

Presumsjon om sivil immunitet

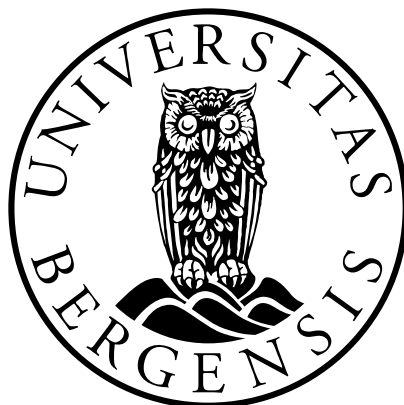
*Regler om presumsjon i relasjon til vilkår for sivil immunitet
i ikke-internasjonale væpnede konflikter*

Kandidatnummer:

159

Antall ord:

14 914



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni 2017

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDENDE DEL.....	4
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	4
1.2	Aktualitet.....	5
1.3	Avgrensning	7
1.4	Begrepsavklaring	8
1.4.1	Internasjonal humanitærrett og krigens folkerett.....	8
1.4.2	Sivil immunitet	8
1.4.3	Distinksjonsprinsippet	8
1.4.4	Internasjonal væpnet konflikt og ikke-internasjonal væpnet konflikt	9
1.5	Metodiske utfordringer i internasjonal humanitærrett	9
1.5.1	Uenighet om hva som kan anses som rettskilder	9
1.5.1	Internasjonal sedvanerett	9
1.5.2	ICRSs sedvanerettsstudie	10
1.5.3	Militærmanualer	10
1.5.4	Domsavgjørelser	11
1.5.5	Juridisk teori	12
1.5.6	ICRC-guiden.....	12
1.5.7	Betydningen av humanitære og militære interesser	13
1.5.8	Særlige metodiske utfordringer i relasjon til IVK	13
1.6	Oppgavens oppbygning.....	14
2	HOVEDDEL.....	15
2.1	Når foreligger en ikke-internasjonal væpnet konflikt	15
2.1.1	Væpnede konflikter	15
2.1.2	Ikke-internasjonale væpnede konflikter	15
2.1.3	Tilleggsvilkår	16
2.1.4	Den nedre grensen mot intern uro	16
2.1.5	Ikke-internasjonal ?	17
2.2	Distinksjonsprinsippet.....	17
2.2.1	Legaldefinisjon av distinksjonsprinsippet	17
2.2.2	Status som sivil.....	18
2.2.3	Definisjonen av sivile i TPI.....	18
2.2.4	Krigsfangestatus i Genevekonvensjonen.....	18
2.2.5	Status som stridene i Tilleggsprotokoll I.....	19
2.2.6	Overføringsverdi til internasjonale væpnede konflikter	20
2.2.7	Ordinære statlige væpnede styrker	20

2.2.8	Irregulære statlige væpnede styrker.....	21
2.2.9	”Armed opposition groups” ’.....	21
2.3	Særlig om medlemmer av organiserte væpnede grupper.....	22
2.3.1	Rettslig limbo	22
2.3.2	Medlemskapstilnærmingen.....	22
2.3.3	Problemer med medlemskap som vilkår for bortfall av status som sivil.....	23
2.3.4	Kontinuerlig stridsfunksjon	24
2.4	Presumsjon om status som sivil	25
2.4.1	Presumsjon som sikkerhetsnett.....	25
2.4.2	Presumsjon om status som sivil i ikke-internasjonale væpnede konflikter	26
2.4.3	Terskelen for tvil	28
2.4.4	Krav om å forsikre seg om at mål ikke er sivile.....	29
2.5	Presumsjonsregel angående direkte deltagelse i fiendtligheter.....	30
2.5.1	Unntak fra distinksjonsprinsippet.....	30
2.5.2	Direkte deltagelse i fiendtligheter.....	31
2.5.3	Presumsjon mot DPH	32
2.5.3.1	Presumsjonsregel med grunnlag i rett på generell beskyttelse	32
2.5.3.2	Presumsjonsregel med grunnlag i analogi fra TP art. 50 (1)	33
2.5.3.3	Påstanden om enighet	35
2.5.4	Presumsjon for DPH.....	36
2.6	Konklusjon.....	38
3	AVSLUTNING.....	38

1 Innledende del

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Tap av menneskeliv er en uunngåelig konsekvens av væpnede konflikter. Historien bugner av grusomme eksempler som bekrefter krigens iboende brutalitet. Men til tross for at krigshandlinger oppleves som både kyniske og skånselløse, er de underlagt rettlige begrensninger. Regulering av atferd i væpnede konflikter har lange tradisjoner verden over. Lenge bare i form av uskreven skikk og bruk for sømmelig krigføring, men i moderne tid også gjennom internasjonale avtaler om atferd i væpnede konflikter, og systematisering av internasjonal sedvanerett.

Bifallet til humanistiske idealer i opplysningstiden bidro til anerkjennelse av holdningen om at krig er en konflikt mellom stater, og at individer bør skjermes. Dette resulterte i en tydeligere moralsk fordømmelse av krigshandlinger som innebar store menneskelige lidelser, og liten militær gevinst. At maktutøvelsen i væpnede konflikter bør begrenses til handlinger som bidrar til målet om å beseire en motpart, og som konsekvens at det bare er motstanderens væpnede styrker som anses som legitime mål, var et synspunkt som fikk tilslutning.

Dette er bakgrunnen for at Internasjonal humanitærrett (IHR) krever at alle stridene aksepterer rettslige begrensninger for sine handlinger. Det har blitt etablert en rekke regler med formål om å minske de humanitære lidelsene i væpnede konflikter. Det er en anerkjent målsetningen at sivilbefolkning, som ikke deltar i konflikten, i størst mulig grad skal skjermes fra konfliktens vold.

En av de mest grunnleggende begrensningene for partenes maktutøvelse er distinksjonsprinsippet. Kort fortalt innebærer prinsippet at en i væpnede konflikter må skille mellom sivile personer og militære mål. I utgangspunktet kan bare sistnevnte angripes. Men det finnes et viktig unntak; det er likevel lovlig å angripe sivile, dersom de deltar direkte i fiendtligheter.

Utfordringen med unntak er imidlertid at dersom disse ikke avgrenses på en tydelig og presis måte, oppstår det en risiko for at unntaket blir så omfattende at de uthuler hovedregelens verdi. Derfor er det helt avgjørende å kunne fastlegge rekkevidden av unntaket fra distinksjonsprinsippet så klart som mulig.

Distinksjonsprinsippet, og konseptet direkte deltagelse i fiendtligheter er regler som regulerer siviles rett til beskyttelse fra direkte angrep, som kan kalles sivil immunitet. Det er sivil immunitet, i kontekst av ikke-internasjonale væpnede konflikter, som er oppgavens overordende tema.

Reglene regulerer situasjoner innenfor rammen av den uoversiktlige virkeligheten i væpnede konflikter, hvor det ofte forekommer usikkerhet rundt faktiske forhold. Det er etablert enkelte

forholdsregler for å motvirke at usikkerheten urettmessig skal gå på bekostning av offer for konflikten.

Blant disse forholdsreglene hevdes det å foreligge er regler om presumsjon om sivil status og presumsjon om sivil beskyttelse. Det er disse reglene som gjenstand for oppgavens hovedproblemstilling;

Regler om presumsjon i relasjon til sentrale vilkår for sivil immunitet,
i ikke-internasjonale væpnede konflikter.

Dette krever en drøftelse av om det foreligger 1) en presumsjon for status som sivil i ikke-internasjonale væpnede konflikter og 2) en presumsjon om sivil beskyttelse ved usikkerhet om sivile deltar direkte i fiendtligheter.

Problemstillingen faller inn under rettsområdet internasjonal humanitærrett (IHR) som er den delen av folkeretten som regulerer væpnede konflikter. Reglene gjelder atferd i en væpnet konflikt når konflikten allerede er en realitet, det som gjerne kalles *jus in bello* i IHR.¹

1.2 Aktualitet

Selv om det er over et halvt århundre siden sist vi befant oss i en konfliktsituasjon som ble omtalt som verdenskrig, er det fortsatt mange væpnede konflikter. Tidlig på 2000-tallet så man en nedgang i antall drepte i kamper på verdensbasis til rundt 20 000 i året. Men fra 2011 eskalerte konfliktene i Midtøsten, og det ble i 2014 registrerte over 100 000 tapte menneskeliv.² Midtøsten er i dag den voldeligste regionen, med konflikter i Syria, Irak, Yemen og Israel. Konflikter i Sør-Asia, og da spesielt konflikten i Afghanistan, bidrar også til de høye dødstallene.³

Luftangrepet med kjemiske våpen som i april 2017 krevde livet til minst 58 personer, deriblant mange barn, i Provinsen Idlib i Syria, tjener som et hjerteskjærende eksempel på akkurat hvor dagsaktuelle rettsregler som beskytter sivile i væpnede konflikter dessverre er. Årsaken til at vi likevel ikke omtaler dagens konfliktbilde som en tredje verdenskrig kan være at konfliktene ikke lenger har en like tydelig mellomstatlig karakter.

Tiden hvor stater formelt erklærte og utøvde krig mot hverandre er historie.

De væpnede konfliktene foregår ikke lenger hovedsakelig mellom to eller flere stater, men mellom statlige aktører og ikke-statlige aktører. Velkjente eksempler ikke-statlige aktører i

¹ Rettsreglene for væpnet konflikt deles tradisjonelt opp i to hoveddeler. ”*Jus ad bellum*” er rettsreglene for staters rett til å ty til makt mot andre stater, vilkår for å starte en væpnet konflikt. ”*Jus in bello*” er rettsreglene for lovlige handlinger og oppførsel i en allerede eksisterende væpnet konflikt.

² Afrika er likevel den regionen hvor flest liv har gått tapt i kamper de siste 25 årene i følge tall fra Uppsala University *Battle-Related Deaths Dataset v.5-2015*, Uppsala Conflict Data Program, www.ucdp.uu.se (mai 2017)

³ Se FN-Sambandet (fn.no) <http://www.fn.no/Tema/Konflikt-og-fred/Konflikter-i-verden> (mai 2017)

væpnede konflikter er grupper som Taliban i Afgansistan⁴, Al-Quaida⁵ og Daesh⁶ i store deler av Midtøsten, Hamas i de palestinske selvstyremrådene⁷ og Boko Haram⁸ i Vest Sahara

Sivilbefolkningen blir i langt større grad enn tidligere direkte involvert i, eller rammet av, væpnede konflikter.

Den omfattende aktiviteten til ikke-statlige væpnede grupper, ofte med betydelige økonomiske ressurser, bidrar til at det ikke lenger er statlige aktører alene som setter premissene for væpnede konflikter.

Militære operasjoner foregår i større grad i befolkningsrike områder. Dette medfører en sammenblanding av sivile og militære aktører som en ikke har sett maken til tidligere, og gjør det enklere for sivile å bli involvert i aktiviteter med tilknytning til militære operasjoner. I enkelte konfliktområder vil en også se at siviles fremtoning, det være seg på grunn av sikkerhetsutstyr som skuddvester eller bruk av politiske symboler, kan bli til forveksling lik de stridendes.

Konflikter hvor målet er en ”etnisk rensing” har også medført angrep på sivile, slik konflikten i Bosnia-Hercegovina på 90-tallet illustrerer, der over 35 000 sivile mistet livet.⁹

I land med ustabile styresett medfører stadige rivaliseringer mellom klaner eller andre grupperinger også medføre fare for omfattende tap av sivile liv. Konflikten i Somalia et aktuelt eksempel.¹⁰

I tillegg ser man at flere oppgaver som tidligere tillå militæret, delegeres bort til private aktører. Eksempel er private selskap som bistår med logistikkjenester og sivile etterretningstjenester. Det norske forsvarets beredskaps- og logistikkontrakt med Wilh. Wilhemsens-gruppen er et aktuelt og konkret eksempel på nettopp dette.¹¹ Statusen til de private aktørene er uklar.

En forholder seg til koordinering av større antall aktører og teknologiske ressurser, som ikke lenger begrenses i like stor grad av fysisk plassering, for eksempel ved bruk av droner, eller annen fjernstyrt teknologi.

⁴ Store norske leksikon (snl.no)<https://snl.no/Taliban> (mai 2017)

⁵ Store norske leksikon (snl.no)<https://snl.no/al-Qaida>

⁶ Daesh er en militant utbruddsgruppe fra Al-Quaida, også kjent som IS, (*Islamic State*) ISIL, (*Islamic State of Iraq and the Levant*) og ISIS (*Islamic state of Iraq and al-Sham*) se Store norske leksikon (snl.no)https://snl.no/Den_islamske_stat_%28IS%29 (mai 2017)

⁷ Store norske leksikon (snl.no)<https://snl.no/Hamas> (mai 2017)

⁸ Store norske leksikon (snl.no)https://snl.no/Boko_Haram (mai 2017)

⁹ Store norske leksikon (snl.no)<https://snl.no/Bosnia-krigen> (mai 2017)

¹⁰ Globalis (globalis.no)<http://www.globalis.no/Konflikter/Somalia> (mai 2017)

¹¹ For mer om beredskapskontrakten, se Forsvaret (forsvaret.no)
<https://forsvaret.no/aktuelt/pressemeldinger/forsvaret-signerer-beredskapskontrakt> (mai 2017)

Dagens konfliktbilde preges altså av at det er vanskeligere å få oversikt. Oversikt er vesentlig for å effektivt kunne skille mellom sivile og militære mål.

Summen av dette er at sivile er mer utsatt enn noen gang for å bli offer for urettmessige angrep, samtidig som at væpnede styrker løper en større risiko for å bli angrepet av personer de ikke er i stand til å gjenkjenne som trusler blant den sivile befolkningen.

Klare rettslige rammer for hvordan man forholder seg til distinksjonsprinsippet, unntak fra prinsippet og tvil om vilkårene for unntak, har avgjørende praktisk betydning i dagens kaotiske konfliktbilde. Derfor er regler om presumsjon i væpnede konflikter svært dagsaktuelle.

1.3 Avgrensning

IHR er et rettsområde hvor det fortsatt er mye diskusjon og uenighet om sentrale regler og vilkår. Flere omstridte konsept, og regeltolkninger, vil ha betydning for oppgavens problemstilling. Men det er ikke rom for å redegjøre for alle diskusjonene. For spørsmål som ligger utenfor problemstillingens kjærne kommer jeg den mest anerkjente løsningen til grunn

Distinksjonsprinsippet står i sammenheng til andre sentrale prinsipper i IHR, slik som prinsippet om humanitet, militær nødvendighet, proporsjonalitet.¹² Disse prinsippene nevnes likevel kun så langt det er nødvendig for oppgavens problemstilling.

Jeg kommer til å ta utgangspunkt i regler som følger konvensjoner som gjelder for væpnede konflikter generelt, og avgrenser mot å ta stilling til regler som følger konvensjoner og regler som gjelder konkrete krigføringmetoder, eller bestemte typer våpen.

Selv om menneskerettighetene har en aktuell og interessant kontaktflate til IHR, skal jeg ikke gå nærmer inn på menneskerettslige problemstillinger.

Jeg avgrenser også mot

- spesielle stillinger i væpnede styrker som kan gi rett til beskyttelse.
- spørsmål knyttet til jus ad bellum¹³
- beskyttede objekter
- kombattantstatus
- rettigheter som krigsfange
- forholdet til begrepet forbrytelser mot menneskeheten.
- rettslige følger av brudd på IHR
- implementasjon og håndhevelse av IHR nasjonalt

¹² Oversikt over grunnleggende prinsipper (prinsippene om distinksjon, militær nødvendighet, humanitet og proporsjonalitet) Se Forsvaret, *Manual i krigens folkerett*, Oslo 2013, side 12-14. USA nevner også ”honor” som et grunnleggende prinsipp, Department of Defence, *law of war manual*, Washington 2015, side 50

¹³ Se fotnote 2

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Internasjonal humanitærrett og krigens folkerett

Jeg kommer til å anvende begrepet internasjonal humanitærrett (IHR) for de folkerettslige reglene som regulerer atferd i væpnede konflikter. IHR kommer til anvendelse uansett om en konflikt omtales som krig eller ikke. ”Krigens folkerett”, som ofte brukes som betegnelse for samme rettsområde, kan derfor oppfattes som et litt utdatert begrep.

Hvorvidt en anvender IHR eller krigens folkerett, har i beste fall en liten symbolsk betydning for hvilken side av reglens funksjon en anser som viktigs, men er for alle praktiske formål ikke viktig.¹⁴

1.4.2 Sivil immunitet

Det følger av Tileggsprotokoll II¹⁵ (TPII) art. 13 (1) at sivile har rett på generell beskyttelse fra farene som oppstår ved militære operasjoner. Retten på beskyttelse kalles gjerne sivil immunitet, og omfatter en rett til å ikke bli gjort til mål for direkte angrep.

Sivil immunitet innebærer ikke at sivile aldri lovlig kan utsettes for vold i væpnede konflikter. Det følger av proporsjonalitetsprinsippet at sivile følgeskader kan være lovlige¹⁶ Sivil immunitet er heller ikke en absolutt rett. Sivile kan med bakgrunn i sin deltagelse i fiendtligheten miste sin sivile immunitet midlertidig.

1.4.3 Distinksjonsprinsippet

Distinksjonsprinsippet forplikter som nevnt aktører i en væpnet konflikt til å skille mellom sivile og militære mål, og innebærer et forbud mot direkte angrep på sivile. Grunnlaget for regelen er ideen om at den eneste legitime bruk av militærmakt i en væpnet konflikt er den som har som mål å svekke fiendens militære potensial, samtidig som at angrep på de som ikke deltar i konflikten er urimelig.¹⁷

Ordet prinsipp brukes for å beskrive flere forhold, og kan slik sett oppfattes som et tvetydig begrep. Distinksjonsprinsippet anvendes som en samlebetegnelse for mer konkrete rettsregler som har som formål å sikre at det skilles mellom sivile og militære mål i en væpnet konflikt, og på denne måten beskytter sivile.

The International Court of Justice (ICJ) har omtalt distinksjonsprinsippet som et kardinalprinsipp i IHR, og som et ufravikelig prinsipp i internasjonal sedvanerett¹⁸.

¹⁴ På engelsk anvendes ”*Law of armed conflict*”altså ”væpnet konfliktsrett”. Dette oppleves som et treffend begrepet, men har ingen etablert parallell på norsk.

¹⁵ Protocoll II on Non-International Armed Conflicts

¹⁶ *International Humanitarian law International Committee of the Red Cross*, Volume I: Rules, 2005, page 46 ff.

¹⁷ William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford 2012, side 125

¹⁸ ICJs advisory Opinion, “*legality of the threat or Use of Nuclear weapons* “ 1996, § 78

Til tross for utfordringene etterlevelsen av distinksjonsprinsippet innebærer er det så fundamentalt at det ikke kan settes til side. Enkelte går til og med så langt som å hevde at IHR i stor grad står og faller på overholdelsen av nettopp dette prinsippet.¹⁹

1.4.4 Internasjonal væpnet konflikt og ikke-internasjonal væpnet konflikt

For at reglene som følger av IHR skal komme til anvendelse må det foreligge en væpnet konflikt. Væpnede konflikter har tradisjonelt sett blitt delt inn i to kategorier.

Den første er internasjonale væpnede konflikter (VK), som foregår mellom en eller flere stater. Tradisjonell krig faller inn under denne kategorien.

Den andre er ikke-internasjonale væpnede konflikter (IVK),²⁰ som foregår internt i en stat mellom en stat og væpnede opprørgrupper, eller disse gruppene i mellom. Dette omfatter konflikter som ofte vil bli kalt "borgerkrig" i dagligtale, men dette begrepet har ingen rettslig betydning.

De rettslige vilkårene for hvorvidt det foreligger en væpnet konflikt, og hvorvidt denne anses som VK eller IVK kommer jeg nærmere inn på i hoveddelen.

1.5 Metodiske utfordringer i internasjonal humanitærrett

1.5.1 Uenighet om hva som kan anses som rettskilder

Hva som anses som rettskilder for folkerettslige domstoler følger av ICJ-statuttene²¹ art. 38 a) og b) og den internasjonale straffedomstolens (ICC) statutter²² art. 21. De sentrale rettskildene er traktater og internasjonal sedvanerett. Rettsreglenes legitimitet ligger i at de har sitt utspring i samtykke fra statene, enten gjennom ratifikasjon av traktater eller gjennom staters praksis.

Traktatekst som gjør seg gjeldene for IHR er ofte resultat av kompromiss mellom stater. Rettsreglene oppstiller retningslinjer og utgangspunkt som statene har klart å enes om, men er ofte fattige på konkrete vilkår, rammer og detaljer. Kulturen for sparsommelighet med detaljer i traktatekst skaper tolkningsutfordring. Utgangspunktet for tolkning av traktatekst følger av Wien konvensjonen²³ art.31.

1.5.1 Internasjonal sedvanerett

Internasjonal sedvanerett etableres med bakgrunn i konsekvent statspraksis eller handlingsmønster som blir fulgt i oppfatning av at gitt praksis er i samsvar med rettslige krav.

¹⁹ W.H. Boothby, *The Law of Targeting*, side 126

²⁰ Forkortelsene IVK for internasjonal væpnede konflikter og IIVK for ikke-internasjonale væpnede konflikter framstår som mer naturlig, men blir til forveksling like.

²¹ *Statute of the International Court of Justice*, fra 26.juni 1945

²² *Rome statute of the International Criminal Court*, 17. juli 1998

²³ *Vienna Convention on the Law of Treaties* of 23. may 1969. Ikke ratifisert av Norge, men anses som uttrykk for internasjonal sedvanerett.

Internasjonal sedvanerett omtales som “*evidence of a general practice accepted as law*” I ICJ-statuttene art. 38 første ledd b). Praksisen må ha et visst omfang. Rettssubjekter som ikke har deltatt i denne praksisen kan bli bundet av sedvanerett, men dette forutsetter at praksisen ellers er omfattende og ensartet.

ICJ har uttalt at den omfattende kodifikasjonen av IHR, i kombinasjon med at klausulene for uenighetsuttalelser aldri blir anvendt, har sørget for at majoriteten av traktatreglene må anses også som uttrykk for internasjonal sedvanerett.²⁴

En opplagt utfordring er å fastlegge hva som har vært staters praksis, og hvorvidt denne er omfattende og ensartet nok til å etablere sedvanerett. Som utslag av den politiske siden ved konfliktene, kan statenes framstilling av egen praksis også være preget av sannhetsmodifikasjoner. Hva stater unnlater å gjøre er også viktig for praksisen, men dette er ofte mindre iøynefallende.

1.5.2 ICRSs sedvanerettsstudie

Den Internasjonale Røde Kors Komiteen (ICRC) publiserte i 2005 en omfangsrik sedvanerettsstudie²⁵ om IHR, som bygger på en omfattende innsamling og analyse av informasjon om statspraksis i væpnede konflikter. Studiet er det mest komplette arbeidet en har å forholde seg til for hva som kan anses som internasjonal sedvanerett i IHR.²⁶ Studien tar utgangspunkt i statspraksis, og statenes egne uttalelser om hva de anser som bindene rettsregler.

Det er sedvaneretten studien redegjør for som er de underliggende rettskildene, ikke studien i seg selv.

1.5.3 Militærmanualer

Militære manualer omhandler reglene for væpnede konflikter, og gir viktige holdepunkter for hva statene selv anser som rettsregler, samt hvordan statene tolker disse reglene. Presumptivt er reglene også uttrykk for statens faktiske praksis.

Militærmanualene er ofte grunnlaget for opplæring om IHR for de som skal være de faktiske utøverne i væpnede konflikter, og det er deres handlinger som til slutt utgjør praksisen som skaper internasjonal sedvanerett. Militærmanualene påvirker den faktiske utøvelsen av en stats militærmakt, og bidrar derigjennom til å skape eller bekrefte en sedvanerettsregel.

De spiller altså en dobbelrolle; på den ene siden gir de uttrykk for en stats oppfatning av hvilke rettsreglene som gjelder for IHR, på den andre siden har de en potensiell rettskapende rolle, fordi de påvirker hvordan utøverne handler.

²⁴ ICJ, *Nuclear Weapons Opinion*, avsnitt 82

²⁵ *International Humanitarian law International Committee of the Red Cross*, Volume I: Rules and Volume II: practise, 2005

Enkelte er kritiske til å legge mye vekt på militærmanualene, fordi en mener at de hovedsakelig er uttrykk for retningslinjer og utgangspunkt, som ikke nødvendigvis er uttrykk for hvordan staten oppfatter seg rettslig forpliktet til å handle.²⁷

Likevel vil militærmanualer bli anvendt som bidrag til tolkning av rettsregler om distinksjon.²⁸ Selv om manualene er praktisk viktige, er heller ikke disse selvstendige rettskilder.

1.5.4 Domsavgjørelser

På grunn av skepsis mot inngrep i staters autonomi har folkerettslige domstoler og håndhevingsorganer for IHR vært utfordrende å etablere. En har i dag en Internasjonal domstol (ICJ), en internasjonal straffedomstol (ICC) og flere internasjonale spesialstraffedomstoler etablert i kontekst av konkrete konflikter,²⁹ men ingen av disse har tilsvarende avklarende funksjon som den de øverste domstolene i nasjonal rett i ofte har.

Det følger av ICJ-statuttene art.38 d) at domsavgjørelser utgjør ”*subsidiary means*” for tolkningen av rettsregler. Det presiseres i art. 59 at domsavgjørelser ikke har noen bindende kraft unntatt mellom partene og med hensyn til den konkrete saken. ICCs statutter³⁰ art. 21 andre ledd angir at domstolen kan anvende prinsipper og regler slik de er tolket av dens tidligere domsavgjørelser. Dette kan gi inntrykk av at statuttene legger domsavgjørelsene til grunn som en egen rettskilde.³¹

Domsavgjørelsens rettskildemessige status er omstridt. Det er tilstrekkelig for oppgavens vedkommende å ta utgangspunkt i at domsavgjørelser prinsipielt sett ikke danner presedens, men at de likevel kan utgjøre bidrag til tolkning.

Et viktig poeng er at domsavgjørelsene inneholder grundige drøftelser gjort av svært kompetente fagfolk. Det som kommer til uttrykk i domsavgjørelsene kan derfor ofte med fordel vektlegges, men kun så langt argumentenes kvalitet tilsier.

Nasjonale domstolars avgjørelser anses ikke som rettskilder i IHR, men disse kan, i likhet med militærmanualer, være uttrykk for en stats rettsoverbevisning og praksis, og derigjennom bidra til internasjonal sedvanerett.

²⁷ Dette synspunktet er bakgrunn for at ICRC blir kritisert for bruk av militærmanualene, se *Ibid*

²⁸ Norsk perspektiv vil hva som fremgår av Manual i Krigens folkerett, Forsvarsdepartementet, 2013

²⁹ De mest kjente er straffedomstolene i Nürnberg, Jugoslavia og Rwanda

³⁰ Rome statute of the International Criminal Court , vedtatt 17. juli 1998

³¹ ICC behandler krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord

1.5.5 Juridisk teori

Juridisk teori omtales også som ”*subsidiary means*” for tolkningen av rettsregler jf. ICJ-statuttene art.38 d). Juridisk teori blir også viktige hjelpemidler, siden internasjonal sedvanerett har en sentral rolle for forståelsen av rettsreglene, og denne i hovedsak er tilgjengelig gjennom publiserte studier.

ICRC utgir også noe de kaller ”commentaries” til Genèvekonvensjonene, tilleggsprotokollene og andre relevante traktater, med formål om å informere om hvordan bestemmelsene i disse bør tolkes.

For å imøtegå mangelen på noen eksplisitt internasjonal avklaring angående hvordan konseptet om direkte deltagelse i fiendtligheter(DPH)³² skal tolkes, satte ICRC i samarbeid med the T.M.C Asser Institute³³ i gang et juridisk forskningsprosjekt om DPH i 2003. Målet med ”DPH-prosjektet” var å skape større klarhet angående rettsreglene i IHR om siviles tap av sivil immunitet som følge av direkte deltagelse i væpnede konflikter. Folkerettsekspert³⁴ fra forskjellige land deltok. Ved oppstarten av prosjektet var ambisjonen å produsere et dokument basert på konsensus, men dette viste seg raskt urealistisk.

ICRC bestemte på eget initiativ å likevel utarbeide en ”tolkningsguide”, som ble publisert i 2009 under navnet “*the Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”(ICRC-guiden)³⁵

1.5.6 ICRC-guiden

Rettslig bindene tolkninger for regler i IHR kan bare formuleres av statene selv kollektivt, eller av et kompetent juridisk organ.³⁶ ICRC-guidens tolkninger er derfor ikke bindene.³⁷ Det presiseres i ICRC-guiden at den er sterkt farget av diskusjonen under ekspertmøtene, men at den ikke nødvendigvis gir uttrykk for enstemmige standpunkt eller majoritetens meninger.³⁸ Det tas også forbehold om at dokumentet utelukkende uttrykker ICRCs syn.³⁹ ICRC hevder innledningsvis at tolkningsguiden først og fremst er basert på reglene og prinsippene i IHR slik de følger av traktattekst og internasjonal sedvanerett i IHR.

ICRC har stor faglig kompetanse når det kommer til Genève-konvensjonene med tilleggsprotokoller, og deres mening om hvordan DPH bør tolkes bør derfor absolutt ha en naturlig og sentral plass i

³² DPH svarer til forkortelsen for ”*Direct Participation in Hostilities*”, men anvendes også på norsk

³³ Asser Institute i Haag er et universitetssamarbeidsinstitutt for folkerett. Se <http://www.asser.nl/> (mai 2016)

³⁴ Herunder akademikere, representanter for interesseorganisasjoner, militæroffiserer og regjeringsadvokater

³⁵ N Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of DPH under IHL*, 2009 ICRC

³⁶ ICRC har ikke noe formelt mandat som kompetent juridisk organ til å formidle rettslig bindene tolkninger av

³⁷ Dette påpekes i ICRC-guidens forord, page 6

³⁸ ICRC-guiden page 9

³⁹ *ibid* side10

diskusjonen om DPH. Noen av ekspertene som deltok på DPH-prosjektet har publisert kritikk av ICRC-guiden, og/eller sin egen drøftelse av DPH i ettertid⁴⁰

ICRCs publikasjoner kan som juridisk teori utgjøre ”*subsidiary means*” ved tolkning av reglene om distinksjon og DPH. Det er argumentenes kvalitet, og omfanget av praksis som ligger til grunn for påstandene, som er avgjørende for vekten en må tillegge det som kommer til uttrykk i disse dokumentene

1.5.7 Betydningen av humanitære og militære interesser

Det er viktig å være bevisst på at Røde Kors er en interesseorganisasjon som ønsker å fremme humanitære interesser i væpnede konflikter. Det er derfor ikke usannsynlig at ICRC potensielt vil velge å fremheve tolkningsalternativer som er i overensstemmelse med humanitære hensyn. Uten at dette er noen klanderverdig ambisjon, vil ikke nødvendigvis tolkningsalternativer som har de beste humanitære grunner for seg alltid være det mest riktige uttrykk for hva som faktisk er gjeldene rett.

Samtidig vil stater som er involvert i væpnede konflikter kunne ha en interesse i et elastisk regelverk, hvor en kun trenger å forholde seg til retningslinjer og få konkrete regler. Det har statene større handlingsrom, som igjen vil kunne innebære fordeler med tanke på effektivitet, og fleksibilitet. Et retteknisk uklart rammeverk vil i realiteten medføre et mer elastisk regelverk.

Dette illustrerer de grunnleggende hensynene i IHR; humanitære hensyn på den ene siden, og hensynet til militær nødvendighet på den andre. Reglene i IHR er ofte resultat av kompromiss mellom disse.

1.5.8 Særlige om ikke-internasjonale væpnede konflikter

Før nittitallet var reglene for ikke-internasjonale væpnede konflikter (IVK) dårlig utviklet. Reglene for internasjonale væpnede konflikter (VK) ble tidligere forankret i konvensjonstekst. Samtidig var det kun noen få grunnleggende regler, slik som fellesartikkel 3 til Genèvekonvensjonene, som var alminnelig antatt å gjelde for IVK.

Det var sett på som en stats interne anliggende å regulere interne konflikter. Andre staters involvering begrenset seg til de tilfeller hvor disse ga en form for anerkjennelse til opprørerne.

Årsaken var skepsis til muligheten for rett for innblanding for utenforstående i saker om intern sikkerhet og suverenitet. Mange stater ville ha autonomi til å håndtere opprør og lignende slik de selv ønsket, og anså opprørsatferd som kriminalitet underlagt nasjonal jurisdiksjon. Det var ikke stemning for å gi opprørerne en sterkere rettslig eller politisk posisjon ved å tilkjenne dem folkerettslige rettigheter eller forpliktelser.

⁴⁰ Innlegg av W H Boothby, K Watkin, M N Schmitt og W Hays Parks publisert i *New York University Journal of International Law and Politics*, volume 42, nummer 3 (2010), se oversikt i litteraturliste

Rettsstilstanden i dag er at det er en alminnelig presumsjon for at reglene som gjelder for VK også har overføringsverdi for forståelsen av reglene for IVK.⁴¹ Rettspraksis fra ICTY og ICTR har bidratt til å utvikle internasjonal sedvanerett i en retning av at reglene om VK og IVK flettes sammen i økende grad. Definisjonen av krigsforbrytelser i Roma Statuttene for ICC og menneskerettighetenes økende innflytelse har også bidratt til denne utviklingen.

Resultatet av utviklingen er at konvensjonstekst, som gjelder for VK, i mange tilfeller oppfattes som uttrykk for internasjonal sedvanerett som gjelder også for tilfeller av IVK.⁴² Reglene som gjelder direkte for VK følger av Gènevekonvensjonene I-IV⁴³ (GK I-IV) og Tilleggsprotokoll I⁴⁴ (TPI).

Reglene som følger av Tilleggsprotokoll II⁴⁵ (TPII) gjelder direkte for IVK, men denne protokollen er enklere utformet og inneholder mindre detaljer enn TPI.

1.6 Oppgavens oppbygning

For å kunne drøfte reglene om presumsjon på en hensiktsmessig måte er det flere konsept og vilkår som må tolkes a priori. Rammen for drøftelsen er regler om presumsjon slik de foreligger i ikke-internasjonale konflikter. Hva som anses som en IVK drøftes derfor først.

Oppgavens problemstilling og kjerne er regler om presumsjon for status som sivil, og for sivil beskyttelse. Disse presumsjonene blir relevante i kontekster hvor det foreligger tvil om en persons sivile immunitet.

Regelen om presumsjon for status som sivil er relevant i relasjon til distinksjonsprinsippet, fordi det avgjørende vilkåret for rett på beskyttelse mot direkte angrep, er nettopp status som sivil. For å kunne drøfte denne presumsjonsregelen må det altså først redegjøres for regelen om distinksjon slik den gjelder i IVK. Her vil tolkningen av vilkåret "sivil" være sentral. Dette forutsetter en redegjørelse for konseptet statlige væpnede styrker og organiserte væpnede grupper.

Deretter skal den påståtte regelen om presumsjon i relasjon til tap av sivil immunitet som følge av direkte deltagelse i fiendtligheter vurderes jf. TPII art.13 (3). Dette forutsetter en redegjørelse for vilkårene for direkte deltagelse.

⁴¹Boothby, *The Law Of Armed Conflict* (LOAC), Side 259

⁴²Ibid side 259

⁴³ Geneva Conventions I-IV, of 12 August 1949

⁴⁴ Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)

⁴⁵ Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)

2 Hoveddel

2.1 Når foreligger en ikke-internasjonalt væpnet konflikt

2.1.1 Væpnede konflikter

En naturlig forutsetning for at det skal foreligge en IVK er at det foreligger en konfliktsituasjon som anses som ”væpnet konflikt”. Kriteriene defineres ikke i traktattekst. Forsøk på å komme fram til en felles definisjon for begrepet har ikke slått igjennom. Det er likevel alminnelig antatt at hvorvidt det foreligger en væpnet konflikt generelt kan sies å være avhengig av intensiteten på voldshandlinger som foregår mellom partene i en konflikt.

I Tadic saken uttalte ICTY⁴⁶ at væpnet konflikt eksisterer “*Whenever there is a resort to armed forces between states or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a state*”⁴⁷

ICTY la altså til grunn at en væpnet konflikt forelå dersom det tys til bruk av væpnede styrker, eller at det foreligger varig bevæpnet vold i en konflikt. Det presiseres at IHR gjelder også etter at voldshandlingene har opphørt, frem til en generell fredsavtale, eller en fredelig løsning, er oppnådd, uavhengig av om faktiske voldshandlinger forekommer eller ikke.⁴⁸

I den Britiske militærmanualen uttales at hvorvidt handlinger når opp til terskelen for å skape en væpnet konflikt vil avhenge av omstendighetene. Å bytte ut grensepoliti med medlemmer av en stats militære, vil ikke i seg selv være nok til at det skaper en væpnet konflikt, heller ikke utilsiktet bombing av et annet land.⁴⁹

2.1.2 Ikke-internasjonale væpnede konflikter

I fellesartikkel 3 første ledd til GK I-IV omtales IVK som væpnede konflikter som forekommer på territoriet til en av partene til konvensjonene, men som ikke har en ”internasjonal karakter”. IVK defineres dermed negativt, med utgangspunkt i definisjonen av VK i jf. fellesartikkel 2 til GK I-IV.

Fellesartikkel 2 til GK I-IV definerer internasjonale konflikter som; ”*all cases of declared war or any other armed conflict which may arise between two or more of the High contracting parties*”.

⁴⁶ United Nations international Criminal Court for the Former Yugoslavia

⁴⁷ Prosecutor v. Tadic (1995), [Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction](#), § 70

⁴⁸ *ibid*

⁴⁹ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed conflict*, Oxford 2004, side 29

⁴⁹ *ibid*

Invasjon av et annet land er et klart eksempel på en handling som medfører at det foreligger en VK. Det er ikke avgjørende for at noe skal anses som VK at krigstilstand anerkjennes av partene.⁵⁰

2.1.3 Tilleggsvilkår

I TPII art. 1 (1) kommer det til uttrykk at TPII utvikler og suppler fellesartikkel 3 til GK I-IV. TPII skal gjelde for alle væpnede konflikter som ikke reguleres av TPI. Hvilke konflikter som reguleres av TPI fremgår av TPI art. 1 (3)⁵¹ ved henvisning til definisjonen av VK i fellesartikkel 2 til GK I-IV. TPII art. 1 defineres altså IVK som konflikter som ikke kan anses som internasjonale væpnede konflikter (jf. art. 2 første ledd GK I-IV). Og som i tillegg er mellom stater og grupper som er ;

” [...] under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.”

Avgjørende momenter for om det foreligger en IVK som kan reguleres av TPII vil altså være hvorvidt de ikke-statlige gruppene kontrollerer landområder, har væpnede styrker og forholder seg til reglene i IHR. Dette medfører at det hevdes å foreligge en høyere terskel for at TPII kommer til anvendelse enn for GK I-IV art. 3.

Men de internasjonale domstolene som håndterer IHR spørsmål, legger til grunn en vid forståelse av hva som er en IVK⁵² og anvender TPII liberalt.

2.1.4 Den nedre grensen mot intern uro

Enkelte voldshandlinger internt i en stat⁵³ kan likevel forekomme uten at dette nødvendigvis fører til at det foreligger IVK. Dette følger av TP II art. 1 andre ledd, som knesetter at reglene i tilleggsprotokollen ikke gjelder:

” internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature[...]”

Dette kan omtales som terskelen mot intern uro. De avgjørende momentene vil være om voldshandlingene kan anses som isolerte og sporadiske, eller om disse har tilstrekkelig omfang og varighet til at det må kunne sies å foreligge en IVK.

⁵⁰ Det var et bevisst valg å anvende begrepet ”væpnet konflikt”, fordi partene av ulike grunner var tilbakeholdne med å anerkjenne konfliktsituasjoner som krig, se *ICRCs kommentarer* til felles art. 2 GK I-IV 1949

⁵¹ TP I art.1 (4) gir også TP I anvendelse i konflikter angående uavhengighet fra koloniseringsmakter, men det avgrenses mot å gå inn på dette

⁵² Se ICC-stattuttene art. 6 (2)e

2.1.5 Ikke-internasjonalt ?

Begrepet «ikke-internasjonalt» kan kritiseres. I mange av disse konfliktene finnes et slags internasjonalt engasjement. Flere ser ut til å til å fortrekke begrepet ”*interne væpnede konflikter*”, som kanskje er mer treffende.⁵⁴ Det karakteristiske ved disse konfliktene, slik de utarter seg i dag, er ikke fraværet av internasjonalt engasjement, men det at konfliktens kjerne befinner seg internt i en stat, mellom staten og en eller flere grupper, eller disse gruppene i mellom.

I praksis har mange konflikter siden 1945 inneholdt elementer som kjennetegner både VK og IVK. Det finnes mange eksempler på at utenforstående stater har blitt involvert til støtte for rivaliserende parter i det som opprinnelig var en intern konflikt.⁵⁵

I Tadic-saken var dette en problemstilling. ICTY uttalte i den anledning;

“[...]in case of an internal armed conflict breaking out on the territory of a State, it may become international (or, depending upon the circumstances, be international in character alongside an internal armed conflict) if (i) another State intervenes in that conflict through its troops, or alternatively if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State.”⁵⁶

Det kan se ut til at skillet mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter er i ferd med å gradvis miste sin betydning, både med tanke på anerkjennelsen av at mange konflikter i praksis vil inneholde både interne og internasjonale elementer, og ved en gradvis reduksjon av den rettslige betydningen av hvorvidt en konflikt plasseres i den ene eller den andre kategorien.

2.2 Distinksjonsprinsippet

2.2.1 Legaldefinisjon av distinksjonsprinsippet

Distinksjonsprinsippet er kodifisert i art. 48, 51 (2) og 52 (2) i TPI hva angår beskyttelse av ofre for VK, og i art. 13 i TPII hva angår beskyttelse av ofre for IVK.

“ Article 13 — Protection of the civilian population

1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules shall be observed in all circumstances.

2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. [...]”

TPII art. 13 (1) og (2) hjemler regler som nødvendiggjør at en skiller mellom militære og sivile, og forbyr direkte angrep mot sistnevnte. Første ledd knesetter at sivile skal beskyttes mot farer som følger av militære operasjoner, og at visse regler derfor må følges under enhver omstendighet. Dette gir inntrykk av at reglene er absolutte.

⁵⁵ UK, *The manual of the law of Armed Conflict*, page 384

⁵⁶ Prosecutor v. Tadic (1999) [Judgement](#) avsnitt 84

Det tydeligste uttrykket for distinksjonsprinsippet følger av art. 48 i TPI, som antas å være uttrykk for internasjonal sedvanerett som gjelder også for IVK.

“Article 58 — Basic rule

In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population [...] and accordingly shall direct their operations only against military objectives”

Det er viktig å foreta en tolkning av hvem som omfattes av ”civilians”, siden det er disse som har rett på beskyttelse fra direkte angrep.

2.2.2 Status som sivil

”Civilians” defineres ikke positivt i traktattekst som gjelder for IVK. I utkastet til tilleggsprotokoll II⁵⁷ ble sivile definert som enhver person som ikke er medlem av væpnede styrker, og ”civilian population” ble definert ganske enkelt som alle personer som er sivile. Den første definisjonen ble senere i prosessen endret i et utkast til artikkel 25 hvor det ble forslått at det skulle stå at enhver person som ikke er medlem av væpnede styrker eller en organisert væpnet gruppe er å anse som sivil.⁵⁸ Men definisjonen ble forkastet ved vedtakelsen av tilleggsprotokollene, angivelig som ledd i en prosess med formål om å forenkle konvensjonsteksten.⁵⁹

TPII er av grunner som nevnes ovenfor, farget av at mange stater var, og noen fortsatt er, svært skeptiske til at IVK skulle reguleres i IHR. Traktatene inneholder derfor mindre detaljer enn traktatreglene som regulerer samme type problematikk i tilfeller av VK.

2.2.3 Definisjonen av sivile i TPI

I regelverket for VK defineres sivile negativt med utgangspunkt i henvisninger til definisjoner av krigsfanger og ”combatants” jf TP I art. 50 (1).

Article 50 -- Definition of civilians and civilian population

1. A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol.

2.2.4 Krigsfangestatus i Genevekonvensjonen

Artikkel 4 a) i GK III angir hvem som har rett på status som krigsfanger. Disse anses ikke som sivile. Følgene personer har rett på krigsfangestatus.

⁵⁷ Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic conference art 25

⁵⁸ Draft art. 25 (1) AP II

⁵⁹ Customary International Humanitarian Law volume I: Rules, ICRC, page 19.

Medlemmer av ”armed forces” som tilhører en part i konflikten og medlemmer av militser eller ”volunteer corps” som er del av disse væpnede styrkene har rett på krigsfangestatus jf. art. 4 a) (1).

Medlemmer av andre militser, avdelinger av frivillige og organiserte motstandsbevegelser⁶⁰ som tilhører en part i konflikten dersom de oppfyller det som ofte kalles ”Four criteria”⁶¹

”Four criteria” følger av jf. GK III art. 4 a) (2);

- a. *That of being commanded by a person responsible for his subordinates;*
- b. *That of having fixed distinctive sign recognizable at a distance;*
- c. *That of carrying arms openly*
- d. *That of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war **

Krisfangestatus er avhenger ikke av at personene sverger troskap til en regjering eller en myndighet som anerkjennes av ”the detaining power” jf. GK III art. 4 a) (3).

I tilfeller hvor befolkning i ikke okkuperte territorier som reagerer med spontan motstand mot invasjon, såkalt ”Levée en masse”, har motstanderne også rett på krigsfangestatus, gitt at de bærer våpen åpent og respekterer IHR jf. GK III art. 4 a) (6).

2.2.5 Status som stridene i Tilleggsprotokoll I

Definisjonen som gis av stridene og krigsfangestatus i TPII art. 43 samsvarer langt på vei med definisjonen gitt i GK III art. 4.

Article 43- Armed forces

1. *The armed forces of a party to a conflict consists of all organized armed forces, groups, and units which are under a command responsible for the conduct of its subordinates, even if that party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse part.
*Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.**

*

Artikkel 43 (2) presiserer at det er medlemmer av en parts væpnede styrker som må anses som stridene, og at det er disse som har rett til å delta direkte i fiendtligheter.

Med utgangspunkt i de positive definisjonene av væpnede styrker og krigsfanger, defineres sivile negativt. Mangelen på en positiv definisjon av sivile forklares ved at konseptene stridene og sivile står i et motsetningsforhold. Førstnevnte utgjør en kategori av personer som nå er relativt klart definert i IHR og i stater nasjonale lover og regler⁶². Det kan derfor være bevisst at en har valgt å ikke definere sivile positivt, for å unngå sannsynligheten for at det

⁶⁰ Oversettelse i samsvar med begrepene valgt i Manual i Krigens folkerett se s.46 punkt 3.5

⁶¹ Report DPH 2005 side 47.

⁶² Commentary to AP II art. 13 [https://ihl-](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=F387522EE8A5C20FC12563CD004346D4)

[databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=F387522EE8A5C20FC12563CD004346D4](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=F387522EE8A5C20FC12563CD004346D4)

oppstår smutthull i reglene.⁶³ Hvis konvensjonstekstene inneholdt en egen definisjon av sivile ville det skape en mulighet for at noen falt mellom to stoler, fordi de hverken kunne anses som sivile eller stridene.

2.2.6 Overføringsverdi til internasjonale væpnede konflikter

Det er en alminnelig anerkjent antakelse at reglene som gjelder for VK også har overføringsverdi for forståelsen av reglene for IVK.

Dette gjelder også for tolkningen av ”*civilians*” samsvarer med ICRCs sedvanerettsstudie.⁶⁴ I sedvanerettstudien formuleres ”Rule 5” slik:

”Civilians are persons who are not members of armed forces. The civilian population compromises all persons who are civilians.”

Det presiseres at sivile defineres negativt med utgangspunkt i positive definisjoner av stridene, og at dette gjelder for IVK. Dette legges også til grunn i ICRC-guiden⁶⁵ og i samtlige militærmanualer.⁶⁶

I ICTYs dom i Balšić saken uttalte domstolen at ”*civilians... are persons who are not, or no longer, members of the armed forces*”.⁶⁷ Det finnes ingen motstridene rettspraksis.⁶⁸

Det kan konkluderes med at det må anses som internasjonal sedvanerett at sivile tolkes på samme måte i som IVK som i VK.

Statspraksis er derimot ikke helt entydig med tanke på hvorvidt medlemmer av ”*armed opposition groups*” skal anses som medlemmer av væpnede styrker eller som sivile. For å klargjøre hvem som har krav på beskyttelse som sivile i IVK må en se nærmere på konseptene ”*armed forces*”, og hvordan man vurderer om noen tilhører denne kategorien. En må også se nærmere på konseptet ”*organized armed groups*”, og hvilke rettslige konsekvenser medlemskap i slike kan medføre.

2.2.7 Ordinære statlige væpnede styrker

Ifølge ”*les travaux préparatoires*”(forarbeidene), til TPII, var konseptet ”*armed forces*” ment å være bredt nok å omfatte enhver enhet under kommando av noen som står til ansvar for en stat. Også væpnede aktører som ikke nødvendigvis kvalifiserer til å bli ansett som væpnede

⁶³ Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford-portland Oregon, 2008, side 127

⁶⁴ Volume I: Rules side 17

*mine uthevelser

⁶⁵ ICRC-guiden 27-28

⁶⁶ Se Customary International Humanitarian Law, volume II: Practice, part 1. side 101-105 for oppsummering av 24 forskjellige staters militærmanualdefinisjon av sivile, som alle definerer sivile negativt med utgangspunkt i stridene. Et unntak er den Colombianske militærmanualen, som i tillegg også legger til grunn at sivile er ”*de som ikke deltar direkte i militære fiendligheter*” jf. Colombia, *Instructors Manual* (1999) p.16

⁶⁷ ICTY, Balšić case, judgement, 3 March 2000, § 108

styrker under nasjonal rett omfattes, slik som medlemmer av politistyrker, tollansatte eller andre vaktfunksjoner gitt at de faktisk innehar en funksjon som væpnede styrker.⁶⁹ Medlemskap i vanlige væpnede styrker er i hovedsak regulert i nasjonal lovgivning, og kommer til uttrykk gjennom formell plassering i avdelinger. Medlemmene er oftest lett gjenkjennelig på grunn av bruk av uniform, emblemer og militærtutstyr. Det samme gjelder når væpnede enheter i politiet, grensevakter eller lignende uniformerte styrker inkorporeres i de væpnede styrkene.

I relasjon til distinksjonsprinsippet, opphører medlemskap i vanlige statlige væpnede styrker, og status som sivil gjenvinnes, når et medlem fratrer aktiv tjeneste og re-intergreres i det sivile samfunnet. Både permanent eller midlertidig fratredelse medfører opphør i medlemskap.⁷⁰

2.2.8 Irregulære statlige væpnede styrker

Medlemskap i irregulære statlige væpnede styrker, som militser og avdelinger av frivillige som svarer til en statlig væpnet styrke, vil normalt ikke være regulert av nasjonal rett. Fastleggelsen av medlemskap hevdes derfor å avhenge av et såkalt ”funksjonskriterium”.⁷¹ Dette presenteres i ICRC-guiden som det mest pålitelige kriteriet for å vurdere medlemskap i væpnede grupper, hvor det er mangel på formelle og, for utenforstående tydelige, medlemskjennetegn. Samme funksjonskriterium bør etter ICRCs mening legges til grunn for medlemskap i organiserte væpnede grupper.⁷²

2.2.9 ”Armed opposition groups”

I tilleggsprotokoll II tolkes begrepet ”armed forces” som å gjelde kun statlige væpnede styrker.⁷³ Væpnede styrker som svarer til ikke-statlige parter i konflikten kalles ”*dissident armed forces*”, eller ”*other organized armed groups*” jf. TPII art. 1(1).

”*Dissident armed forces*” utgjør i hovedsak en del av en stats hær som har vendt seg mot regjeringen.⁷⁴ Så lenge de forblir organisert under strukturene til den statlige væpnede styrken de tidligere tilhørte, vill disse strukturene fortsette å avgjøre individuelt medlemskap i ”*dissident armed forces*” også.⁷⁵

”*Other organised groups*” rekrutterer medlemmene sine fra den sivile befolkningen, men utvikler en tilstrekkelig grad av militær organisasjon til å utøve fiendtligheter på vegne av en statlig part i konflikten, om enn med mindre intensitet og profesjonalitet enn statlige væpnede styrker.

⁶⁹ ICRCs kommentarer til TPII “Commentary of 1987” avsnitt 4462

⁷⁰ ICRC-guiden side 31

⁷¹ Ibid,

⁷² ibid

⁷³ Sedvanerettsstudien side 29

⁷⁴ Kommentar AP N 10 avsnitt 4460

2.3 medlemmer av organiserte væpnede grupper

2.3.1 Rettslig limbo

I en IVK befinner en seg gjerne i en konflikt hvor flere ikke-statlige aktører deltar i fiendtlighetene. Personer er medlemmer av en organisert væpnet gruppe, som ikke svarer til statlige parter i konflikten, og faller dermed utenfor definisjonen for væpnede styrker jf. TP I art. 43. Personene tilhører heller ikke personkretsen som har rett på krigsfangestatus jf GK III art 4.

Jeg kommer i det følgende til å omtale de væpnede styrkene til stater som er part i en IVK som ”statlige væpnede styrker”. Væpnede styrker som svarer til en ikke-statlig part i konflikten omtales som ”organiserte væpnede grupper”, og omfatter både det som i TP II art. 1 (1) omtales som ”dissident armed forces” og ”other organized groups”, med mindre noe annet presiseres. Tolker en TP I art. 50 (1) snevert, ville en naturlig konklusjon vært at medlemmer av slike grupper må anses som sivile.

Men hvilken status, og som konsekvens hvilket krav på beskyttelse, medlemmer av organiserte væpnede grupper har i IVK er det uenighet om.⁷⁶ Anser man ikke medlemmene av slike grupper som sivile, havner disse personene i et slags rettslig limbo, hvor de verken har rett på beskyttelse fra direkte angrep, eller krav på de rettighetene som følger med status som lovlig stridene⁷⁷ og som potensielle krigsfanger.

2.3.2 Medlemskapstilnærmingen

Spørsmålet er om det kan oppstilles en egen kategori for medlemmer av væpnede organiserte grupper, som innebærer at de ikke kan anses som sivile. Bakgrunnen for denne tanken er at det midlertidige tapet av sivil immunitet som følger av unntaket for DPH ikke bør gjelde for sivile som på fast, konsekvent og organiser basis deltar direkte i fiendtligheter på tilnærmet samme måte om medlemmer av statlige væpnede styrker.

Denne tanken har sin bakgrunn i balansebetraktninger. Dersom medlemmer av væpnede organiserte grupper anses som sivile, vil deres tap på beskyttelsesrett være midlertidig, og begrenset til disses konkrete deltagelse i fiendtligheter.⁷⁸

Flere er bekymret for at det vil medføre en urettmessig asymmetri mellom statlige væpnede styrker og organiserte væpnede grupper. Førstnevnte er kontinuerlige legitime militære mål, og kan derfor legitimt angripes til enhver tid, mens sistnevnte, dersom de anses som sivile, bare kan være lovlige mål i de tidsrommene vilkårene for unntak som følger av direkte deltagelse er oppfylt. En slik rettsforståelse vil potensielt føre til ulemper når det kommer til statlige væpnede styrkers mulighet til å utføre effektive militære operasjoner.

⁷⁶ Report DPH 2005 side 44 og flg.

⁷⁷ Såkalt ”combat privilege”

⁷⁸ jf. TPII art 13 (3) ledd

Enkelte mener at det er en uomgålig logikk i et vedvarende tap av sivil immunitet, som varer så lenge en sivil må anses som en vedvarende del av en organisert væpnet gruppes stridende aktiviteter. Flere er likevel svært skeptiske til å etablere en egen kategori for organiserte væpnede styrker med utgangspunkt i medlemskap.⁷⁹

Hele spørsmålet koker ned til hvorvidt en skal operere med et statuskriterium eller et adferdskriterium for tap av sivil immunitet.

ICRC har valgt å gå god for et medlemskapskriterium for tap av status som sivil.⁸⁰ Men det presiseres at når det er tale om medlemskap i en organisert væpnet gruppe, refereres eksklusivt til medlemskap i ”hærfloyen” av en slik gruppe, altså den delen av gruppen som har en stridsfunksjon.⁸¹

2.3.3 Problemer med medlemskap som vilkår for bortfall av status som sivil.

Rekruteringsgrunnlaget til organisert væpnede styrker er i hovedsak sivile.

Ordlydene i TPII art. 13 (3), ”*take direct part in hostilities*” taler for at distinksjonen mellom sivile som ikke kan angripes direkte og sivile som er legitime mål er basert på *atferd*, ikke på status. Tilfellet er at vilkårene utelukkende knytter seg til individuell atferd. Hvis intensjonen var å skille med utgangspunkt i medlemskap eller tilsvarende status virker det sannsynlig at protokollene ville vært formulert annerledes.

Statusen som stridene er et konsept som er utviklet hovedsakelig i konteksten av VK. Stridene er godt definert gjennom definisjonen av væpnede styrker i TP II 43, og andre som ikke anses som sivile gjennom GK III art. 4 A (1), (2) (3) og (6). Det at disse defineres tydelig bidrar til å rettferdiggjøre at det er tillatt å angripe stridene på et hvert tidspunkt, basert utelukkende på status, og uavhengig av individuell oppførsel.⁸²

Konseptet ”medlem av organiserte væpnede grupper” er derimot en kategori som ikke er klart definert, og det kan være svært vanskelig å gjenkjenne medlemmene i praksis. At en slik kategori anvendes i relasjon til statusbaserte regler er det grunn til å være kritisk til. Alvoret ved å ikke anses som sivil, nemlig å bli kontinuerlig legitimt mål for angrep, tilsier at det bør etterstrettes klare rettslige rammer for hvem som er sivile. Medlemstilmærkingen i relasjon til organiserte væpnede grupper innebærer lite klarhet og mye usikkerhet.

ICRC legger imidlertid til grunn at medlemskap i en væpnet gruppe alene ikke er tilstrekkelig for å at en ikke lenger kan anses som sivil. Det argumenteres nemlig for at det er et medlemskapskriterium i kombinasjon med et vilkår om ”*continus combat function*”, altså kontinuerlig stridsfunksjon, som medfører tap av sivil immunitet. ICRC anfører altså at når

⁷⁹ Report DPH 2005 side 44 ff.

⁸⁰ ICRC-guidance side 32

⁸¹ i likhet at det for statlige parter må skilles mellom parten og dennes væpnede styrker, må det kunne skilles mellom ikke-statlige parter og disses ”hærfloyer”.

⁸² Report DPH 2005 side 50

det er tale om organiserte væpnede grupper i relasjon til distinksjonsprinsippet, må konseptet tolkes slik at det omfatter utelukkende individer som har som kontinuerlig funksjon å delta direkte i fiendtligheter.⁸³

Det kan tenkes at ICRC ønsket å imøtegå bekymringen om at statlige væpnede styrker skal stilles dårligere enn sine ikke-statlige motstandere, ved å tilsynelatende innføre et statuskriterium.

Samtidig forsøker en å ta et adferdskriterium inn bakdøra, ved å hevde at det er hvorvidt en utøver en kontinuerlig stridsfunksjon i gruppen er det som til syvende og sist blir avgjørende for tap på sivil immunitet. Det sistnevnte vilkåret omhandler helt klart en persons *atferd* i relasjon til et medlemskap. ICRC-guiden bærer på dette punktet preg et forsøk på å imøtekomme litt for mange interesser og kapittelet om medlemskap i væpnede grupper blir derfor noe uoversiktlig, uklart og tidvis litt selvmotsigende.⁸⁴

2.3.4 Kontinuerlig stridsfunksjon

Medlemskap i en organisert væpnet gruppe er sjelden formalisert og kan være vanskelig å observere fra utsiden.⁸⁵ Typisk begynner en person ganske enkelt å utføre visse oppgaver for gruppen.

I lys av den vide variasjonen av kulturell, politisk og militær kontekst som organiserte væpnede grupper operer i, vil graden av tilknytning til slike grupper som kreves for å oppfylle vilkåret om medlemskap kunne variere i stor grad. I et tilfelle vil tilknytningen være etablert med bakgrunn i et individuelt frivillig valg, i et annet på ufrivillig rekruttering, og i et annet vil det kunne være tale om medlemskap i kraft av tradisjonelle forestillinger om tilhørighet til en klan, slekt eller familie.⁸⁶ I praksis, vil de uformelle, utilgjengelige strukturene til de fleste organiserte væpnede grupper, og den elastiske naturen til medlemskap, gjøre det svært utfordrende å kunne si noe med sikkerhet om hvem som har en kontinuerlig stridsfunksjon.

ICRC guiden legger til grunn at en kontinuerlig stridsfunksjon krever varig integrering i en organisert væpnet gruppe som har samme funksjon som de væpnede styrkene til ikke-statlig part til en væpnet konflikt. Individer som har en funksjon som involverer forberedelse, utøvelse eller kommando over handlinger eller operasjoner som når opp til direkte deltagelse i fiendtligheter vil være de som svarer til statlige styrkers væpnede styrker. Et individ som er rekruttert, trent og ustyrt av en slik gruppe til å kontinuerlig delta direkte i fiendtligheter på vegne av gruppen kan antas å ha inntatt kontinuerlig stridsfunksjon til og med før han eller hun utøver en fiendtlig handling for første gang.⁸⁷

Personer som rekrutterer, trener andre medlemmer eller finansierer gruppens virksomhet, bidrar gjerne til den generelle krigsinnsatsen til en ikke-statlig part. Men de er sivile med mindre deres funksjon i tillegg inkluderer deltagelse i fiendtligheter. Som sivile er de ikke legitime mål for direkte angrep, men deres plassering og aktiviteter kan øke deres eksponering for utilsiktet død eller skade.

⁸³ ICRC-guiden, side 36

⁸⁴ For kritt av dette se Boothby, *the Law of Targeting*, side 17-18.

⁸⁵ Tolkningsguiden s 33.

⁸⁶ Background Doc. DPH 2005, Ws IV-V, s 15

⁸⁷ Tolkningsguden s.35

ICRC-guiden hevder også at det samme gjelder for individer som har en funksjon som er begrenset til innkjøp, smugling, produksjon og vedlikehold av våpen og annet utstyr utenfor spesifikke militære operasjoner eller med etterretning for annet en taktisk natur. Langt fra alle er enige.⁸⁸

Personer som forlater gruppen og reintegreres i det sivile samfunn, har avbrutt sin kontinuerlige kampfunksjon, og må igjen anses som sivile, uavhengig av om det kan tenkes at de vender tilbake til gruppa senere.⁸⁹

Det hevdes at det rådende synet under ekspertmøtene⁹⁰ var at personer slutter å være sivile i IHRs forstand for så lenge de kontinuerlig har en funksjon som involverer direkte deltagelse i fiendtligheter for en organisert væpnet gruppe, tilhørende en ikke-statlig part til en IVK.

Vurderingen av hvorvidt en person har en kontinuerlig stridsfunksjon skjer i realiteten i stor grad på de samme vilkårene som vurderingen av direkte deltagelse i fiendtligheter jf TP II art 13. Den primære forskjellen er at ”for such time” kriteriet knyttes til hvor lenge en person er medlem med kontinuerlig stridsfunksjon, i stede for til konkrete enkelthandlinger. En viktig forskjell er at medlemmer som oppfyller vilkåret om stridsfunksjon ikke lenger anses å ha *status* som sivil. En sivil som deltar direkte beholder derimot formelt sett sin sivile status, og mister utelukkende sin *beskyttelsesrett* i kraft av denne. Denne forskjellen har betydning i relasjon til presumsjonsreglene som skal drøftes i det følgende. Først drøftes utelukkende presumsjonsreglen i relasjon til status som sivil.

2.4 Presumsjon om status som sivil

2.4.1 Presumsjon som sikkerhetsnett

Det følger av distinksjonsprinsippet slik det fremgår av TPII art. 13 (1) at det er status som sivil som er det avgjørende vilkåret for hvorvidt en person kan være legitimt mål for direkte angrep. Ved avgjørelsen av om et vilkår er oppfylt er det naturlige utgangspunktet at det faktum som er mest sannsynlig skal legges til grunn.

Men noen vurderinger er, som følge av vanskelige bevissspørsmål, sterkt preget av at det kan foreligge betydelig tvil angående hvorvidt vilkår er oppfylt.

Vilkåret om status som sivil er oppfylt dersom en person ikke faller inn under kategoriene som fremgår av TPI art. 50 (1), og heller ikke kan anses som medlem av en organisert væpnet gruppe med kontinuerlig kampfunksjon.

Dette medfører at det ofte vil kunne være stor usikkerhet rundt en persons status.

Anerkjennelse av dette, og av at avgjørelsen av status potensielt har drastiske konsekvenser for personen i spørsmål, har ført til at det oppstilles en regel om presumsjon om status i TP I art. 50 (1) andre punktum;’

”In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered a civilian”

⁸⁸ Watkin side 15-16.

⁸⁹ *ibid*

⁹⁰ I relasjon til DPH-prosjektet

En regel som etablerer at et gitt faktum skal legges til grunn i tvilstilfeller kan fungere som et sikkerhetsnett mot uønskede resultater, ved at en høyere grad av sannsynlighet kreves for at vilkåret kan anses som oppfylt. Presumsjonsregler innebærer at terskelen for godtatt tvil ved vurderingen av om et vilkår er oppfylt høynes. Formålet med regelen om presumsjon for status som sivil er å unngå det uønskede resultat at personer som faktisk er sivile utsettes for urettmessige angrep.

For å fastlegge hvilke rettslige forpliktelser presumsjonsregelen faktisk medfører må rekkevidden av regelen drøftes. I så måte er det flere spørsmål som må behandles. For det første kommer regelen til uttrykk i TPI, som i utgangspunktet ikke gjelder direkte for IVK. Hvorvidt presumsjonsregelen gjelder også for IVK har store praktiske konsekvenser. Deretter vil terskelen for hva som er tilstrekkelig tvil for at forpliktelsen om presumere foreligger, være avgjørende for regelens faktiske betydning.

2.4.2 Presumsjon om status som sivil i ikke-internasjonale væpnede konflikter

Art. 50 i TPI ble vedtatt ved konsensus, men gjelder imidlertid i utgangspunktet direkte bare for VK. art. 45 (4) i utkastet til TPII inneholdt samme tekst som TPI art. 50 (1) Denne utkastbestemmelsen ble vedtatt ved konsensus av komiteen som fremmet utkastet til TPII, men den ble senere forkastet.⁹¹ Som nevnt flere ganger ovenfor er det alminnelig anerkjent at reglene som gjelder for VK kan ha overføringsverdi for forståelsen av reglene for IVK.

Det at en forkastet forslaget om å ta med en slik formulering i TP II kan tolkes som en indikasjon på at statene ikke mente at presumsjonsregelen passet for spørsmålet om status som sivil i IVK. Men det er like sannsynlig at forslaget ble forkastet som ledd i prosessen med å forenkle konvensjonsteksten. I protokollføring av diskusjon rundt utkastet til TPII kommer det til uttrykk at flere stater ønsket at teksten i art. 50 (1) første punktum skulle bli tatt med i TPII.⁹²

Et argument for at presumsjonsregelen likevel ikke bør gjelde for IVK, kan være at sammenblandingen av sivile og ikke sivile i interne konflikter ofte er mer omfattende enn i typiske VK. Det medfører at det kan være stor forskjell på hvor krevende det er å skille mellom sivile og ikke sivile i de to konflikttypene. En presumsjon om status i situasjoner hvor det er krevende å få de faktiske forhold på det rene representerer en større begrensning for handlingene til statlige væpnede styrker, en hvor klare indikasjoner for status foreligger.

Spørsmålet om tvil om status som sivil i kontekst av en IVK har knapt blitt tatt opp i statspraksis. Dette til tross for at en klar regel på dette området ville vært fordelaktig for humanitære hensyn, i og med at den ville forsterket beskyttelsen av den sivile befolkningen mot angrep.

⁹¹ CDDH, Official Records, Vol. VII, CDDH/SR. 52, 6 June 1977, side 135.

⁹² Forslag om at teksten skulle bli tatt med ble fremmet av Sverige, Australia og Egypt, se *Official Records of the Diplomatic Conference and development of IHR Applicable in Armed Conflicts, Geneva*, (1947-1977) side 73, 74 og 82.

I rapporten om praksisen til Nigeria bemerkes det at myndighetene i tvilssituasjoner, under den Nigerianske borgerkrigen, ikke “[...] *off-handedly indict or take away individuals of such doubtful civilian character*”.⁹³ De utførte heller en test for å fastlegge hvor hard hud personene hadde på fingrene som man bruker på avtrekkeren til våpen. De som hadde harde avtrekkerfingre antok man at ikke var sivile. Selv om denne testen ikke nødvendigvis er en spesielt treffsikker metode for å skille sivile fra stridene, illustrerer den at det finnes Nigeriansk statspraksis fra en ikke-internasjonalt konflikt, for å ikke ved første øyekast gi status som stridene til personer med tvilsom sivil status.

Selv om mange militærmanualer anerkjenner presumsjonsregelen, presiseres det ikke eksplisitt hvorvidt denne antas å gjelde utelukkende for VK. Det kommer ikke klart til uttrykk dersom noen motsetter seg denne tolkningen. Eksempelvis gjengis TPI art. 50 (1) andre punktum i den norske militærmanualen⁹⁴ uten at det på noe sted nevnes at denne regelen ikke gjelder for IVK.

Spesialdomstolen for Sierra Leone (SCSL) uttaler seg om tvil om sivil status i to saker. I *Fofana and Kondewa* saken,⁹⁵ uttales det at ”*If there is any doubt as to whether an individual is a civilian he should be presumed to be a civilian [...]*”. Dette gjentas ordrett i *Sesay* saken.⁹⁶ Her legges presumsjonsregelen til grunn i situasjoner som oppsto i IVK.

ICTY uttalte i *Simić* saken domstolen et krav om ”*reasonable doubt*” angående den sivile statusen til en person. Når ICTY legger til grunn at det kreves ”*reasonable*” tvil, ikke bare ”vanlig” tvil, kan dette tale for at ICTY forholder seg til reglen om at det ved tvil må legges til grunn at en person er sivil, også i IVK.

ICRC uttaler i sedvanerettstudien at en balansert tilnærming⁹⁷ til presumsjonsregelen virker rettferdiggjort også i IVK.⁹⁸ I ICRC-guiden henvises det simpelthen til ICRCs egne kommentarer til tilleggsprotokollene hvor det uttales om art. 13 tredje ledd at ”*in case of doubt regarding the status of an individual, he is presumed to be a civilian.*”⁹⁹

Det har ikke lyktes meg å finne noen motstridende praksis, og ei heller noen offisielle statlige uttalelser hvor det eksplisitt avvises at presumsjonsregelen gjelder for IVK.¹⁰⁰ Jeg konkluderer med at det kan antas at regelen om presumsjon slik den fremgår av TPI art. 50 (1) er uttrykk for internasjonal sedvanerett, som gjelder også i IVK.

⁹³ Report on the Practice of Nigeria 1997, Answers to additional questions on chapter 1.1. Gjengis i ICRCs sedvanerettstudie, volume II: Practice, side 133 avsnitt 915.

⁹⁴ Manual i Krigens folkerett, side 29 avsnitt 2.5

⁹⁵ SCSL, *Fofana and Kondewa* case, Judgment, 2 August 2007, §§ 134–135.

⁹⁶ SCSL, *Sesay* case, Judgment, 2 March 2009, § 1720

⁹⁷ Balansert i den forstand at tvilsterskelen ikke er urimelig høy.

⁹⁸ Sedvanerettstudien s. 85

⁹⁹ ICRC-kommentarene avsnitt 4789

2.4.3 Terskelen for tvil

Spørsmålet blir så hva som skal til for at vilkåret ”in case of doubt” skal være oppfylt. Mer konkret hvor mye tvil som må foreligge angående statusen til en person, for at plikten til å presumere at vedkommende er sivil, gjør seg gjeldene.

Det presiseres at det det må foreligge til om, er de faktiske forholdene som potensielt oppfyller vilkårene for å ikke ha status som sivil. Eksempelvis kan det foreligge tvil om en person er medlem i en organisert væpnet gruppe, fordi en ikke har nok kunnskap om hvilke oppgaver vedkommende utfører.

Dette må ikke forveksles med rettslig tvil, som foreksemepl kan være at en er i tvil om en en konkret aktivitet oppfyller vilkårene for medlemskap med kontinuerlig stridsfunksjon i en organisert væpnet gruppe. Sistnevnte tilfelle knytter seg ikke til tvil angående ”whether a person is a civilian” men til tolkningen av vilkåret ”civilian”.

Selv om de fleste statene anerkjenner presumsjonsregelen i militærmanualene sine,¹⁰¹ er det ikke etablert en klar standard for hvor mye tvil som må foreligge.

Ordlyden ”in case of doubt” kan gi inntrykk av at enhver tvil er tilstrekkelig for at det skal presumeres at en person ikke har status som sivil. En så bokstavelig tolkning medfører imidlertid i ytterste konsekvens et krav om at det må foreligge sikkerhet, som i praksis er et tilnærmet umulig krav.

Under vedtakelsen av TPI uttalte Frankrike at presumsjonsreglen i TPI art 50 ikke kan tolkes slik at det kreves at en kommandør må ta beslutninger som kan være i uoverensstemmelse med hans plikt til å sikre sikkerheten til tropper under hans kommando, eller til å bevare deres militære situasjon, i samsvar med de andre bestemmelsene i TPI.¹⁰²

I tillegg til å utrykke samme reservasjon som Frankrike, presiserte Storbritannia at de forsto presumsjonsregelen slik at den bare kunne anvendes i tilfeller av ”substansial doubt”, som fortsatt forelå etter evaluering av all informasjonen, fra alle kilder, som med rimelighet er tilgjengelig på det tidspunktet, avgjørelsen blir gjort.¹⁰³

ICRC påpeker at det selvfølgelig ikke kan legges til grunn samme tvilsterskel for angrepsavgjørelser som den som anvendes i straffesaker, men at terskelen heller må gjenspeile nivået av sikkerhet en med rimelighet kan oppnå i omstendighetene.¹⁰⁴ Det hevdes altså at terskelen er at det må foreligge ”substansial”(betydelig) tvil. Hva denne terskelen mer konkret innebærer redegjøres det ikke for, verken i deklarasjonen i eller i militærmanualen.¹⁰⁵

¹⁰¹ Sedvanerettstudien, Part II: practice side 131-132

¹⁰² France, Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I, 11 April 2001, § 9

¹⁰³ United Kingdom, Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I, 28 Januar 1998 §h

¹⁰⁴ ICRC-tolkningsguiden s. 76

¹⁰⁵ UK ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict, page 54, § 5.3.4

ICTY anvender i Galić saken¹⁰⁶ betegnelsen ”reasonable”(rimelig), for å vurdere om det foreligger tilstrekkelig tvil. Begrepene henviser til forskjellig grad av usikkerhet, hvor rimelig indikerer at mindre tvil er nødvendig for at presumsjonsregelen må legges til grunn, enn dersom det må foreligge betydelig tvil. Flere er skeptiske til begrepet ”reasonable” fordi det assosieres med terskelen for tvil i straffesaker, som det er enighet om at er for høy til å gjelde i spørsmål om tvil om status.¹⁰⁷

I den norske militærmanualen uttales det at det må være ”overveiende sannsynlig” at personen er et lovlig mål.¹⁰⁸

Det kan påpekes at hvorvidt man anvender begrepet ”substantial”, ”reasonable” eller ”overveiende sannsynlig” har liten realitetsbetydning med mindre man også kan stille opp klare definisjoner av hva som ligger i disse sannsynlighets/tvilstersklene. Slike klare definisjoner følger ikke av IHR per dags dato.

Av det som her fremgår er det vanskelig å konkludere med noe annet enn et utgangspunkt. Det er ikke grunnlag for å legge til grunn den strenge terskelen for tvil som kreves i strafferett i de fleste land, men sivile kan heller ikke angripes utelukkende på bakgrunn av at vedkommende framstår som tvilsom.¹⁰⁹ Terskelen ligger et sted i mellom disse to ytterpunktene.

2.4.4 Krav om å forsikre seg om at mål ikke er sivile

Avgjørelsen av om det foreligger så mye tvil at presumsjonsreglene må gjelde skal skje med bakgrunn i evaluering av all informasjon, fra alle kilder, som med rimelighet er tilgjengelig på det relevante tidspunktet.¹¹⁰ Til dette kommer kravet om at den som planlegger å gjennomføre en operasjon skal gjøre ”*everything feasible to verify*” at målene for angrep ikke er sivile jf. TPI art. 57 (2.) (a) i.¹¹¹

”*Feasible*” defineres ikke i TPI. I en traktat om miner¹¹² forklares ”*feasible precautions*” slik; ”[...] which are *practicable or practically possible*[...]”. Definisjonen antas å ha overføringsverdi også i relasjon til TPI. Vurderingen må gjøres i god tro og med hensyn til all informasjon som med rimelighet kan forvente å ha tilgjengelig i en spesifikk situasjon.¹¹³

¹⁰⁶ ICTY, Galić case, Judgment, 5 December 2003, §§ 50 and 55

¹⁰⁷ se DPH Report 2006 page 70

¹⁰⁸ Manual i Krigens Folkerett s. 63 avsnitt 3.53

¹⁰⁹ ICTY sakene

¹¹⁰ United Kingdom, Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I, 28 Januar 1998 §h

¹¹¹ Art. 57 inneholder flere forholdregler, men det avgrenses mot å gå nærmere inn på disse.

¹¹² *Protocol (II) on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices*. Geneva, 10 October 1980.

¹¹³ *Report DPH 2006* side 70 ff

Dette medfører at selv om terskelen for tvil i prinsippet må anses som en fast verdi, vil hvor mye tvil som godtas ofte være relativt til situasjonen. Dette fordi hva som kan anses som ”*everything feasible*”, med tanke på å forsikre seg om at noen ikke er sivil, vil avhenge av en rekke forhold, som for eksempel hvor mye informasjonen som er tilgjengelig, hvor mye avgjørelsen haster og hvilken konsekvens det vil ha å ikke angripe.¹¹⁴

Et krav kan være situasjonsrelativt, uten å være subjektiv. Terskelen for tvil, og hvor mye som kreves for å oppfylle vilkåret om ”*everything feasible*”, er ikke avhengig av hvordan forskjellige personer vurderer situasjonen.¹¹⁵

Presumsjonen om sivil beskyttelse utelukker ikke bruken av makt mot sivile som oppfører seg på en måte som utgjør en alvorlig trussel mot offentlig sikkerhet, rett og orden. I slike tilfeller reguleres lovligheten av maktbruk av reglene for rettshåndhevelse og individuelt selvforsvar, som er regler som fungerer parallelt med IHR¹¹⁶

2.5 Presumsjonsregel angående direkte deltagelse i fiendtligheter

2.5.1 Unntak fra distinksjonsprinsippet

TPII art. 13 (3) oppstiller et unntak fra den tilsynelatende absolutte hovedregelen om distinksjon.

“3. Civilians shall enjoy the protection afforded by this Part, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”*

På visse vilkår kan likevel personer med status som sivile være legitime mål.

Med tilbakeblikk til som blir påpekt innledningsvis angående samtidens konfliktbilde, kan et slikt unntak potensielt få enorm betydning. Dersom regelen om sivil immunitet var unntaksløs, ville sivile som deltar i fiendtligheter stilt med et rettslig trumfkort.

Militære operasjoner kan i noen tilfeller ha de beste grunner for seg, og i enkelte tilfeller anses som helt nødvendige for å redde liv eller livsnødvendig infrastruktur. En absolutt regel om distinksjon uten unntak ville gjort det veldig vanskelig, og risikabelt, å gjennomføre militære operasjoner, og den ville heller ikke oppfattes som rettferdig eller rimelig i alle tilfeller. Formålet med reglene sivil immunitet må kunne antas å være å beskytte offer i væpnede konflikter, altså de som ikke har mulighet til å beskytte seg selv, og som heller ikke utgjør en trussel militært sett.

Dersom sivile ikke lenger oppfører seg som sivile, men aktivt deltar direkte i en væpnet konflikt og dermed utgjør en trussel, vil et behov for beskyttelse av egne styrker, og potensielt

¹¹⁴ *Manual i Krigens folkerett* side 29

¹¹⁵ DPH Report 2006, side 70 ff.

¹¹⁶ For norske styrkers vedkommende er det Militær straffelov (1902) § 108 b som regulerer retten til selvforsvar.

også andre sivile, oppstå. Det er derfor forståelig at en i TP II art. 13 (3) har åpnet for unntak fra hovedregelen om at sivile er ulovlige mål, på visse vilkår.

Utfordringen er imidlertid at dersom vilkårene for DPH ikke avgrenses på en presis måte, oppstår det en risiko for at unntaket blir så omfattende at de uthuler hovedregelens verdi.

Derfor er det en viktig at den rettslige rammen for DPH er så klar som mulig.

Presumsjon om sivil beskyttelse vil avhenge av hvilke vilkår det må foreligge tvil om. Derfor er forståelsen av begrepene som representerer vilkår for DPH, avgjørende for å kunne drøfte den påståtte presumsjonsreglen angående DPH.

2.5.2 Direkte deltagelse i fiendtligheter

En forutsetning for at reglene om DPH blir aktuelle er at en har slått fast at det er spørsmål om handlingene til en person med status som ”civilian”.

Det er tre hovedvilkår som må tolkes for å få realitetene bak unntaket for DPH på det rene. Alle tre følger av ordlyden i jf TPII art. 13 (3) Det første er hva som menes med hvilke situasjoner som kan anses som ”hostilities”, der andre er hvilken atferd som kvalifiserer til å være ”direct participation”, og det siste er det tidsmessige omfanget av tap av sivil immunitet jf. ”for such time”.

Når TPII art. 13 tredje ledd refererer til ”hostilities”(fiendtligheter) er dette et konsept som må ses i sammenheng med væpnede konfliktsituasjoner, og referer til helheten av anvendelse av metoder og midler for å skade motparten i en væpnet konflikt.¹¹⁷ handlinger som utføres under for eksempel i interne uroligheter, opptøyer, isolerte og sporadiske voldshandlinger og andre lignende hendelser faller dermed utenfor, Jf TP II artikkel 1 (2).

”Direct participation” referer til en persons individuelle involvering i fiendtligheter. I kommentarene til API uttales det at direkte deltagelse betyr krigshandlinger som av natur vil kunne forårsake faktisk skade på fienden sine væpnede styrkers personer eller utstyr.¹¹⁸ Det må foretas en konkret individuell vurdering av hvorvidt direkte deltagelse foreligger. Det hevdes i den sammenheng å foreligge tre kumulative vilkår for ”direct participation”; Disse vilkårene er skade, direkte årsak og hensikt¹¹⁹

1. Skadevilkåret krever at en handling må kunne ha negativ innvirkning på en parts militære kapasitet eller operasjon, eller kan medføre skade eller ødeleggelse på beskyttede personer eller objekter.¹²⁰
2. Det må også foreligge en direkte sammenheng mellom handlingen og skaden. I dette ligger at handlingen må være nødvendig for skaden som oppstår. Alle handlinger i en

¹¹⁷ ICRC-guiden side 43

¹¹⁸ API commantary, § 1944

¹¹⁹ ICRC-guiden side 46-56

¹²⁰ Ibid side 47

handlingsrekke som gjorde et angrep mulig kan potensielt etablere ”*direct particiation*”. Men det foreligger et forbehold om at handlingen ikke har for fjern tilknytning til skaden. Det hevdes at generell krigsinnsats, som innsamling og finansiering av mat, ikke har nær nok tilknytning til den skadevoldende handling.¹²¹

3. Personen må også ha hatt til hensikt både å forårsake skade, og å støtte den ene parten i konflikten.¹²² Formålet med dette vilkåret er å utelukke alminnelig kriminalitet, som ikke er tilknyttet konflikten, og lovlig aktivitet som har utilsiktet negativ innvirkning, slik som folkemasser som utilsiktet sperrer veien for militære. Heller ikke sivile som blir tvunget til å delta, for eksempel ved at noen anvender dem som menneskelige skjold, kan sies å delta direkte. Det påpekes at vurderingen av hensikt ofte kan være utfordrende.

Formuleringen ”*unless and for such time*” tolkes slik at varligheten av tapet av sivil immunitet samsvarer med varigheten av den siviles direkte deltagelse i fiendtligheter. Dette medfører at sivile mister og gjenvinner sivil immunitet, i takt med intervallene av deres involvering DPH. Dette kalles ”*the revolving door of civilian protection*”,¹²³ fordi det er et rettighetstap som vil svinge frem og tilbake i takt med den siviles handlinger.

”Svingdør mekanismen” anses ikke som en svikt i IHR, men som en nødvendig forutsetning for unntaket for DPH. Den forhindrer angrep på sivile som ikke, i øyeblikket, representerer en militær trussel.¹²⁴ Selv om den gjør det vanskeligere for partene i en væpnet konflikt å respondere effektivt ovenfor sivile som deltar, forblir den nødvendig for å beskytte den sivile befolkningen mot urettmessige angrep. De potensielle militære ulempene må aksepteres av de involverte aktørene, så lenge den siviles deltagelse forblir spontan, uorganisert eller sporadisk.¹²⁵ Dette er omstridt. U.S.A. avviser svingdørmekanismen i sin helhet.¹²⁶

2.5.3 Presumsjon mot DPH

2.5.3.1 Presumsjonsregel med grunnlag i rett på generell beskyttelse

Spørsmålet er om det i tilfeller hvor det foreligger tvil rundt faktiske forhold, som er avgjørende for om vilkårene for DPH er oppfylt, skal presumeres at de ikke er det.

Vilkårene for unntak fra regelen om distinksjon i tilfelle DPH i IVK følger av TPII art. 13. (3). Hva som skal legges til grunn dersom det foreligger tvil kommer ikke til uttrykk verken i TPI eller TPII.

¹²¹ Ibid side 51

¹²² Ibid side 58, hensikt om å støtte er omstridt, ofte tilnærmet umilig å vurdere.

¹²³ Ibid side 70

¹²⁴ ibid

¹²⁵ ibid

¹²⁶ Boothby side 18

ICRC legger likevel til grunn at det gjelder en presumsjonsregel for sivil beskyttelse, og hevder at det ved tvil om DPH også foreligger en presumsjonsregel. I ICRCs-tolkningsguiden anføres ;¹²⁷

” Members of State armed forces [...] or organized armed groups are generally regarded at legitimate military targets [...]. Civilians are generally protected against direct attack unless and for such time as they directly participate in hostilities.

For each category, the general rule applies until the requirements for an exception are fulfilled.

Consequently, in case of doubt as to whether a specific civilian conduct qualifies as [DPH], it must be presumed that the general rule of civilian protection applies, and that this conduct does not amount to direct participation.”

Det fremsår gåtefullt hvordan det faktisk at den ”generelle regelen gjelder frem til vilkårene for et unntak er oppfylt” bidrar til å etablere en regel om at det må presumeres at atferd ikke oppfyller vilkårene for DPH, dersom det foreligger tvil.

At en generell regel gjelder frem til vilkår for unntak er oppfylt er et alminnelig utgangspunkt for de aller fleste regler. Men dette bidrar ikke på noen måte til å etablere regler om hvilke terskler for akseptert tvil som skal legges til grunn ved tvil om hvorvidt de aktuelle vilkårene er oppfylt.

Det kan tenkes at ICRC med ”*the general rule of protection*” henviser til regelen i TPII art. 13 (1) om at sivile skal ha rett på generell beskyttelse fra farene som oppstår ved militære operasjoner. Men det er nettopp denne regelen art. 13 (3) etablerer et unntak fra, jf. ”*protection afforde by this Part, unless and for such time[...]*”.

Hovedregelen er altså generell beskyttelse, og unntaket er bortfall av beskyttelsesrett som følge av DPH. Dersom vilkårene for DPH ikke er oppfylt, gjelder selvfølgelig hovedregelen om sivil immunitet. Men dersom det er tvil om hvorvidt vilkårene er oppfylt, vil ikke hovedregelen uten videre ha noen betydning for hvilket faktum som skal presumeres å foreligge.

Utgangspunktet at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn, med mindre det finnes en regel som skjærper kravet til sannsynlighet. At hovedregelen er sivil immunitet påvirker ikke kravene til sannsynlighet for at vilkårene for et traktatforankret unntak skal være oppfylt.

2.5.3.2 Presumsjonsregel med grunnlag i analogi

ICRC gir ikke uttrykk for rettsgrunnlaget for sitt standpunkt om en presumsjonsregel mot DPH. Når det ikke foreligger noe eget rettsgrunnlag som eksplisitt etablerer en egen regel for presumsjon mot DPH, kan det antas at ICRC har ment at regelen om presumsjon for status

¹²⁷ ICRC-guiden side 75

som sivil, kan anvendes analogisk også for tvil angående DPH. Det presiseres at dette ikke kommer klart til uttrykk i noen av ICRCs publikasjoner. Jeg kommer til å forutsette at det er en analogisk anvendelse som er grunnlaget for ICRCs standpunkt, fordi dette gjenstår som eneste mulige rettslige grunnlag.

Ordlyden i TPI art. 50 (1) henviser bare eksplisitt til tvil angående sivil *status*.

Presumsjon om status som sivil og presumsjon mot at noe utgjør DPH kan ikke likestilles uten videre bare fordi at resultatet av å ikke presumere slik i begge tilfellene kan bli at individer mister sin sivile immunitet. Førstnevnte har hjemmel i TPI art. 50 (1), og anses også som uttrykk for sedvanerett som gjelder for IVK. Sistnevnte påståtte regel kommer ikke til uttrykk i noen traktattekst, og det vises heller ikke til noe grunnlag for at en slik regel følger av internasjonal sedvanerett.

Tanken kan ha vært at presumsjonsregelen for status som sivil er forankret i et grunnleggende hensyn om beskyttelse av sivile, og at dette medfører at presumsjonsregler bør gjelde også andre regler hvor sivil immunitet står på spill. En forutsetning for analogi er imidlertid at det er tale om likeartede forhold.

Status som sivile anvendes som vilkår for beskyttelse mot direkte angrep, jf. TP I art. 58 og TP II art. 13 (2). I relasjon til avgjørelsen *status* som sivil foreligger en regel om presumsjon om slik status i tvilstilfeller jf. TPII art. 50 (1). Hvorvidt en person har status som sivil og hvorvidt denne sivile utfører handlinger som oppfyller vilkårene for DPH i prinsippet er to helt separate vurderinger.

Konklusjonen av disse to vurderingene har også forskjellige konsekvenser. Tapet på beskyttelsesrett, som følge av konklusjon om manglene status som sivil, er både omfattende, i den forstand vedkommende i utgangspunktet blir legitimt mål for angrep når som helst uavhengig av personens atferd, og potensielt langvarlig, som følge av at vedkommende fortsetter å være legitimt mål på kontinuerlig basis.¹²⁸ Med disse alvorlige konsekvensene i bakhodet er det forståelig at en har etablert en regel om presumsjon som skal fungere som et sikkerhetsnett for urettmessig tap av status som sivil.

Konsekvensene dersom en konkluderer at det foreligger direkte deltagelse i fiendtligheter er ikke de samme. Her er det kun tale om et midlertidig tap av sivil immunitet, som svarer til lengden på deltagelseshandlingen jf. ”*for such time*” i TPII art. 13 (3). At sivile bare blir legitime mål for så lenge deltagelseshandlingen varer fungerer som et eget sikkerhetsnett for vurderingen av DPH.

Formålet med regelen om distinksjon med utgangspunkt i status som sivil, og formålet med regelen om DPH, kan antas å være forskjellig. Formålet med regelen om distinksjon kan antas å være å beskytte sivile fra direkte angrep. Formålet med unntaket for DPH kan imidlertid

¹²⁸ så lenge personen ikke frater den posisjonen som er grunnlag for tap av status som sivil

antas å være å gi væpnede styrker anledning til respondere ovenfor sivile, som potensielt utgjør en trussel.

Til dette kommer at det er en forskjell på å vurdere en persons status og å vurdere atferd. Status vil ofte være et mer langvarig og kontinuerlig. Indikasjoner for status vil også ofte være enklere å observere, i form av bruk av uniformer eller andre distinktive kjennetegn. I kontrast er vurderingen av atferd knyttet til et kortere tidsrom, og må vurderes fortløpende, ofte i konteksten av en militær situasjon som forutsetter en rask vurdering.

Distinksjonsregelen og regelen om unntak for DPH har ikke samme vilkår, ikke samme konsekvens og heller ikke samme formål. Vurderingen av de to konseptene skjer også på ofte betydelig forskjellige premisser. I tillegg foreligger allerede et sikkerhetsnett for vurderingen av DPH i vilkåret om ”*for such time*”. Summen av dette taler med tyngde imot at en analogisk anvendelse av en regelen om presumsjon for status som sivil

2.5.3.3 Påstanden om enighet

ICRC hevder altså likevel at det finnes en presumsjonsregel mot DPH. Det eneste grunnlaget som det henvises til er at det hevdes at det forelå enighet om denne tolkningen i ekspertmøtene.¹²⁹

Det henvises til Rapporten fra 2005. Her oppsummerer ICRC en diskusjon og legger til grunn at det det rådene synet var at det i tilfelle ”*..doubt as to whether a civilian constituted a legitimate military target, that person had to be presumed to be protected against direct attack*”.¹³⁰

Det presiseres ikke hvorvidt det ble diskutert tvil i relasjon til DPH konkret.¹³¹ Dersom en ser nærmere på diskusjonen som ligger til grunn for ICRCs oppsummering, legger en merke til at denne ikke handler om presumsjon ved tvil i relasjon til DPH, men presumsjon ved tvil i relasjon til hvorvidt noen kan anses som medlem av en organisert væpnet gruppe.¹³²

ICRC henviser også til en side i rapporten fra 2006. Men den aktuelle siden gjengir utelukkende en diskusjon angående formuleringen av overskriften til kapittel VII i ICRC-guiden.¹³³ Heller ikke her diskuteres presumsjon i relasjon til DPH.

Enigheten ICRC hevder at forelå kan etter dette se ut til å dreie seg først og fremst om at det i tilfeller hvor det foreligger tvil om at noen har status som medlem av en organisert væpnet gruppe. Slikt medlemskap kan som kan konstituere tap på status som sivil,¹³⁴ skal det presumeres at vedkommende ikke er medlem av en slik gruppe. Dette er i samsvar med ordlyden til TPI art 50 (1) som jo nettopp henviser til tvil om *status* som sivil.

¹²⁹ Møtene I kontekst av DPH-prosjektet

¹³⁰ Report DPH 2005 side 67

¹³¹ Report DPH 2005 side 67

¹³² Report DPH 2005 side 44-67 Midlertidigheten av tap på sivil immunitet som følge av DPH diskuteres også, men ingen standpunkt angående presumsjon tas i den sammenheng.

¹³³ Report DPH 2006 side 70

¹³⁴ Henvisning til redegjørelse for medlemskap...

Det er på bakgrunn av kilden ICRC selv henviser til overraskende at ICRC klarer å utlede en konklusjon om enighet om en presumsjonsregel mot DPH.

USA har angivelig tatt til ordet for at ICRCs tilnærming øker ubalansen mellom væpnede styrker og direkte deltagende med tanke på hvor utsatt for angrep de er. Denne ubalansen kan i ytterste konsekvens svekk respekten for rettsreglene og på derigjennom på lang sikt øke risikoen for sivile. Det påpekes at det selvfølgelig er de væpnede styrkenes eget ansvar å søre for å operere i samsvar gjeldene rett, men dette er hardere å oppnå i lys av situasjoner som oppfattes som urimelige.¹³⁵

Dette standpunktet støttes av Boothby,¹³⁶ som hevder bestemt at det ikke foreligger noen regel om presumsjon om at sivile ikke deltar direkte i fiendtligheter.

Grunnlaget for at en regel anses som rettslig bindende i IHR er, som nevnt innledningsvis, eksplisitt eller implisitt aksept fra statene. Når en regel om presumsjon mot DPH ikke følger eksplisitt av traktattekst, og grunnlaget for at denne regelen må anses å følge av internasjonal sedvanerett heller ikke er godtgjort, kan jeg ikke se at det foreligger rettslig grunnlag for en slik regel. Spørsmål om status som sivil og spørsmål om atferd som utgjør DPH er ikke tilstrekkelig likeartede for at en analogisk anvendelse av regelen kan forsvares.

Konklusjonen blir som følge av dette at det ikke foreligger tilstrekkelig rettslig grunnlag for noen regel om presumsjon mot DPH.

2.5.4 Presumsjon for DPH

Til dette kommer at enkelte hevder at det tvert i mot foreligger en presumsjon *for* DPH. Schmitt¹³⁷ kritiserer ICRC for å legge til grunn en presumsjon mot DPH uten å fremlegge noe rettsgrunnlag for dette standpunktet, og går til og med så langt som å hevde at det foreligger en presumsjon i motsatt retning, nemlig for at noen deltar direkte dersom de er involvert direkte i fiendtlighet.

For å bygge opp under dette henviser han til et sitat fra Israelsk høyesterett;

“Gray areas should be interpreted liberally, i.e., in favor of finding direct participation.”

One of the seminal purposes of the law is to make possible a clear distinction between civilians and combatants. Suggesting that civilians retain their immunity even when they are intricately involved in a conflict is to engender disrespect for the law by combatants endangered by their activities.”¹³⁸

¹³⁵ Boothby LAOT, side 767.

¹³⁶ Boothby artikkel side 26-27

¹³⁷ Smidth artikkel side 736

¹³⁸ Michael N. Schmitt, “Direct Participation in Hostilities” and 21st Century Armed Conflict, *In Crisis*, 2004, Direkte sitat fra ”Targeted Killings Case”

Schmitt anerkjenner at denne tinæringen kan oppfattes som hard, men hevder at disse situasjonene bare oppstår i på grensen mellom indirekte og direkte deltagelse. Slik Schmitt ser det vil den sivile allerede være deltager i konflikten, av egen vilje, og deltar på en slik måte at det er nok til at det oppstår spørsmål. Med bakgrunn i dette konkluderer Scmitt at det mer rimelig at det individet bærer byrden av risikoen heller en den stridende som vil bli skadd ved deltagelsen.¹³⁹

Han hevder at dette skaper et initiativ for sivile for å holde seg så langt unna konflikten som mulig, og at dette kan medføre at de er mindre utsatt for direkte angrep.¹⁴⁰

Schmitts standpunkt er etter min mening i uoverensstemmelse med formålet til tilleggsprotokollene slik det fremgår av begges fortale, nemlig ”to protect the victims” av IK og IVK. I tillegg hvor personer blir brukt som sivile skjold eller selvmordsbombere vil det ofte kunne foreligge betydelig tvil om dette er av egen vilje, eller som resultat av tvang. Påstanden om at situasjoner om tvil ikke oppstår annet enn på grensen mellom indirekte og direkte deltagelse medfører rett og slett ikke riktighet.

Dette påpekes også i Melzers motsvar til Schmitt. Melzer påpeker at i praksis vil situasjoner hvor det ved sivil oppførsel oppstår tvil om DPH inkluderer situasjoner hvor bygningsarbeidere bærer rør som på overvåkningsbilder ser ut som missiler, og hvor en gravid kvinne nærmer seg et sjekkpunkt og man er usikker på om hun er en selvmordsbomber.¹⁴¹

Som illustrasjon kan også nevnes en sak fra 2009 hvor det norske forsvaret drepte en sivil motorsyklist i Afghanistan, i den tro at vedkommende potensielt kunne være en selvmordsbomber. Etterforskning i ettertid fant ingen grunn til å tro at mannen hadde noen tilknytning til opprørere.¹⁴² Denne saken illustrer hvor vanskelig det kan være å avgjøre DPH, og hvordan situasjonene ikke bare oppstår på grensen mellom direkte og indirekte deltagelse.

Melzer hevder også¹⁴³ at Schmitt har tatt den Israelske dommen ut av konteksts. Han mener at domstolen i det gjengitte avsnittet henviser til fordeler ved å generelt sett tolke konseptet om DPH vidt slik, at gråsonetilfeller også må omfattes av konseptet DPH.

Her er det viktig å ha klart for seg at det er en betydningsfull forskjell på det å hevde at et rettslig konsept bør tolkes vidt, og det å hevde at det i et konkret tilfelle hvor det er tvil om vilkårene for konseptet er oppfylt, skal presumeres at de er det. Førstnevnte angår den generelle tolkningen av konseptet DPH, og hvor terskelen for hva som generelt sett utgjør DPH bør ligge. Det andre bygger på en forutsetning om at terskelen for DPH allerede er

¹³⁹ Schmitt side 738

¹⁴⁰ Schmitt, *supra* note 88, at 738 n.123

¹⁴¹ Melzer side 830 Han avviser også at resonnementet om at en presumsjon om at det foreligger DPH skal ha den effekt at sivile blir mindre utsatt for angrep.

¹⁴² Ingen lovbrudd ble funnet begått av soldatene involvert i denne situasjonen. Som følge av at motorsyklisten verken reagerte på tilrop, signaler eller varselskudd ble saken henlagt og det ble konkludert med lovlig nødverge. Basert på korrespondanse med Generaladvokaten, Lars Morten Bjørkholt.

¹⁴³ Melzer side 8760

etablert, men at det foreligger tvil om hvorvidt den konkrete handlingen når opp til denne på forhånd etablerte terskelen.

I samme dom som Schmitt henviser til uttales det også senere eksplisitt at domstolen avviser at det er tillat å angripe bare med grunnlag i misstanke. I dommen skal det dessuten være uttalt at “[t]he burden of proof on the attacking army is heavy”¹⁴⁴ Dette svekker Schmitts påstand ytterligere.

Det også minnes om, at uavhengig av om Israels høyesterett mot formodning mente å utrykke at det foreligger en presumsjon om DPH, er nasjonale domstolsresultat ikke rettskilder i IHR. Dommen er derfor i beste fall uttrykk for Israels rettsoppfatning, som potensielt kan ha betydning for å påvise at det foreligger internasjonal sedvanerett, dersom det også foreligger praksis hvor en presumerer at sivile deltar direkte i tvilstilfeller. Eksistensen av slik praksis er i alle tilfelle ikke tydelig dokumentert.

2.6 Konklusjon

Det finnes ikke rettslig grunnlag for en regel om presumsjon *for* at noen deltar direkte i fiendtligheter. Det er heller ikke godtgjort at det finnes tilstrekkelig rettslig grunnlag for en regel om presumsjon mot at noen deltar direkte i fiendtligheter.

3 Avslutning

3 Avslutning

Avgjørelsen av om en person har stauts som sivil, og av om sivile deltar direkte i fiendtligheter, beror på en rekke momentene som det kan være vanskelig å vurdere i stridens hete. Det ligger i væpnede konflikters natur at det oppstår kaotiske situasjoner hvor involverte aktører sjelden har full oversikt. Under slike forutsetninger skal det tas avgjørelser om liv og død.

I tilfelle tvil om hvorvidt en person er sivil, skal det presumeres at vedkommende er det. Regelen er ment å fungere som et sikkerhetsnett for å sikre at ikke sivile utettmessig blir usatt for angrep.

Til tross for stor diskusjon om hvilket begrep som bør anvendes for å beskrive terskelen for tvil, er det fortsatt uavklart hvor mye tvil som kreves for at status som sivil skal legges til grunn.

Etterlevelsen av presumsjonsreglen vil i realiteten være uunngåelig knyttet til omstendighetene i den konkrete situasjonen. Dette innebærer at regelen om presumsjon for status som sivil vil ha størst betydning i relasjon til planlagte militære operasjoner, hvor en har mulighet til på forhånd å vurdere momenter, og å veie sannsynligheten for at noen er sivile, imot sannsynligheten for at de ikke er det.

¹⁴⁴ 168. H.C.J. 769/02 Pub. Comm. Against Torture in Israel v. Gov't of Israel (Targeted Killings) [2005] § 40

Der uforutsette situasjoner oppstår og det blir behov for å reagere raskt, vil presumsjonsregelen bli mindre praktisk viktig, fordi legitimiteten av maktbruk i slike tilfeller ofte også reguleres av reglene om selvforsvar.

Det er ikke godt gjort at det finnes rettslig grunnlag for en regel om presumsjon i relasjon til direkte deltagelse i fiendtligheter. Det gjelder både for påstander om at det i tvilstilfeller må presumeres at vilkårene for direkte deltagelse ikke er oppfylt, og påstander om at de må presumeres å være det. Diskusjonen preges av svak rettslig forankring for standpunktene i begge retninger, og er i realiteten en diskusjon de lege ferenda.

Det er ikke noe galt i å ha meninger om hvordan reglene bør være, men en bør være varsom med å fremstille disse meningene som alminnelige anerkjente tolkningsalternativ, med mindre de faktisk er det.

De to standpunktene om presumsjon illustrerer hovedhensynene i IHR;

På den ene siden de humanitære hensyn, som trekker i retning av å stille opp et størst mulig vern for offer i konflikten, og på den andre siden de militære hensyn, som trekker i retning av tolkninger som medfører mulighet for militær effektivitet og fleksibilitet.

Det er en selvfølge at ICRC argumenterer for tolkningsalternativ som fremmer de humanitære interessene i en konflikt. Men å gjøre dette i så stor utstrekning at det går på bekostning av den rettslige forankringen for argumentene, kan være en fallgrube. En oppfatning om at ICRCs regeltolkning skjer først og fremst med grunnlag i humanitære interesser, og ikke juridisk metode, kan dette svekke ICRCs anerkjennelse som "IHR" ekspert.

Blir en for ivrig etter rask eller stor utvikling kan en komme til skade for å utløse ryggereflekser. I IHR er aktørene i konfliktene sin respekt for reglene en forutsetning for at disse reglene faktisk etterleves.

I motsetning til mange andre rettsområder skal reglene for IHR ta høyde for et enormt antall av forskjellige kombinasjoner av militære, kulturelle, geografiske og økonomiske realiteter. Dette innebærer at reglene må være elastiske og generelle nok til å omfatte en rekke forskjellige situasjoner. Reglene avhenger også av at mange aktører med vid forskjellige interesser klarer å komme til enighet. Under disse forutsetningene er det vanskelig å etablere klart tydelige rammer for viktige rettslige konsept.

Dette er noe av årsaken til at såpass mange sentrale spørsmål i IHR fortsatt er så omstridt.

Litteraturliste

Bøker

Kolb, Robert and Hyde, Richard, *An Introduction to the International law of Armed Conflicts*.

Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2008

Bootby, William H. *The Law of Targeting*. Oxford, Oxford University press, 2012

Fleck, D. *the Handbook of International Humanitarian Law*. Oxford, Oxford University press, 2008

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Bekck, Louise, Customary international Humanitarian law, Volume I: Rules. Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005

UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*. Oxford, Oxford University press, 2005

Forsvarets Høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i Krigens Folkerett*. Oslo, 1. opplag, Merkur-trykk AS, 2013

Department of Defence, *Law of War Maunal*. Office General Counsel, 2016

Ministère de la Défense, *Manuel du droit des conflicts armés*. Paris, Secrétariat général pour l'admininstration, 2012

Ove Bing og Said Mahmoudi, *Internationell våldsanvändning och folkrätt*. Stockholm, Norsteds juridik, 2006

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987

Andre publikasjoner og artikler

Melzer, Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International humanitarian Law*. ICRC, 2009

Bellinger, John B og Haynes, William J. "A US government response to the International

Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law", Volume 9 number 866, *International Review of the Red Cross*, 2007

United Kingdom, Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I, 28 Januar 1998

France, Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I, 11 April 2001

Colombia, Instructors Manual 1999

Report on the Practice of Nigeria 1997

Innlegg publisert i *New York University Journal of International Law and Politics*, volume 42, nummer 3 (2010)

- Boothby, W H "*and for such time as*": *The time dimension to direct participation in hostilities*" side 741
- Watkin, K, "*opportunity lost; Organized Armed Groups and the ICRC*" side 641
- Schmitt, M N, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The constructive elements 697
- Hays Parks, W, "*Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" study: no mandate, no expertise, and legally incorrect*" side 769
- Melzer, N "*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*" side 831 .
- <http://nyujilp.org/print-edition/#42>
- Overview of the ICRC's Expert Process (2003-2008)

Dommer

ITCY Prosecutor v. Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction 1995

ICTY Prosecutor v. Tadic [Judgement](#) 1999

ICTY, Balšić case, judgement, 3 March 2000

ICTY, Galić case, Judgment, 5 December 2003

SCSL, Fofana and Kondewa case, Judgment, 2 August 2007, §§ 134–135.

SCSL, Sesay case, Judgment, 2 March 2009, § 1720