹³⁴ Ordlyden «deltar direkte» tilsier at den sivile foretar handlinger som bidrar til eller påvirker konflikten. Ordlyden «deltar» indikerer at den sivile må foreta en fysisk eller aktiv handling. Dersom den sivile forholder seg passiv, eller bidraget er av psykisk karakter, kan deltakelsen vanskelig betraktes som «direkte». Samtidig er ikke «direkte» deltakelse begrenset til sivile som avfyrrer våpen eller på andre måter utgjør en umiddelbar trussel mot motstanderen.¹³⁵ Personer som deltar «direkte» er altså ikke nødvendigvis de umiddelbart antatt 'farligste' personene i en væpnet konflikt.¹³⁶

Ordlyden «direkte» avgrenser mot indirekte deltakelse, altså der den siviles påvirkning på konflikten er helt minimal. Et eksempel er å selge mat til stridende. Selv om maten påvirker den stridenes evne til å utføre militære operasjoner, og således påvirker konflikten, er bidraget svært minimalt. Avgrensningen mot indirekte deltakelse henger tett sammen med vilkåret «fiendtligheter», jf. kapittel 3.1. Dette innebærer at for eksempel salg av mat både kan beskrives som indirekte deltakelse, men også sies å være så lite relatert til konflikten at omstendighetene ikke kvalifiserer som «fiendtligheter».¹³⁷

I blant benyttes begrepet *aktiv* deltakelse, i stedet for *direkte* deltakelse.¹³⁸ Språklig sett er begrepene sammenlignbare, særlig når begrepene sees opp mot frasen «take...part». Både ICRC og rettspraksis fra ICTR, ICTY og ICC viser at *aktiv* og *direkte* deltakelse skal forstås likt.¹³⁹ En nyere dom som likevel aktualiserer spørsmålet er ICCs dom i *Lubanga*-saken fra 2012. Saken gjaldt forbudet mot å bruke barn «to participate actively in hostilities» etter Roma-vedtektene artikkel 8 (2) (b) (xxvi). ICC la til grunn at «actively» i Roma-vedtektene

¹³⁴ Melzer (2009) s. 43.

¹³⁵ Dinstein (2016) s. 177 og Watkin, *Controlling the Use of Force* (2004) s. 17.

¹³⁶ Se Prop. 44 L (2015-2016) s. 50.

¹³⁷ Se Melzer (2009) s. 50 og Forsvarets Høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 53 sml. FN, *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court* (1998) s. 18.

¹³⁸ Jf. GK fellesart. 3 og Prop. 44 L (2015-2016) s. 16.

¹³⁹ Melzer (2009) s. 43-44, *Prosecutor v. Akayesu*, avsnitt 629 og *Prosecutor v. Strugar*, Appeals Chamber, avsnitt 173, *Prosecutor v. Katanga*, avsnitt 266.

favner bredere enn «direkte» deltakelse i Genèvekonvensjonenes første tilleggsprotokoll.¹⁴⁰ Domstolens uttalelse kan bety at Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 3 skal gis et bredere anvendelsesområde enn TPI artikkel 51 (3) og TPII artikkel 13 (3). Dette virker lite hensiktsmessig, særlig da fellesartikkel 3 regnes som en standard i humanitærretten, jf. kapittel 1.3.

Samtidig redegjør ikke ICC for det nærmere forholdet mellom Genèvekonvensjonene og Roma-vedtektene, hvor det er særlig sentralt at Roma-vedtektene artikkel 8 (2) (b) (i) og 8 (2) (e) (i) referer til *direkte* deltakelse. Det kan virke som om domstolen har et ønske om en bred fortolkning av «actively», hvilket er forståelig i lys av sakens faktum. Samtidig tar ikke domstolen hensyn til at tolkningen av *aktiv* og *direkte* deltakelse vil få betydning for humanitærretten generelt.¹⁴¹ I nyere tid har dessuten juridisk teori argumentert for at det er generell enighet om at aktiv og direkte deltakelse skal forstås likt.¹⁴² Det er heller ingen tegn i statspraksis som tilsier at begrepene har ulik betydning.¹⁴³ Den språklige likheten må også gis betydelig vekt. Etter dette kan det legges det til grunn at begrepene *aktiv* og *direkte* deltakelse har samme meningsinnhold når det gjelder siviles deltakelse i fiendtligheter.

4.2 Ulike tilnærminger til vilkåret «direkte»

Tradisjonelt har vilkåret «direkte» blitt tolket konkret, basert på en helhetsvurdering av sakens omstendigheter.¹⁴⁴ En slik saksbasert tilnærming ble fremhevet av ICTY i *Tadic*-dommen, hvor retten mente at det var unødvendig å definere skillet mellom sivile som deltok direkte i fiendtlighetene og andre, og at vilkåret «direkte» måtte vurderes konkret.¹⁴⁵ Også i *Strugar*-dommen viste ICTY en saksbasert tilnærming. Heller ikke i denne dommen ble vilkåret «direkte» definert, men domstolen listet opp handlinger som skulle karakteriseres som henholdsvis direkte og indirekte deltakelse.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Prosecutor v. Lubanga, avsnitt 627.

¹⁴¹ Vité, *Between Consolidation and Innovation* (2012) avsnitt 4.3.2.1.

¹⁴² Dinstein (2016) s. 174 og Johansen (2017) s. 204.

¹⁴³ Dinstein (2016) s. 175.

¹⁴⁴ Ibid, s. 178, Johansen (2017) s. 217, Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 55-56, Department of Defence, *Law of War Manual* (2016) s. 231, avsnitt 5.8.3.1 og Ministry of Defence, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* (2004) s. 54, punkt 5.3.3.

¹⁴⁵ Prosecutor v. Tadic, Opinion and judgement, avsnitt 616.

¹⁴⁶ Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber, avsnitt 177.

I *Targeted killings*-dommen presiserte israelsk Høyesterett at vilkåret «direkte» kan tolkes snevert, for å beskytte uskyldige sivile, eller vidt, for å beskytte både kombattanter og uskyldige sivile, samt oppfordre sivile til å holde seg unna stridshandlinger.¹⁴⁷ Retten velger ikke tydelig et av tolkningsalternativene, men argumentasjonsmåten kan antyde at retten mener en vid fortolkning ivaretar flere hensyn. Retten la til grunn at vilkåret «direkte» måtte vurderes konkret, men fremhever at den siviles funksjon eller rolle er sentralt: «[t]he function determines the directness of the part taken in the hostilities.»¹⁴⁸ Dette er det lengste rettspraksis har gått i å oppstille kriterier for vilkåret «direkte».

Utfordringen med den saksbaserte tilnærmingen er mangelen på en klar og ensartet definisjon av vilkåret «direkte». Alternativet er å oppstille kriterier for når deltakelsen regnes som «direkte», hvilket ICRC gjorde i sin *Interpretive Guidance*. Veiledningen definerer «direkte» deltakelse ved å oppstille tre betingelser, nemlig at det må foreligge tilstrekkelig skadeomfang, årsakssammenheng og hensikt. En slik vilkårsbasert tilnærming bidrar til oppklaring og forutberegnelighet. Samtidig tok ICRC forbehold om at veiledningen ikke skulle erstatte en konkret vurdering av sakens omstendigheter,¹⁴⁹ hvilket kan tas til inntekt for at ICRCs tre krav er noe fleksible.

I senere tid har de tre kravene til «direkte» deltakelse delvis fått støtte i juridisk teori,¹⁵⁰ men også vært gjenstand for mye kritikk. Flere teoretikere hevder at ICRCs tilnærming er for snever, hvilket drøftes i det følgende kapittel 4.3.

¹⁴⁷ PCATI v. Israel, avsnitt 34.

¹⁴⁸ Ibid, avsnitt 35.

¹⁴⁹ Melzer (2009) s. 10 og 67.

¹⁵⁰ Akande, *Clearing the fog* (2010) s. 188 og Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 52.

4.3 Mulige krav til «direkte» deltakelse

4.3.1 Skadeomfang

Det første kravet ICRC har oppstilt for «direkte» deltakelse er at handlingen må ha et tilstrekkelig skadeomfang:

«The act must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed conflict or, alternatively, to inflict death, injury, or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm)».¹⁵¹

I den norske militærmanualen heter det at handlingen «må kunne forårsake skade på militære operasjoner eller stridskapasitet, eller på beskyttede personer eller objekter».¹⁵²

Skaden må påføres på *beskyttede personer eller objekter*, som sivile, eller *militære operasjoner eller stridskapasitet*, altså motstanderen. Hvorvidt den siviles handling kan forårsake skade på motstanderen er i praksis det viktigste alternativet.

Å forårsake *skade* tilsier umiddelbart et konkret resultat av vold, som et angrep mot kropp, helse eller objekter. Imidlertid skal kravet til skade i denne sammenheng tolkes vidt,¹⁵³ og det sentrale er om den siviles handling har en negativ effekt.

Å påføre eller forårsake en negativ effekt kan oppnås både gjennom væpnede og ubevæpnede aktiviteter.¹⁵⁴ Stridshandlinger som forårsaker tap av personell eller materiell har klart en negativ effekt. Det er også tilstrekkelig å eksempelvis sette opp en barrikade for å forhindre motstanderen eller å avlytte motstanderens kommandosentral.¹⁵⁵ Den sivile må ikke ha fysisk kontakt med motstanderen eller beskyttede personer for å forårsake skade. Det kreves heller ingen spesiell skadegrad eller et spesielt skadeomfang.¹⁵⁶

Handlingen må *kunne* forårsake skade. Det er altså tiltenkt skade som er avgjørende og ikke det faktiske utfallet. Med andre ord kan en konfliktpart respondere på sivile som deltar direkte

¹⁵¹ Melzer (2009) s. 46.

¹⁵² Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 52.

¹⁵³ ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 29 og Melzer (2009) s. 48.

¹⁵⁴ Melzer (2009) s. 48.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Melzer (2009) s. 47. Se også Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 716.

i fiendtlighetene ut fra handlingens skadepotensiale, og behøver ikke vente på at eventuelle skader materialiseres.¹⁵⁷

I juridisk teori er det kritisert at den siviles handling må forårsake skade på motstanderens *operasjoner eller stridskapasitet*. Blant annet Schmitt har uttalt at ICRCs tilnærming medfører en «overly narrow interpretation of direct participation».¹⁵⁸ Schmitt er særlig kritisk til at skadekravet utelukkende fokuserer på handlingens negative effekt på *motstanderen*, og ikke den omvendte positive effekten for *egne* militære operasjoner eller egen stridskapasitet. Schmitt argumenterer altså for at alle handlinger som har en negativ effekt på motstanderen har en gjensidig positiv effekt for egne styrker. Og vice versa, «strengthening of the enemy's capacity can prove as much a concern as the weakening of one's own forces».¹⁵⁹ Schmitt hevder at det er kunstig å skille mellom fordeler og ulemper, og at skadekravet må nedjusteres, slik at det avgjørende er om handlingen «harms or benefits a party».¹⁶⁰ Det innebærer at handlinger som kun medfører rene fordeler for egne styrker regnes som en skade.

Også Toorn har kritisert skadekravet, og særlig veiledningens formuleringer «affect» og «injury, death or destruction».¹⁶¹ Toorn hevder at det ikke er nødvendig at handlingen faktisk påvirker motstanderen, men at det avgjørende må være om handlingen forårsaker en betydelig negativ effekt.¹⁶² Her kan imidlertid virke som at Toorn tar ordlyden i skadekravet litt for bokstavelig, da det fremgår av veiledningen at også «[a]dverse effects» er tilstrekkelig for å oppfylle skadevilkåret, samt at *faktisk* påvirkning ikke er avgjørende.¹⁶³

Formålet med regelen om direkte deltakelse er å gjøre det mulig for en konfliktpart å reagere mot personer som utgjør en militær trussel.¹⁶⁴ Derfor kan det ikke stilles for strenge krav til hva som regnes som skade på motstanderen. Eksempelvis er det ikke nødvendig at skaden kan verdsettes økonomisk.

I Genèvekonvensjonene har skadebegrepet generelt blitt tolket vidt. Et eksempel er artikkel 13 (1) i første tilleggsprotokoll, som regulerer at sivile medisinske enheter mister beskyttelsen dersom enhetene benyttes «to committ (...) acts harmful to the enemy». I ICRCs

¹⁵⁷ ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 29 og Melzer (2009) s. 47.

¹⁵⁸ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 719-720.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Toorn, *Legal and practical evaluation* (2009) s. 32.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Melzer (2009) s. 48.

¹⁶⁴ Melzer, *A Response* (2009) s. 862.

kommentarer til bestemmelsen heter det at vilkåret *skadelige handlinger* favner bredt og omfatter både direkte fysisk skade på motstanderen, samt ethvert forsøk på å forhindre motstanderens militære operasjoner.¹⁶⁵ Tolkningen indikerer at skadebegrepet favner bredt, men at det må stilles krav om at skaden har en *effekt* på motstanderen. Denne effekten vil presumtivt ikke være positiv.

Samtidig er det lite hensiktsmessig dersom all atferd vil oppfylle skadekravet, uansett hvor lite motstanderen påvirkes. Derfor må den siviles handling ha en negativ effekt på motstanderen, for å oppfylle skadekravet. Rene fordeler for egne styrker vil ikke oppfylle skadekravet. Tilsvarende vil handlinger som er helt ubetydelige for motstanderen ikke regnes som en skade, eksempelvis å kaste små stein på motstanderens bil.¹⁶⁶ Avgrensningen mot helt ubetydelig påvirkning på motstanderen kan igjen sees opp mot proporsjonalitetsvurderingen.

Samtidig vil ofte fordeler for egne styrker og ulemper for motstanderen henge tett sammen, slik Schmitts argumentasjon understreker.¹⁶⁷ Eksempelvis vil bygging av forsvarsposisjoner på egen militærbase både være en fordel for egne styrker,¹⁶⁸ men sannsynligvis også ha en negativ effekt på motstanderens militære operasjoner,¹⁶⁹ fordi motstanderen kanskje må angripe fra en annen vinkel. I dette tilfellet vil kravet til skade være oppfylt. Tilsvarende vil innkjøp av våpen og ammunisjon som skal benyttes til angrep på motparten, både være en fordel for egne styrker, men også ha negative effekter for motstanderen.¹⁷⁰

4.3.2 Årsakssammenheng

Det andre kravet ICRC oppstiller for «*direkte*» deltakelse er et krav til årsakssammenheng:

«there must be a direct causal link between the act and the harm likely to result either from that act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation)».¹⁷¹

¹⁶⁵ ICRC kommentar til TPI art. 13 note 551.

¹⁶⁶ Toorn, *Road test* (2010) s. 22.

¹⁶⁷ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 719-720.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Melzer, *A Response* (2009) s. 859.

¹⁷⁰ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 52.

¹⁷¹ Melzer (2009) s. 46.

I den norske militærmanualen heter det at handlingen «må være en direkte årsak til denne skaden».¹⁷²

At handlingen må være *direkte årsak* tilsier at skaden ikke ville oppstått dersom den siviles handling borte tenkes borte. Den siviles handling må forårsake skade, enten alene eller som del av en større handlingsrekke.¹⁷³ Med andre ord behøver ikke den siviles handling å være den utløsende årsaken til skaden, men kan være en integrert del av operasjonen. Kravet til årsakssammenheng tilsvarer det årsakskravet som eksisterer på andre rettsområder, som i erstatningsretten og strafferetten.¹⁷⁴ Årsakskravet vil særlig komme på spissen der den siviles handling *tilrettelegger* for skade, som ved produksjon av eksplosiver hvilket diskuteres i kapittel 4.4.3.

Graden av årsakssammenheng vil variere. Dersom den siviles bidrag er den overveidende årsaken til skade, eller helt sentral i årsaksbildet, vil handlingen regnes som direkte årsak til skaden. Handlingen vil ikke oppfylle årsakskravet dersom den siviles bidrag til skaden er perifert eller minimalt, noe som har en side til avgrensningen mot indirekte deltakelse, jf. kapittel 4.1. Der mange årsaksfaktorer bidrar til skaden kan det være vanskelig å påvise årsakssammenheng.

Om kravet til årsakssammenheng i ICRCs Interpretive Guidance heter det at skaden må påføres i «one causal step».¹⁷⁵ Denne påstanden har vært sterkt kritisert.¹⁷⁶ Melzer har imidlertid tatt til orde for at påstanden «one causal step» kun refererer til tilfeller der den siviles handling alene forårsaker umiddelbar skade, eksempelvis ved å skyte på motstanderen.¹⁷⁷ Veiledningen skal altså ikke forstås så bokstavelig at den sivile må være den utløsende årsak til skaden. Bemerkningen «one causal step» skal bidra til å skille mellom direkte og indirekte årsaker.¹⁷⁸ Eksempelvis vil økonomiske sanksjoner ikke forårsake skade i «one causal step», noe som tilsier at handlingen er en indirekte årsak til skaden.¹⁷⁹

¹⁷² Forsvarets høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 52.

¹⁷³ Melzer (2009) s. 47.

¹⁷⁴ Schmitt *Deconstructing* (2010) s. 726.

¹⁷⁵ Melzer (2009) s. 53.

¹⁷⁶ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 727-728, Boothby, *A discussion* (2010) s. 159 og Johansen (2017) s. 212.

¹⁷⁷ Melzer, *A response* (2009) s. 866.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Toorn, *Road test* (2010) s. 12.

Etter dette kan eksempelvis etterretningsaktiviteter oppfylle årsakskravet, ikke fordi de forårsaker skade i «one causal step»,¹⁸⁰ men fordi informasjonsinnhenting er sentral i årsakskjeden som i sin tur forårsaker skade på motstanderen.¹⁸¹

I veiledningen oppstilles to alternative måter å oppfylle årsakskravet på. Der den siviles handling ikke er utløsende årsak til skaden, må handlingen relateres til en «coordinated military operation». Kravet til en *spesifikk operasjon* er kritisert i juridisk teori. Blant annet Schmitt fremhever at personer som er dypt involvert i en operasjon, eksempelvis personer som planlegger et oppdrag, ikke nødvendigvis kan relateres til en *spesifikk operasjon*.¹⁸² Også Toorn hevder at kravet om en spesifikk operasjon ekskluderer «vital military activities», som planlegging, etterretning og logistikk.¹⁸³ Boothby argumenterer i samme retning.¹⁸⁴

Johansen fremhever at det sentrale er om den siviles handling er en «integral part of combat operations».¹⁸⁵ Formuleringen er inspirert av den amerikanske militærmanualen, hvor «combat operations» benyttes ved siden av det mer kjente begrepet *militære operasjoner*.¹⁸⁶ Det fremstår uklart hvorvidt begrepene er ment å ha forskjellig meningsinnhold.

Som nevnt i kapittel 3.1 omfatter begrepet *militære operasjoner* alle bevegelser og aktiviteter som gjennomføres av de væpnede styrker i relasjon til fiendtlighetene.¹⁸⁷ Det er på det rene at definisjonen også gjelder alle bevegelser og aktiviteter gjennomført av stridende. Fra dette kan utledes at en militær operasjon omfatter et bredt spekter av oppgaver. Det overordnede målet med operasjonen må være klarlagt, men det kreves ikke at operasjonen er planlagt i detalj. Eksempelvis trenger ikke ethvert angrep være planlagt, ei heller tid og sted for alle bevegelser. Når eller hvordan et angrep skal gjennomføres kan avhenge av motstanderens handlinger underveis i operasjonen eller besluttes på grunnlag av utfallet av øvrige aktiviteter.

Etter dette kan det argumenteres for at kravet om en spesifikk militær operasjon er en naturlig og viktig del av kravet til årsakssammenheng. For å sikre årsakssammenheng mellom den siviles handling og skaden, må den siviles handling være en del av en spesifikk operasjon. Dersom den siviles handling ikke kan relateres til en spesifikk operasjon, er det vanskelig å

¹⁸⁰ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 728.

¹⁸¹ Melzer, *A response* (2010) s. 867. Se også argumentasjonen i oppgavens kapittel 4.4.1.

¹⁸² Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 730.

¹⁸³ Toorn, *Road test* (2010) s. 23-24.

¹⁸⁴ Boothby, *And for such time as* (2010) s. 750. Sml. Melzer, *A response* (2009) s. 881.

¹⁸⁵ Johansen (2017) s. 212.

¹⁸⁶ Department of Defence, *Law of War Manual* (2016) avsnitt 5.8.3 s. 228.

¹⁸⁷ ICRC kommentar til TPI art. 51 (1) note 1936.

hevde at handlingen er tilstrekkelig nær skaden. Eksempelvis vil det være vanskelig å hevde at en sivil planlegger et angrep, om ikke planleggingen kan relateres til en spesifikk operasjon. Derimot om planleggingen kan relateres til en spesifikk operasjon, vil kravet til årsakssammenheng være oppfylt.¹⁸⁸ Det samme gjelder taktisk etterretningsinformasjon, altså informasjon om den nåværende situasjonen. Taktisk etterretningsinformasjon sier noe om aktørens konkrete handlinger og må anvendes ganske umiddelbart for å fremdeles være aktuell. Derfor må informasjonsinnhenting være relatert til en spesifikk operasjon. Tilsvarende vil sivile som er involvert i logistikk for en spesifikk operasjon oppfylle årsakskravet.

Kravet til årsakssammenheng må vurderes konkret, hvor relevante momenter er formålet med aktiviteten, samt geografisk og tidsmessig nærhet til skaden.¹⁸⁹

I enkelte scenarioer vil geografisk avstand til stridshandlingene ha stor betydning. Et forenklet eksempel er om en sivilperson yter finansielle bidrag fra Norge til konflikten i Afghanistan. Den geografiske avstanden tilsier at handlingen er en indirekte årsak til skaden. Her vil naturligvis også bidragets økonomiske art ha betydning for skadekravet, samt for vilkåret «fiendtligheter». I andre scenarioer vil geografisk avstand ha mindre betydning, eksempelvis i en cyberoperasjon hvor angrepet iverksettes langt unna det digitale rommet som angripes. Om et dataprogram manipuleres fra Oslo, slik at en demning i Bergen åpnes og mennesker skades, vil manipulasjonen være en direkte årsak til skaden, til tross for geografisk avstand.

Tilsvarende må tidsmessig nærhet til skaden vurderes konkret. Igjen kan en cyberoperasjon illustrere at tidsmessig nærhet kan ha liten betydning, som der den sivile installerer et skadelig program hos motparten, hvor programmet skal utløses på en spesiell dato eller ved en bestemt tastaturkombinasjon.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Melzer (2009) s. 55.

¹⁸⁹ Ibid, jf. s. 66, Boothby, *And for such time as* (2010) s. 747 og *PCATI v. Israel*, avsnitt 37.

¹⁹⁰ Dinstein (2016) s. 177.

4.3.3 Hensikt

Det tredje og siste kravet for «direkte» deltakelse er et krav til hensikt:

«the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another (belligerent nexus)».¹⁹¹

I den norske militærmanualen heter det at handlingen «må være gjennomført i den hensikt å skade den ene parten i konflikten til fordel for en annen».¹⁹²

Den norske oversettelsen «hensikt» kan være noe misvisende, da kravet ikke referer til subjektiv hensikt, som for eksempel i strafferetten,¹⁹³ men krever at den siviles handling objektivt sett er i stand til å påvirke konflikten og dens parter. Den siviles subjektive formål med handlingen er ikke avgjørende.¹⁹⁴ Kravet til hensikt henger tett sammen med vilkåret «fiendtligheter», da begge krever en forbindelse mellom fiendtlighetene og den siviles handling. Visse scenarioer kan derfor både sies å være urelatert til konflikten, altså utenfor «fiendtligheter» jf. kapittel 3.1, eller forklares som indirekte deltakelse fordi kravet til hensikt ikke er oppfylt. Et eksempel er alminnelig kriminalitet.

Under utformingen av ICRCs Interpretive Guidance ble vilkåret om hensikt ansett som det minst kontroversielle.¹⁹⁵ Toorn har uttalt at kravet til hensikt «is clearly a legitimate requirement», da det er nødvendig å skille mellom handlinger som utgjør en del av fiendtlighetene og andre typer av voldshandlinger.¹⁹⁶

I juridisk teori har Schmitt kritisert at kravet til hensikt relateres til den *skade* som er påført, hvilket har sammenheng med at Schmitt hevder at også rene fordeler skal anses som skade, jf. kapittel 4.3.1.¹⁹⁷ Schmitt mener at kravet til hensikt bør omformuleres, slik at kravet er oppfylt dersom hensikten *enten* er å skade en part *eller* å fremkalle fordeler for en part.¹⁹⁸

Som vist i kapittel 4.3.1 vil ikke rene fordeler oppfylle skadevilkåret og dette gjelder tilsvarende for kravet til hensikt. Det er ikke tilstrekkelig om handlingen har til hensikt å

¹⁹¹ Melzer (2009) s. 46.

¹⁹² Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 52.

¹⁹³ Se Strl. § 22 a).

¹⁹⁴ Melzer (2009) s. 59.

¹⁹⁵ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 735.

¹⁹⁶ Toorn, *Road test* (2010) s. 24.

¹⁹⁷ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 736.

¹⁹⁸ Ibid.

fremkalle fordeler for en part. Handlingen må, objektivt sett, være i stand til å forårsake en negativ effekt. At hensikten må være å forårsake en negativ effekt vil samtidig bidra til å avgrense mot handlinger som tilfeldigvis påvirker operasjonen, eksempelvis folkemasser som utilsiktet sperrer veien for militære styrker.¹⁹⁹

4.4 Utvalgte problemstillinger

4.4.1 Klare tilfeller av «direkte» deltakelse

På bakgrunn av den saksbaserte tilnærmingen i rettspraksis og de tre kravene til vilkåret «direkte», kan det oppstilles noen klare typetilfeller av «direkte» deltakelse.

Sivile som tar opp, bærer eller benytter våpen vil klart delta «direkte» i fiendtlighetene.²⁰⁰ Det samme gjelder sivile som forsøker å drepe, skade eller fange motstanderen eller beskyttede personer, eller å ødelegge materiell. Tilsvarende vil personer som planlegger eller autoriserer angrep regnes som «direkte» deltakende,²⁰¹ selv om de befinner seg langt unna stridshandlingene.²⁰²

Taktiske etterretningsaktiviteter, altså etterretning om den nåværende situasjonen som gir en bedre situasjonsforståelse, vil være sentralt i årsakbildet og anses som «direkte» deltakelse.²⁰³ Motsetningsvis vil strategisk etterretning, altså etterretning for et langsiktig perspektiv, trolig regnes som indirekte deltakelse.²⁰⁴ Her må det presiseres at hva som regnes som henholdsvis taktisk og strategisk etterretning kan variere ut fra omstendighetene.

Militær trening, utdanning og rekruttering til en spesifikk operasjon kan regnes som «direkte» deltakelse.²⁰⁵ Derimot vil generell trening, utdanning og rekruttering trolig anses som indirekte deltakelse,²⁰⁶ fordi den siviles bidrag til skaden er perifer eller minimal.

¹⁹⁹ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 53 og Melzer, *A response* (2010) s. 873.

²⁰⁰ PCATI v. Israel, avsnitt 34, Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber, avsnitt 177 og Bothe (2013) s. 344.

²⁰¹ PCATI v. Israel, avsnitt 37, Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber, avsnitt 307, Toorn, *Legal and Practical Evolution* (2009) s. 28, jf. s. 35 og Melzer, *A response* (2010) s. 848.

²⁰² PCATI v. Israel, avsnitt 34.

²⁰³ Ibid, avsnitt 35, Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber, avsnitt 177 og Melzer (2009) s. 55.

²⁰⁴ Johansen (2017) s. 218.

²⁰⁵ Melzer (2009) s. 53 jf. 58, Johansen (2017) s. 219, Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 730 og Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 55.

²⁰⁶ Melzer (2009) s. 58, Gill/Fleck (2010) s. 251 og Forsvarsdepartementet (2010) s. 2.

Et scenario som lenge ble diskutert i det juridiske miljøet var *Bob the driver*, hvor Bob illustrerer en sivil lastebilsjåfør som kjører ammunisjon fra sted A til sted B.²⁰⁷ Lastebilen er klart et militært objekt og er isolert sett et lovlig mål.²⁰⁸ Dersom angrepet på lastebilen anses proporsjonalt, vil Bob regnes som et lovlig følgetap, jf. kapittel 2.3.2. Spørsmålet var om Bob kunne angripes personlig, eksempelvis ved bruk av presisjonsvåpen mens han kjører eller om han gikk ut bilen for å fylle drivstoff. Bob en del av en større handlingsrekke, hvor det er andre personer som faktisk benytter ammunisjonen til å forårsake den umiddelbare skaden. Samtidig er Bobs kjøring helt avgjørende for at ammunisjonen kan benyttes. I dag er det generell enighet om at det avgjørende er hvor ammunisjonen kjøres til.²⁰⁹ Dersom ammunisjonen kjøres til frontlinjen vil Bob regnes som «direkte» deltakende og kan angripes personlig. Om ammunisjonen fraktes langt unna stridighetene, eksempelvis til en havn for videre frakt,²¹⁰ vil ikke Bob regnes som «direkte» deltakende og er et ulovlig mål.

4.4.2 Frivillige menneskelige skjold

Et annet diskutert scenario er om sivile som danner et menneskelig skjold regnes som «direkte» deltakende. Et menneskelig skjold innebærer at sivile, eller andre beskyttede personer, skjerner et lovlig militært mål. Beskyttelsen kan gjelde både militære personer eller objekter. Tilstedeværelsen av menneskelige skjold gjør at angriperen må ta hensyn til eventuelle sivile følgetap i proporsjonalitetsvurderingen. Derfor vil ofte menneskelige skjold medføre at angriperen må avstå fra angrep, enten fordi angrepet er uproporsjonalt, alternativt på grunn av moralske hensyn eller den mulige negative publisiteten.²¹¹

Menneskelige skjold har i økende grad blitt benyttet i krigføring, og særlig som ledd i asymmetrisk krigføring.²¹² Et eksempel er sivile som forsøkte å forhindre NATO-styrkenes bombing av broen i Beograd i 1999 ved å stille seg på broen.²¹³ Tilsvarende omringet sivile personer Yasser Arafats hovedkvarter i Ramallah i 2003, for å forhindre angrep fra israelske

²⁰⁷ ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 32, Melzer (2009) s. 56 og Dinstein, *Direct Participation in Hostilities* (2013) s. 8-9.

²⁰⁸ ICRC sedvanerettsstudie regel 8, TPI art. 52 (2).

²⁰⁹ Melzer (2009) s. 56. Se også Dinstein, *Direct Participation in Hostilities* (2013) s. 9.

²¹⁰ Johansen (2017) s. 219.

²¹¹ Schmitt, *Human shields* (2009) s. 297-298.

²¹² ICRC, *Forth Expert Meeting* (2006) s. 44 og Schmitt, *Human shields* (2009) s. 297.

²¹³ Belle, *Human shields* (2008) s. 884. Se «Civilians die as bombs hits bridge» (1990) <https://www.theguardian.com/world/1999/may/31/richardnortontaylor.johnhooper>.

styrker.²¹⁴ Andre eksempler på menneskelige skjold er sivile som stiller seg foran et militært kjøretøy for å hindre at kjøretøyet kommer frem, eller som stiller seg på taket av et militært hovedkvarter for å forhindre angrep.²¹⁵

Menneskelige skjold er omtalt som et av de vanskeligste, men også viktigste eksemplene for å klarlegge rekkevidden av «direkte» deltakelse.²¹⁶

Når menneskelige skjold diskuteres i denne sammenheng er det kun tale om frivillige menneskelige skjold. Det er ulovlig å tvinge sivile til å beskytte et militært mål.²¹⁷ Sivile i et ufrivillig menneskelig skjold vil altså ikke kvalifisere som «direkte» deltakende.²¹⁸

Utgangspunktet for vurderingen er de tre oppstilte kravene til «direkte» deltakelse, jf. kapittel 4.3, hvor særlig skadevilkåret er sentralt.

I *Targeted killings*-dommen tok israelsk Høyesterett til orde for at frivillige menneskelige skjold kvalifiserte som «direkte» deltakelse. Retten uttalte at: «if they do so of their own free will, out of support for the terrorist organization, they should be seen as persons taking a direct part in the hostilities.»²¹⁹ Domstolens argumentasjon indikerer at det avgjørende er at handlingen støtter en terrororganisasjon og denne støttefunksjonen gjør at frivillige menneskelige skjold ikke er beskyttelsesverdige.

ICRC hevder at ikke alle menneskelige skjold kvalifiserer som «direkte» deltakelse, men at skjoldet må «create a physical obstacle to military operations of a party».²²⁰ Dersom det menneskelige skjoldet er et defensivt tiltak for å avverge angrep, vil skjoldet forårsake skade på motstanderen og kvalifisere som «direkte» deltakelse. Samtidig legger ICRC til grunn at menneskelige skjold som ikke utgjør et fysisk hinder, for eksempel et skjold som forsøker å forhindre et luftangrep, ikke vil skade motstanderen.²²¹ Menneskelige skjold som ikke er et fysisk hinder vil kun være et *rettslig* hinder fordi angriperen må ta hensyn til eventuelle sivile følgetap i proporsjonalitetsvurderingen.²²²

²¹⁴ Belle, *Human shields* (2008) s. 884. Se «Menneskelige skjold beskytter Arafat» (2013) <https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/OllrmQ/menneskelige-skjold-beskytter-arafat>.

²¹⁵ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 56.

²¹⁶ ICRC, *Forth Expert Meeting* (2006) s. 45.

²¹⁷ Jf. ICRC sedvanerettstudie regel 97, GK III art. 23, GK IV art. 28 og TPI art. 51 (7).

²¹⁸ Melzer, *A response* (2010) s. 871 og Johansen (2017) s. 218.

²¹⁹ PCATI v. Israel, avsnitt 36.

²²⁰ ICRC, *Forth Expert Meeting* (2006) s. 45 og Melzer (2009) s. 56-57.

²²¹ Melzer (2009) s. 57 og Melzer, *A response* (2009) s. 869.

²²² ICRC, *Forth Expert Meeting* (2006) s. 45.

De mest praktiske tilfellene av menneskelige skjold er klart der skjoldet utgjør et fysisk hinder. Ettersom skjoldet vil *skjerme* et militært mål, er det kanskje forståelig at ICRC krever at skjoldet utgjør en konkret og fysisk hindring for motparten.

Samtidig virker det strengt at skjoldet må være et fysisk hinder, ettersom skadevilkåret vil være oppfylt om handlingen *kan* forårsake en *negativ effekt* på motstanderen, jf. kapittel 4.3.1. I denne retningen argumenterer Schmitt når han hevder at ICRC ikke har noe rettslig grunnlag for å oppstille et krav om fysisk hinder.²²³

Enten det frivillige menneskelige skjoldet utgjør et fysisk hinder eller ikke, må partene i konflikten uansett foreta en proporsjonalitetsvurdering før et angrep gjennomføres. At denne proporsjonalitetsvurdering må gjennomføres kan ikke være et argument i retning at av deltakelsen er indirekte. Det vil som regel ikke stå på *muligheten til* eller *midler for* å fjerne det menneskelige skjoldet.

Dessuten er det sentrale formålet med et menneskelig skjold er å påvirke motstanderen negativt, hvilket gjelder uavhengig av om skjoldet fungerer som et fysisk hinder eller ikke.²²⁴ Menneskelige skjold forsøker å styrke en parts militære mål og sabotere for motstanderen, og dermed forårsakes en negativ effekt.²²⁵ Motivasjonen for et menneskelig skjold er ikke nødvendigvis den fysiske hindringen av motstanderen, men skjoldet er et middel for å oppnå et annet mål, nemlig at motstanderen må avstå fra angrep.

I praksis kan det det være «vanskelig å avgjøre om sivile opptre som menneskelige skjold mot sin vilje, eller om dette gjøres helt frivillig».²²⁶ Dersom skjoldet er frivillig, bør det være presumsjon for at skjoldet forsøker å hindre motparten i å gjennomføre sine operasjoner.

Etter dette kan det ikke oppstilles et krav om at menneskelige skjold må utgjøre et fysisk hinder for å oppfylle skadevilkåret. Forutsatt at kravene til årsakssammenheng og hensikt er oppfylt, vil sivile som deltar i et menneskelig skjold forårsake skade og derfor regnes som «direkte» deltakende. Følgelig vil ikke individene i skjoldet telle med proporsjonalitetsvurderingen, altså vil de ikke anses som sivilt følgetap. Samtidig må hvert tilfelle av menneskelige skjold vurderes konkret. Selv om et menneskelig skjold anses som et

²²³ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 733. Se også Schmitt, *DPH and 21st Century* (2004) s. 521.

²²⁴ Johansen (2017) s. 219.

²²⁵ Toorn, *Road test* (2010) s. 23.

²²⁶ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 56.

lovlig mål kan prinsippene om humanitet og militær nødvendighet tilsi begrensninger i militære fremgangsmåter eller virkemidler.

4.4.3 Aktiviteter tilknyttet IEDs

Et hyppig diskutert scenario i relasjon til vilkåret «direkte» er aktiviteter tilknyttet improviserte eksplosive innretninger (*Improvised Explosive Device*, heretter IED/IEDs). En IED er en eksplosiv enhet som er produsert på en uprofesjonell måte, og vanligvis sammensatt av billige og lett tilgjengelige komponenter.²²⁷ Blant annet i Afghanistan har IEDs vært brukt til veibomber som utløses når kjøretøy eller personer passerer.²²⁸ Aktiviteter tilknyttet IEDs omfatter alt fra kjøp av materiale, til produksjon og detonasjon. Bruken av IEDs representerer en av de største truslene mot sivile,²²⁹ samtidig som aktiviteter tilknyttet IEDs ofte utføres av sivile.

Etter Antipersonellminekonvensjonen er IEDs forbudt dersom de er utformet slik at de utløses «by the presence, proximity or contact of a person».²³⁰ Selv om IEDs kan være forbudt å bruke for stater som har ratifisert konvensjonen, regulerer ikke konvensjonen om aktiviteter tilknyttet IEDs anses som «direkte» deltakelse etter Genèvekonvensjonene og deres tilleggsprotokoller.

Utgangspunktet for vurderingen er kravene til «direkte» deltakelse, jf. kapittel 4.3, hvor særlig kravet til årsakssammenheng er sentralt.

Ifølge ICRCs Interpretive Guidance er kun detonasjon av IEDs en direkte årsak til skaden, mens andre aktiviteter som produksjon, oppbevaring, kjøp og smugling av IEDs regnes som for beskjedne eller perifere årsaksbidrag.²³¹ Med andre ord hevder ICRC at kun detonasjon skal anses som «direkte» deltakelse, til tross for at veiledningen i utgangspunktet ikke krever at den siviles handling er den utløsende årsaken til skaden.

²²⁷ FNs Generalforsamlingsrapport A/71/187 (2016) s. 3.

²²⁸ Se «Nærkontakt med krig» (2011) <https://www.nrk.no/kultur/naerkontakt-med-krig-i-afghanistan-1.7611851>.

²²⁹ Watkin, *Opportunity lost* (2010) s. 658.

²³⁰ Antipersonellminekonvensjonen art. 2 (1), jf. art. 1.

²³¹ Melzer (2009) s. 54.

Når det gjelder *produksjon* av IEDs kan denne aktiviteten sammenlignes med produksjon av ammunisjon. Når ammunisjonsproduksjon regnes som generell krigsinnsats, jf. kapittel 3.2, kan det tilsi at heller ikke produksjon av IEDs skal kvalifisere som «direkte» deltakelse.²³²

I juridisk teori er det kritisert at kun detonasjon av IEDs anses som direkte årsak til skaden. Schmitt argumenterer for at det er en grunnleggende forskjell mellom tradisjonell våpenindustri og aktiviteter tilknyttet IEDs, fordi ammunisjonsproduksjon skjer langt unna slagmarken og de ansatte har ingen kunnskap om hvor, når eller hvordan ammunisjonen skal benyttes.²³³ Denne forskjellen tilsier at produksjon av henholdsvis ammunisjon og IEDs kan behandles forskjellig, særlig når produksjonen av IEDs skjer i eller i nærheten av stridighetene og med formål om relativ umiddelbar bruk mot motstanderen.²³⁴ Watkin har tatt til orde for at det er kunstig å skille mellom personer som utplasserer og/eller utløser bomben og personer som tilrettelegger for slik aktivitet.²³⁵ Boothby går i samme retning når han hevder at det er liten tvil om at en person som monterer IEDs med sikte på «employment by himself or another» for en bestemt hendelse, deltar «direkte» mens han monterer enheten.²³⁶

Når det i juridisk teori fremheves at formålet med aktiviteten er sentralt, er dette i tråd med ICRCs krav om at handlinger som ikke alene forårsaker skaden må knyttes til en spesifikk operasjon, jf. kapittel 4.3.2.

Etter dette kan det argumenteres for at ICRC inntar en for snever tilnærming når produksjon av IEDs generelt omtales som indirekte deltakelse. Også andre aktiviteter enn detonering kan være helt sentrale i årsaksbildet og en viktig del av en større handlingsrekke. Dersom produksjonen dessuten kan relateres til en spesifikk operasjon, vil handlingen oppfylle kravet til årsakssammenheng.

Hvor langt kravet til årsakssammenheng kan strekkes og hvilke aktiviteter tilknyttet IEDs som kan omfattes, vil avhenge av de konkrete omstendighetene. Tidsmessig og geografisk nærhet til skaden er sentrale tolkningsmomenter. Dette kan tydeliggjøres gjennom to eksempler.

Det første eksempelet er en sivil person som produserer en veibombe, hvor bomben skal benyttes i et angrep mot en bestemt ambassadør under morgendagens fredskonferanse.

²³² ICRC, *Forth Expert Meeting* (2006) s. 48.

²³³ Schmitt, *Deconstructing* (2010) s. 731.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Watkin, *Opportunity lost* (2010) s. 680.

²³⁶ Boothby, *And for such time as* (2010) s. 749. Sml. Melzer, *A response* (2010) s. 881.

Forutsatt at ambassadøren er involvert i den pågående konflikten, slik at omstendighetene kvalifiserer som «fiendtligheter», kan produksjonen relateres til en spesifikk operasjon og det er tidsmessig nærhet til skade på ambassadøren. Dette tilsier at produksjonen er direkte årsak til skaden, også før skaden materialiseres, og vil kvalifisere som «direkte» deltakelse.

Et annet eksempel er en person som har mistet jobben og produserer IEDs i håp om å selge disse til ISIL en gang i fremtiden. I dette tilfellet kan ikke produksjonen knyttes til en spesifikk operasjon, og det er vanskelig å vurdere både tidsmessig og geografisk nærhet til skaden. Dette tilsier at produksjonen ikke oppfyller årsakskravet og dermed ikke kvalifiserer som «direkte» deltakelse. Tilsvarende vil kjøp av materialer for å bygge IEDs, som nevnt innledningsvis i dette underkapittelet, vanskelig kunne knyttes til en spesifikk operasjon og dermed ikke anses som «direkte» deltakelse.

5 «Så lenge» deltakelsen pågår

5.1 Start- og sluttidspunkt for deltakelsen

5.1.1 Fastlegging av start- og sluttidspunkt

For å avgjøre når sivile mister beskyttelsen, må det fastlegges et start- og sluttidspunkt for deltakelsen. Ved deltakelsens start vil den sivile representerer en fare for motstanderen eller beskyttede personer og av den grunn godtas det at den sivile mister beskyttelsen. Ved deltakelsens slutt er ikke den sivile lenger noen trussel og skal derfor få tilbake beskyttelsen.²³⁷ Fastleggingen av start- og sluttidspunkt vil i praksis være synonymt med hvorvidt den sivile er et lovlig mål.

Fra et operasjonelt ståsted kan det være ønskelig å gripe inn mot sivile som deltar direkte i fiendtlighetene så tidlig som mulig, eksempelvis ved observasjon av sivile som kjører til frontlinjen for å muligens å delta i stridshandlingene, eller ved informasjon om at en sivilperson planlegger et angrep. Etter en skadevoldende handling kan det også være ønskelig å gripe inn, eksempelvis der sivile kjører vekk fra frontlinjen etter å ha deltatt i stridshandlingene.

Utgangspunktet er at deltakelsens *starttidspunkt* er når den sivile involverer seg i fiendtlighetene, og at deltakelsens *sluttidspunkt* er i det øyeblikk involveringen avsluttes. Start- og sluttidspunkt må avgjøres konkret, basert på «hendelser som det er naturlig å se på som en enhet».²³⁸ Hensynet bak tidsfaktoren, nemlig å kun ramme sivile som utgjør en trussel, tilsier at det avgjørende er hvorvidt den sivile faktisk utgjør en slik trussel. Ettersom de rettslige konsekvensene av direkte deltakelse er alvorlige, bør start- og sluttidspunkt avgjøres med forsiktighet.²³⁹

I teorien kan det virke forholdsvis enkelt å avklare et start- og sluttidspunkt. Eksempelvis der et menneskelig skjold beskytter en parts hovedkvarter, er starttidspunktet når de sivile setter seg ned rundt hovedkvarteret og sluttidspunktet er når de sivile avvikler aktiviteten. Et annet eksempel er en sivilperson som kaster brannbomber på motparten for å uttrykke støtte til en

²³⁷ ICRC kommentar til TPII art. 13 (3) note 4789.

²³⁸ Dahl (2008) s. 115.

²³⁹ Melzer (2009) s. 65.

konfliktspart.²⁴⁰ Den sivile vil ikke bare utgjøre en trussel når vedkommende faktisk kaster bomben, men også når vedkommende holder bomben eller gjør seg klar til å kaste. Kanskje også når vedkommende lager bomben, jf. kapittel 4.4.3.

I praksis kan fastleggingen av start- og sluttidspunkt være svært utfordrende. For det første oppstår krevende bevissspørsmål, som når det er tilstrekkelig klart at den sivile skal kaste brannbomben. For det andre oppstår spørsmål om hvor mange hendelser som er «naturlig» å se på som en enhet, altså hvor langt start- og sluttidspunktet kan strekkes. Et menneskelig skjold kan ansees avsluttet når de sivile reiser seg opp og skal gå fra stedet, eller når de sivile ankommer egen bopel. Svaret ligger trolig et sted mellom disse alternativene, men vil avhenge av omstendighetene i det konkrete tilfellet.

Særlig problematisk blir fastleggingen av start- og sluttidspunktet dersom etterretningsinformasjon tilsier at sivile *forbereder seg* til aktiviteter som kan karakteriseres som «direkte» deltakelse. Dette diskuteres i det følgende kapittel 5.1.2

5.1.2 Forberedelser og deployering

Spørsmålet her er om forberedelser og deployering kan sees på som en «naturlig» del av deltakelsen, slik at start- og sluttidspunkt kan strekkes utover den umiddelbare skadevoldende handling. For forberedelser innebærer det at starttidspunktet regnes fra forberedelsesstadiet. Forberedelse og deployering aktualiserer spørsmål om start- og sluttidspunkt fordi det ofte er tidsmessig avstand mellom handlingen og den endelige skaden. Forberedelse i denne sammenheng er handlinger som tilrettelegger for direkte deltakelse, eksempelvis å bestille våpen, kjøpe ammunisjon, bygge skyttergraver eller utplassere IEDs. Deployering er geografisk forflytning til og fra et operasjonsområde.

Både forberedelser og deployering kan etter sin art ha en negativ effekt på motstanderen og ha hensikt om slik skade, altså vil skadekravet og hensiktskravet være oppfylt, jf. kapittel 4.3. Derimot vil verken forberedelser eller deployering alene forårsake skaden og det avgjørende er om kravet til årsakssammenheng er oppfylt.

²⁴⁰ Forsvarets høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 57.

Som vist i kapittel 4.4.1 vil personer som planlegger operasjoner eller gir ordre til personer som er engasjert i fiendtlighetene anses for å delta «direkte». Det innebærer at *visse typer forberedelser* skal anses som «direkte» deltakelse.

Forberedelser og deployering må relateres til en spesifikk operasjon for å oppfylle årsakskravet, som redegjort for i kapittel 4.3.2. Et eksempel på en forberedelse til en spesifikk operasjon er en sivilperson som laster bomber på et fly for direkte angrep på militære objekter.²⁴¹ Generelle forberedelser, som finansiell, administrativ eller politisk støtte, vil ikke oppfylle kravet til årsakssammenheng.²⁴² Kravet til en spesifikk operasjon må opprettholdes for å unngå at helt urelaterte handlinger anses som «direkte» deltakelse. Dermed vil ikke generelle forberedelser oppfylle årsakskravet, slik det er argumentert for i juridisk teori.²⁴³ Det sentrale for forberedelser og deployering er altså om disse er en integrert del av operasjonen.

Det er ikke nødvendig at forberedelsene eller deployeringen skjer i fysisk nærhet til stridighetene eller kort tid før skaden forventes påført, men dette er relevante momenter i vurderingen av om årsakskravet er oppfylt.

I ICRCs veiledning angis noen eksempler på generelle forberedelser som ikke regnes som «direkte» deltakelse, blant annet produksjon av våpen.²⁴⁴ At våpenproduksjon på generelt grunnlag betegnes som indirekte deltakelse kan virke strengt, ettersom produksjon av IEDs etter omstendighetene regnes som «direkte» deltakelse, jf. 4.4.3. For produksjon av våpen vil det være særlig sentralt om produksjonen foregår i geografisk nærhet til stridighetene. På dette punkt kan altså ikke veiledningen tas så bokstavelig.

Etter dette vil forberedelser og deployering til spesifikke operasjoner regnes som «direkte» deltakelse. Følgelig er deltakelsens *starttidspunkt* på forberedelsesstadiet, slik at den sivile kan angripes under forberedelser til en spesifikk operasjon eller ved deployering til et angrep. Også deltakelsens *sluttidspunkt* kan strekkes utover den umiddelbare skadevoldende handlingen, slik at den sivile kan angripes under deployeringen fra handlingen som utgjorde direkte deltakelse.

²⁴¹ Melzer (2009) s. 66.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Schmitt, *A critical analysis* (2010) s. 36, Toorn, *Road test* (2010) s. 20 og Boothby, *And for such time as* (2010) s. 750.

²⁴⁴ Melzer (2009) s. 66.

5.2 Varigheten av tapt beskyttelse

5.2.1 Rekkevidden av svingdørbeskyttelsen

Sivile mister beskyttelsen «så lenge» de deltar direkte. Ordlyden «så lenge» indikerer et forbehold om varighet. Den sivile mister beskyttelsen ved deltakelsens start og gjenvinner beskyttelsen ved deltakelsens slutt. Denne *tidsfaktoren* angår den praktiske realitet, nemlig om den sivile lovlig kan angripes eller ikke.²⁴⁵ Beskyttelsen av sivile omtales gjerne som en *svingdørbeskyttelse* eller *svingdørkonseptet* (*the revolving door*) for å indikere at sivile kan miste og gjenoppta beskyttelsen like enkelt som å passere en svingdør.²⁴⁶ En velkjent illustrasjon på svingdørbeskyttelsen er den sivile som er «farmer by day, fighter by night»,²⁴⁷ og dermed beskyttet på dagtid, men et lovlig mål på nattetid.

Regelen om direkte deltakelse skal styrke distinksjonsprinsippet, men ikke generelt sørge for en størst mulig beskyttelse av sivile, jf. kapittel 3.1. Tidsfaktoren skiller seg ut på dette punkt, da den bidrar til å verne om den sivile beskyttelsen og sikrer at sivilpersoner beskyttes i størst mulig utstrekning.

I juridisk teori er svingdørbeskyttelsen blitt kritisert. Blant annet Schmitt har uttalt at svingdørbeskyttelsen «makes no sense from a military perspective», og fremhever at det er vanskelig for en motstander å avgjøre om den sivile deltar direkte eller har avsluttet deltakelsen.²⁴⁸ Også Johansen fremhever de praktiske utfordringene med svingdørbeskyttelsen, når hun argumenterer for at svingdørbeskyttelsen går på bekostning av prinsippet om militær nødvendighet.²⁴⁹ Dessuten vanskeliggjøres muligheten til å ta forholdsregler, fordi militære operasjoner må planlegges på kort tid, avhengig av om den sivile er beskyttet eller ikke.²⁵⁰ Dette øker risikoen for sivile følgetap.

Det er også argumentert for at sivile som allerede deltar direkte i fiendtlighetene påtar seg en større risiko enn fredelige sivile, og derfor ikke bør gis en slik svingdørbeskyttelse.²⁵¹ Videre

²⁴⁵ Dahl (2008) s. 114. Også omtalt som «tidsaspektet», jf. Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 57 og «the time dimension», jf. Boothby, *And for such time* (2010) s. 742.

²⁴⁶ Melzer (2009) s. 70 og Watkin, *Opportunity lost* (2010) s. 686.

²⁴⁷ Dinstein, *Direct Participation in Hostilities* (2013) s. 13.

²⁴⁸ Schmitt, *A critical analysis* (2010) s. 38 og Schmitt, *DPH and 21st Century* (2010) s. 510.

²⁴⁹ Johansen (2016) s. 216.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Gill/Fleck (2010) s. 251.

er det hevdet at svingdørbeskyttelsen ikke samsvarer med moderne krigføring og særlig asymmetrisk krigføring, hvor eksempelvis angrep med IEDs gjennomføres etter at de stridende har forlatt området.²⁵²

I forlengelsen av kritikken mot svingdørbeskyttelsen er det også hevdet at svingdørbeskyttelsen ikke kvalifiserer som folkerettslig sedvanerett.²⁵³ Dette har et grensesnitt til humanitærrettens politiske aspekt, jf. kapittel 1.3.

Ordlyden «så lenge» tilsier at svingdørbeskyttelsen er en realitet. Selv om svingdørbeskyttelsen kan gjøre det vanskeligere for væpnede styrker eller organiserte væpnede grupper å respondere på sivile som deltar direkte i fiendtlighetene, er svingdørbeskyttelsen nødvendig for å beskytte sivilbefolkningen.²⁵⁴

Både ICRCs sedvanerettsstudie, rettspraksis og juridisk teori viser at svingdørbeskyttelsen kvalifiserer som folkerettslig sedvanerett.²⁵⁵ Som nevnt i kapittel 1.3 vil det føre for langt å nærmere vurdere svingdørbeskyttelsens forankring i nasjonal praksis.

Kritikken av svingdørbeskyttelsen er mye av årsaken til at det må skilles mellom sivile som deltar direkte i fiendtligheter på regelmessig grunnlag eller mer sporadisk, hvilket behandles i det følgende kapittel 5.2.2.

5.2.2 Lengre tap av beskyttelse ved regelmessig deltakelse

Rettspraksis og juridisk teori viser at sivile som *regelmessig* deltar direkte i fiendtligheter mister sin sivile beskyttelse i en lengre tidsperiode enn kun «så lenge» den direkte deltakelsen pågår.²⁵⁶ Med andre ord vil den sivile «miste muligheten til å gå inn og ut av den sivile beskyttelsessfæren».²⁵⁷

Regelmessig deltakelse medfører at den sivile et lovlig mål uavhengig av handling, tid og sted, på samme måte som kombattanter, jf. kapittel 2.3.1. For eksempel vil en leder i ISIL

²⁵² Watkin, *Opportunity lost* (2010) s. 644, jf. s. 658-659 og Schmitt, *A critical analysis* (2010) s. 38.

²⁵³ Boothby, *And for such time* (2010) s. 743 og Department of Defence, *Law of War Manual* (2016) s. 234.

²⁵⁴ Melzer (2009) s. 71.

²⁵⁵ ICRC sedvanerettsstudie regel 6, PCATI v. Israel, avsnitt 38, Gill/Fleck (2010) s. 250 og Melzer (2009) s. 70.

²⁵⁶ PCATI v. Israel, avsnitt 40, Melzer (2009) s. 70, Dinstein (2016) s. 176 og Johansen (2017) s. 215.

²⁵⁷ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 57.

ikke gjenvinne sin sivile beskyttelse kun fordi han har lagt vekk våpenet og er på besøk hos familien sin.²⁵⁸

Lengre tap av beskyttelse er en utvidende tolkning av ordlyden «så lenge» i tilleggsprotokollene. Samtidig var reguleringen av direkte deltakelse i tilleggsprotokollene ment som en respons til spontan, sporadisk og uorganiserte fiendtlige handlinger fra sivile,²⁵⁹ hvilket indikerer at ordlyden ikke er tilpasset regelmessig deltakelse.

At deltakelsen er regelmessig tilsier at den sivile deltar direkte i fiendtlighetene flere ganger, på en mer kontinuerlig basis.

At sivile regelmessig deltar direkte i fiendtlighetene er særlig aktuelt for sivilpersoner som er medlem av en organisert væpnet gruppe, både i internasjonale konflikter, men kanskje særlig i ikke-internasjonale konflikter. Sivilpersoner som er medlem av en organisert væpnet gruppe blir fremstillingens videre fokus.

Medlemskap i organiserte væpnede grupper må i denne sammenheng baseres på tilgjengelig etterretningsinformasjon, da slike grupper sjelden har formaliserte medlemskap eller offentlige medlemslister.²⁶⁰

I *Targeted killings*-dommen behandlet israelsk Høyesterett spørsmål om regelmessig deltakelse i relasjon til terrororganisasjoner. I dommen heter det: «a civilian who has joined a terrorist organization which has become his "home", and in the framework of his role in that organization he commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack "for such time" as he is committing the chain of acts.»²⁶¹ Dommen viser for det første at regelmessig deltakelse medfører lengre tap av beskyttelse. For det andre redegjøres for hva som ligger i *regelmessig* deltakelse, nemlig at den sivile utfører flere handlinger som kan karakteriseres som direkte deltakelse, hvor avstand fra fiendtlighetene kun er hvile frem mot neste stridshandling. Den siviles «rolle» i organisasjonen er et sentralt tolkningsmoment.

Også ICRC har argumentert for at medlemmets rolle i gruppen er avgjørende for tapet av beskyttelsen. Ifølge veiledningen vil medlemmer av organiserte væpnede grupper med en

²⁵⁸ Solis (2016) s. 221.

²⁵⁹ Melzer (2009) s. 71-72.

²⁶⁰ Ibid, s. 23.

²⁶¹ PCATI v. Israel, avsnitt 39.

«continuous combat function» miste beskyttelsen i en lengre tidsperiode enn kun «så lenge» deltakelsen pågår.²⁶² Terminologien *kontinuerlig stridende funksjon* ble utviklet i veiledningen og omtales gjerne som *medlemskapstilnærmingen*.²⁶³ For å miste beskyttelsen i en lengre tidsperiode må altså den sivile både være medlem i en organisert væpnet gruppe og ha en stridende funksjon i denne gruppen. Det er særlig medlemmer med stridende funksjoner som forventes å delta direkte i fiendtlighetene flere ganger, på en mer kontinuerlig basis og slik kan sammenlignes med kombattanter. Samtidig vil kravet til stridende funksjon sikre at lengre tap av beskyttelse ikke baseres på tilfeldige kriterier, som familieband eller abstrakt tilknytning.²⁶⁴ Eksempelvis skal ikke en sivilperson antas å være medlem med stridende funksjon selv om vedkommende bor i nærheten av basen til en væpnet gruppe.

En stridende funksjon omfatter personer som utfører angrep, men er ikke begrenset til disse. Også funksjoner som kommando og kontroll, ansvar for forflytning, beskyttelse av egne styrker og logistikk regnes som stridende.²⁶⁵

Dersom den sivile innehar en stridende funksjon, må vedkommende permanent gå over til ikke-stridende funksjoner eller avslutte medlemskapet for å gjenvinne den sivile beskyttelsen.²⁶⁶

Ved å åpne for at medlemmer med stridende funksjoner kan miste beskyttelsen i en lengre tidsperiode, kan ikke deltakelsen relateres til «specific acts», slik ICRCs veiledning i utgangspunktet krever.²⁶⁷ Følgelig kan ikke veiledningens krav om «specific acts» tas bokstavelig når det gjelder regelmessig deltakelse.

Kravet til stridende funksjon har vært debattert i juridisk teori. Blant annet Solis har fremhevet at kravet «is an important evolution in interpreting the law of war», og er nødvendig i moderne krigføring.²⁶⁸ Det er medlemmer med en stridende funksjon som er nærmest å sammenligne med kombattanter.²⁶⁹

²⁶² Melzer (2009) s. 33 og s. 72.

²⁶³ «The membership approach», jf. ICRC, *Third Expert Meeting* (2005) s. 48.

²⁶⁴ Melzer (2009) s. 33.

²⁶⁵ Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013) s. 59.

²⁶⁶ Melzer (2009) s. 72.

²⁶⁷ Ibid, s. 43.

²⁶⁸ Solis (2016) s. 221.

²⁶⁹ Ibid. Se også Melzer, *A response* (2010) s. 850.

Andre teoretikere hevder at medlemskap i seg selv er tilstrekkelig for å miste beskyttelsen i en lengre tidsperiode. Boothby argumenterer for at medlemmer i en organisert væpnet gruppe ikke nødvendigvis har en fastsatt (stridende) funksjon, men heller varierende roller.²⁷⁰ Slik fremhever Boothby særlig de praktiske hensyn.

Dinstein argumenterer for at organiserte væpnede grupper må likestilles med statens væpnede styrker, for å kunne bekjempe både sivile som begår voldshandlinger og «activities behind the scenes», som planlegging og rekruttering.²⁷¹ Her kan bemerkes at planlegging kan anses som «direkte» deltakelse, jf. kapittel 5.1.2, uavhengig av kravet til stridende funksjon.

Johansen hevder at kravet til stridende funksjon gir organiserte væpnede grupper en urettmessig fordel, sammenlignet med statens væpnede styrker.²⁷² I samme retning fremhever Watkin at organiserte væpnede grupper kan være like organisert og uniformert som sine motstandere,²⁷³ og derfor bør alle medlemmer av organiserte væpnede grupper likestilles med kombattanter. Både Watkin og Johansen hevder at stridende funksjon kun skal få betydning i bevisvurderingen av om vedkommende er medlem i en organisert væpnet gruppe.²⁷⁴ Samtidig anerkjenner Watkin at organiserte væpnede grupper vil være svært forskjellige hva gjelder profesjonalitet, spesialitet, ferdigheter og antall,²⁷⁵ hvilket taler mot å likestille alle organiserte væpnede grupper med statens styrker.

Johansen har særlig fremhevet at kravet til stridende funksjon ikke vil fungere i tilfeller der medlemmer med stridende funksjoner skifter til ikke-stridende funksjoner, men likevel sporadisk deltar direkte i fiendtlighetene.²⁷⁶ Her er det imidlertid sentralt at ICRC fremhever i veiledningen at hvorvidt et medlem går over til ikke-stridende funksjoner må vurderes konkret.²⁷⁷ Dette tyder på at det kreves god etterretningsinformasjon for å etablere et skifte til ikke-stridende funksjoner og særlig dersom medlemmet forsetter å delta direkte i fiendtlighetene. En lengre periode uten stridshandlinger vil altså ikke nødvendigvis tilsi at den sivile har gått over til ikke-stridende funksjoner.

²⁷⁰ Boothby, *And for Such Time as* (2010) s. 754.

²⁷¹ Dinstein (2016) s. 178.

²⁷² Johansen (2017) s. 206.

²⁷³ Watkin, *Opportunity lost* (2010) s. 675.

²⁷⁴ Ibid, s. 691 og Johansen (2017) s. 206.

²⁷⁵ Watkin, *Opportunity lost* (2010) s. 674.

²⁷⁶ Johansen (2017) s. 216.

²⁷⁷ Melzer (2009) s. 72.

Regelen om direkte deltakelse får et utvidet virkeområde når det regelmessig deltakelse medfører lengre tap av beskyttelse. Derfor bør det stilles strenge krav til når slik utvidelse kan skje. Dette oppnås best ved å stille krav om at medlemmer i organiserte væpnede grupper har en stridende funksjon.

Å oppstille et krav til stridende funksjon vil rette fokuset mot den siviles oppførsel, hvilket samsvarer med formålet om kun ramme sivile som utgjør en trussel. Kravet til stridende funksjon vil være godt egnet til å skille mellom direkte og indirekte deltakelse, herunder å skille ut perifere årsaksbidrag, fordi den stridende funksjonen sterkt taler for at vedkommende deltar direkte i fiendtligheter på regelmessig basis. Distinksjonsprinsippet tilsier at organiserte væpnede grupper kun i en viss utstrekning kan sammenlignes med statens væpnede styrker, ettersom de involverte personene er henholdsvis sivile eller kombattanter. Det er medlemmer med en stridende funksjon som best kan sammenlignes med kombattanter og som må skilles fra sivilbefolkningen.²⁷⁸ Kravet til stridende funksjon kan vanskeliggjøre valget av lovlige militære mål og fordre krevende bevissspørsmål, men dette kan likevel ikke veie tyngre enn distinksjonsprinsippet. Behovet for praktisk enkle løsninger kan med andre ord ikke gå på akkord med et av de grunnleggende prinsippene i krigens folkerett.

Etter dette kan kun medlemmer med stridende funksjon miste beskyttelsen i en lengre tidsperiode, mens andre medlemmer vil miste beskyttelsen parallelt med eventuell direkte deltakelse i fiendtlighetene.

²⁷⁸ ICRC, *Forth Expert Meeting* (2006) s. 31-32.

6 Avsluttende refleksjoner

Temaet for denne masteroppgaven har vært å analysere når sivile anses for å «delta direkte i fiendtligheter» under internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter, samt hvor lenge sivile mister beskyttelsen ved slik deltakelse.

Behandlingen av tidsfaktoren «så lenge» i kapittel 5 viser at sivile mister beskyttelsen parallelt med den direkte deltakelsen, men at start- og sluttidspunkt kan strekkes utover den umiddelbare skadevoldende handlingen. Med fokus på sivile i organiserte væpnede grupper ble det vist at medlemmer med en stridende funksjon kan miste beskyttelsen i en lengre tidsperiode enn kun «så lenge» deltakelsen varer.

Behandlingen av vilkårene «deltar direkte» og «fiendtligheter» viser at regelen om direkte deltakelse reiser en rekke særskilte tolkningsspørsmål. Kapittel 3 fremhever at vilkåret «fiendtligheter» innebærer at den siviles handling må være relatert til den pågående konflikten og konfliktenes parter. Vilkåret avgrensner mot generell krigsinnsats, hvilket kan bli viktig i fremtiden, på grunn den voksende sikkerhetsbransjen og bruken av sivile kontraktører.

I kapittel 4 er det redegjort for de tre kravene som må oppstilles for at deltakelsen skal være «direkte», og samtidig presisert at kravene ikke kan tolkes for strengt eller for bokstavelig. Oppsummert må den siviles handling ha et tilstrekkelig skadeomfang, det må være årsakssammenheng mellom handlingen og skaden, samt en hensikt om å påføre skade.

Verden i dag opplever et nytt trusselbilde, særlig på grunn av den raske teknologiske utviklingen og økningen av ikke-internasjonale konflikter. Det kan være vanskelig å danne et klart bilde av hvordan konfliktene vil utvikle seg i fremtiden. Samtidig er det ingen tegn til at sivile vil slutte å engasjere seg i væpnede konflikter. Dette tilsier at reguleringen av direkte deltakelse i fiendtligheter kanskje er viktigere enn noen gang. Humanitærretten har behov for at regelen om direkte deltakelse har en tydelig rekkevidde, men er også avhengig av et tilpasningsdyktig regelverk, slik at regelen kan anvendes både i 2018 og i 2081.

For å sikre både forutberegnelighet og fleksibilitet på best mulig vis må kravene til skadeomfang, årsakssammenheng og hensikt ligge fast, men med mulighet for nyansering ut fra den konkrete situasjonen. Slik vil rettspraksis fremdeles ha mulighet til å styre rettsutviklingen. På denne måten vil humanitærretten være i stand til å møte de utfordringene som følger med en verden i endring.

Litteraturliste

Lovregister

Lov 20. mai 2005 nr. 28

Lov om straff (straffeloven)

Traktater

Lieber Code

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, 24. april 1863

Wienkonvensjonen

The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969

De forente nasjoners pakt (FN-pakten)

Charter of the United Nations, San Francisco 26. juni 1945

Genève-konvensjon I

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Genève 12. august 1949

Genève-konvensjon II

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Ship-wrecked Members of Armed Forces at Sea, Genève 12. august 1949

Genève-konvensjon III

Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Genève 12. august 1949

Genève-konvensjon IV

Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Genève 12. august 1949

Tilleggsprotokoll I (TPI)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Genève 8. juni 1977

Tilleggsprotokoll II (TPII)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Genève 8. juni 1977

Tilleggsprotokoll III (TPIII)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption

of an Additional Distinctive Emblem, Genève 8. desember 2005

Antipersonellminekonvensjonen

Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, Oslo 18. september 1997

Forarbeider

Prop. 44 L (2015-2016)

Endringer i straffeloven mv.

NOU 2016: 8

En god alliert – Norge i Afghanistan.

Prop. 151 S (2015-2016)

Kampkraft og bærekraft — Langtidsplan for forsvarssektoren

Rettspraksis

Nicaragua v. US

Nicaragua v. United States of America, International Court of Justice, Haag, 27. juni 1986.

Iran v. US

Islamic Republic of Iran v. United States of America, International Court of Justice, Observations and submissions, Haag, 1. juli 1994.

Prosecutor v. Tadic

The Prosecutor v. Dusko Tadic, International Tribunal for former Yugoslavia, 2. oktober 1995.

Nuclear Weapons

International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, Haag, 8. juli 1996.

Prosecutor v. Akayesu

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, International Criminal Tribunal for Rwanda, 2. september 1998

Prosecutor v. Blasic

The Prosecutor v. Tihomir Blasic, International Tribunal for former Yugoslavia, Trial Judgement, 3. mars 2000.

Prosecutor v. Galic

The Prosecutor v. Stanislav Galic, International Tribunal for former Yugoslavia, Trial Chamber, Judgement and opinion, 5. desember 2003.

Prosecutor v. Limaj	The Prosecutor v. Fatmir Limaj, International Tribunal for former Yugoslavia, Trial Judgement, 30. november 2005.
PCATI v. Israel	The Public Committee Against Torture in Israel v. the Government of Israel, High Court of Justice, 11. desember 2005.
A and B v. Israel	A and B v. the Government of Israel, Court of Criminal Appeals, 5. mars 2007.
Prosecutor v. Strugar	The Prosecutor v. Pavle Strugar, International Tribunal for former Yugoslavia, 17. juli 2008.
Prosecutor v. Katanga	The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, International Criminal Court, Decision on Confirmation of Charges, 30. september 2008.
Prosecutor v. Lubanga	The Prosecutor v. Thomas Lubanga, International Criminal Court, Trial Chamber, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 05. april 2012.
Mohammed v. State for Defence	Serdar Mohammed and Others v. Secretary of State for Defence, English Court of Appeals, London, 30. juni 2015.

Juridisk litteratur:

Bøker

Bothe, Michael, Karl Josef Partsch og Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Second edition), Leiden: Njohoff Publishers, 2013.

Crawford, Emily og Alison Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2015.

Crawford, Emily, *Identifying the enemy, civilian participation in armed conflicts*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Dahl, Arne Willy, *Håndbok i militær folkerett*, Oslo: Cappelen akademiske forlag, 2008.

Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Fleck, Dieter, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

Gill, Terry og Dieter Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

Johansen, Sigrid Redse, *On military necessity: And the commander's assessment of military necessity under the international law of armed conflict during conduct of hostilities*, Oslo: University of Oslo, Faculty of Law, Norwegian Centre for Human Rights, 2017.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, New York: Cambridge University Press, 2016.

Juridiske artikler

Belle, Stéphanie Bouchié de, *Chained to cannons or wearing targets on their T-shirts: Human shields in International Humanitarian Law*, International Review of the Red Cross, volum 90, nummer 872 (2008) s. 883-906. [Belle, *Human shields* (2008)]

Ben-Naftali, Orna og Keren Michaeli, *Legality of Preventive Targeted Killings – International Armed Conflict*, American Journal of International Law, volum 101, nummer 2 (2007) s. 459-465. [Ben-Naftali/Michaeli, *Legality of Preventive Targeted killings* (2007)]

Boothby, Bill, “*And for Such Time as*”: *The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*, New York University Journal of International Law and Politics, volum 42, heftenummer 741 (2010) s. 741-768. [Boothby, *And for such time* (2010)]

Boothby, William H, *Direct Participation in Hostilities – A Discussion of the ICRC Interpretive Guidance*, International Humanitarian Legal Studies (2010) s. 143-164. [Boothby, *A discussion* (2010)]

Dinstein, Yoram, *Direct Participation in Hostilities*, Tilburg Law Review, volum 18, heftenummer 1 (2013), s. 3-16. [Dinstein, *Direct Participation in Hostilities* (2013)]

Dörmann, Knut, *The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”*, International Review of the Red Cross, volum 85, heftenummer 849 (2003) s. 45-74.

Frostad, Magne, *Krigsbegrepet i nasjonal rett og enkelte beslektede straffeprosessuelle spørsmål*, Tidsskrift for strafferett, årgang 11, nummer 1 (2011) s. 44-63. [Frostad, *Krigsbegrepet* (2011)]

Mæhle, Synne Sæther: *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?* Jussens venner (2004) s. 329-342.

Melzer, Nils: *Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, New York University Journal of International Law and Politics, volum 42, heftenummer 3 (2009) s. 831-916. [Melzer, *A response* (2010)]

Raguan, Galit, *Adjudicating Armed Conflict in Domestic Courts: The Experience of Israel's Supreme Court*, i *Yearbook of International Humanitarian Law*, Tim McCormack, Louise Arimatsu og M.N. Schmitt, volum 13, Haag: T.M.C. Asser Press (2011). [Raguan, *The Experience of Isarel's Supreme Court* (2011)]

Schmitt, Michael N., *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, New York University Journal of International Law and Politics, volum 42, heftenummer 3 (2010), s. 697-739. [Schmitt, *Deconstructing* (2010)]

Schmitt, Michael N., *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*, Fischer H (Ed.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift fur Dieter Fleck* (2004) s. 505-509. [Schmitt, *DPH and 21st Century* (2004)]

Schmitt, Michael N., *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, Harvard National Security Journal, volum 1 (2010) s. 5-44. [Schmitt, *A critical analysis* (2010)]

Vité, Sylvain, *Between Consolidation and Innovation: The International Criminal Court's Trial Chamber Judgment in the Lubanga Case*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, volum 15 (2012) s. 61-85. [Vité, *Between Consolidation and Innovation* (2012)]

Watkin, Kenneth, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, *The American Journal of International Law*, volum 98, heftenummer 1 (2004) s. 1-34. [Watkin, *Controlling the Use of Force* (2004)]

Watkin, Kenneth, *Opportunity lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*, New York University Journal of International Law and Politics, volum 42, heftenummer 3 (2010) s. 641-695. [Watkin, *Opportunity lost* (2010)]

Ulfstein, Geir, *Kronikk: Ti teser om folkeretten*, *Aftenposten*, 05. juli 2016.

Juridiske dokumenter

FN. *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome*, Official Records, Volum III (1998).

[http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v3_e.pdf] [Sitert 05.03.2018]

FN. *Enhancing the Understanding on the Foreign Terrorist Fighters Phenomenon in Syria* (2017). [http://www.un.org/en/counterterrorism/assets/img/Report_Final_20170727.pdf] [Sitert 22.03.2018]

FNs Generalforsamlingsrapport. *Countering the threat posed by improvised explosive devices, Report of the Secretary-General*, A/71/187 (2016). [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/187] [Sitert 05.05.2018]

Forsvarsdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet. *Støtte og samarbeid, En beskrivelse av totalforsvaret i dag* (2015). [Forsvarsdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet (2015)] [Sitert 20.04.2018]

Forsvarsdepartementet, *Strafferegulering av private deltakelse i væpnet konflikt* (2010). [<https://www.regjeringen.no/contentassets/0c97d710eae24cb1a917ec856a0085fd/rodekorsvedlegg1.pdf>] [Sitert 25.04.2018] [Forsvarsdepartementet (2010)]

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (Geneva Academy), *The War Report Armed Conflicts in 2017* (2018). [Sitert 25.04.2018] [Geneva Academy, *The War Report* (2018)]

Henckaerts, Jean Marie og Doswald-Beck, Louise, *Geneva conventions and commentaries* (1987). [Oppdatert versjon tilgjengelig fra: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>] [Sitert 10.01.2018] [ICRC kommentar]

Henckaerts, Jean Marie og Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules og Volume II: Practice – part 1, Volume II: Practice – part 2*, Cambridge: Cambridge University Press (2005). [Oppdatert versjon tilgjengelig fra: ICRC, *Customary IHL Database* (udatert), <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>] [Sitert 12.02.2018] [ICRC sedvanerettsstudie]

Melzer, Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva: The International Committee of the Red Cross (2009). [Sitert 06.01.2018] [Melzer (2009)]

The International Committee of the Red Cross og The TMC Asser Institute, *Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Direct Participation in Hostilities in Non-International Armed Conflict* (2004). [Sitert 20.04.2018] [ICRC, *Second Expert Meeting* (2004)]

The International Committee of the Red Cross og The TMC Asser Institute, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Summary Report* (2005). [Sitert 20.04.2018] [ICRC, *Third Expert Meeting* (2005)]

The International Committee of the Red Cross og The TMC Asser Institute, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Summary Report* (2006). [Sitert 20.04.2018] [ICRC, *Fourth Expert Meeting* (2006)]

The International Committee of the Red Cross. *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, second session, volum I (1972). [Sisert 30.04.2018] [ICRC, *Report on the work of the conference* (1972)]

The White House, *Memorandum, Subject: Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees*, Washington (2002). [Sisert 01.05.2018]

Militære manualer

Forsvarets høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett*, Oslo: Forsvarssjefen, 2013. [Forsvarets høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (2013)] [Sisert 05.01.2018]

The Office of the Judge Advocate General, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels* (2001). [Sisert 11.04.2018]

United Kingdom Ministry of Defence, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004. [Sisert 11.04.2018]

United States Department of Defence, *Law of War Manual* (2016). [Sisert 06.02.2018]

Nettsider

FN-sambandet, «Den arabiske våren» (2017) <https://www.fn.no/Konflikter/Afrika/Den-arabiske-vaaren> [Sist oppdatert 16.06.2017] [Sisert 06.04.2018]

FN-sambandet, «Den islamske staten IS» (2017) <https://www.fn.no/Konflikter/Den-islamske-staten-IS> [Sist oppdatert 28.03.2017] [Sisert 06.04.2018].

FN-sambandet, «Jemen» (2017) <https://www.fn.no/Konflikter/Jemen> [Sist oppdatert 13.12.2017] [Sisert 20.05.2018]

FN-sambandet, «Rwanda» (2014) <https://www.fn.no/Land/Rwanda> [Sist oppdatert 15.05.2014] [Sisert 11.04.2018]

Forsvaret, «Forsvaret inngår beredskapsavtale med Bertel O. Steen» (2018) <https://forsvaret.no/presse/forsvaret-inng%C3%A5r-beredskapsavtale-med-bertel-o-steen> [Publisert 08.03.2018] [Sisert 10.03.2018]

Grieg Logistics, «Frame Agreement with the Norwegian Armed Forces» (2017) <https://grieglogistics.no/news/frame-agreement-norwegian-armed-forces/> [Publisert 15.05.2017] [Sisert 20.03.2017].

Johnston, David og John. M. Border, «FBI says guards killed 14 Iraqis without case», *The New York Times*, (2007)

<http://www.nytimes.com/2007/11/14/world/middleeast/14blackwater.html> [Publisert 14.11.2007] [Sisert 10.01.2018]

Nicholas Watt, John Hooper, Stephen Bates and Richard Norton-Taylor, «Civilians die as bombs hits bridge» (1990) <https://www.theguardian.com/world/1999/may/31/richardnortontaylor.johnhooper> [Publisert 31.05.1990] [Sisert 15.04.2018]

Norsk Utenrikspolitisk Institutt, «Asymmetrisk krig» (udatert), <http://www.nupi.no/Skole/Ordforklaringer/Asymmetrisk-krig-konflikt> [Sisert 04.04.2018].

NRK, «Nærkontakt med krig» (2011) <https://www.nrk.no/kultur/naerkontakt-med-krig-i-afghanistan-1.7611851> [Publisert 01.05.2011] [Sisert 17.04.2018]

The International Committee of the Red Cross, «Ukraine: ICRC calls on all sides to respect international humanitarian law» (2014) <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/news-release/2014/07-23-ukraine-kiiev-call-respect-ihl-repatriate-bodies-malaysian-airlines.htm> [Publisert 23.07. 2014] [Sisert 15.05. 2018]

The International Committee of the Red Cross, «Unlawful combatants» (udatert) <https://casebook.icrc.org/glossary/unlawful-combatants> [Sisert 05.04.2018].

The International Committee of the Red Cross, «Unprivileged belligerent» (udatert) <https://casebook.icrc.org/glossary/unprivileged-belligerent> [Sisert 05.04.2018].

Thorstein Korsvold, «Sivile helikoptre bryter med folkeretten» (2017) <https://www.aldrimer.no/sivile-helikoptre-bryter-med-folkeretten/> [Publisert 01.12.2017] [Sisert 20.02.2018]

VG, «Menneskelige skjold beskytter Arafat» (2013) <https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/QllrmQ/menneskelige-skjold-beskytter-arafat> [Publisert 15.10.2013] [Sisert 15.04.2018]