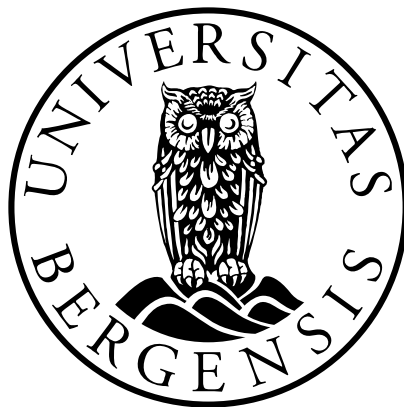


# Folkerettslige utfordringer ved bruk av angrepsdroner

*Under hvilke omstendigheter kan angrepsdroner  
benyttes, og når er sivile legitime mål?*

Kandidatnummer: 103

Antall ord: 14 754



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

## Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1. Innledning .....	2
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Begrepsavklaring .....	4
1.3 Metode .....	5
1.4 Avgrensning .....	8
2. Utgjør bruken av angrepsdroner i seg selv et brudd på internasjonal rett .....	8
2.1 Tilleggsprotokoll I Artikkel 36 .....	9
2.2 Medfører bruk av angrepsdroner «superfluous injury» eller «unnecessary suffering» .....	10
3. Bruk av makt .....	12
3.1 Bruk av makt etter FN-pakten .....	13
3.1.1 Etter autorisasjon av Sikkerhetsrådet .....	13
3.1.2 Retten til selvforsvar etter FN-pakten Artikkel 51 .....	14
3.1.2.1 Når foreligger «an armed attack» .....	14
3.1.2.2 Retten til selvforsvar ved angrep fra en ikke-statlig aktør .....	15
3.1.2.3 Spørsmålet om angrep fra en ikke-statlig aktør må kunne tilskrives en stat ..	16
3.1.2.4 Begrensninger i retten til selvforsvar etter FN-pakten Art. 51 .....	20
3.1.2.5 Rett til preventivt selvforsvar .....	21
3.2 Bruk av makt der en stat samtykker .....	22
4. Sivile som legitime mål i væpnet konflikt .....	24
4.1 Når foreligger «an armed conflict» .....	25
4.2 Internasjonal eller ikke-internasjonal væpnet konflikt .....	26
4.3 Ikke-internasjonal væpnet konflikt eller interne uroligheter .....	26
4.3.1 Spørsmålet om intensitet .....	27
4.3.2 Spørsmålet om partsevne .....	28
4.3.3 Praktiske utfordringer .....	28
4.4 «Direct part in hostilities» .....	30
4.4.1 Hva utgjør «direct part in hostilities» .....	30
4.4.2 «For such time» .....	33
5. Proporsjonalitetsprinsippet .....	34
5.1 «Direct and concrete military advantage» .....	35
6. Konklusjon .....	36
7. Litteraturliste .....	38

# 1 Innledning

«American Drone Strike in Libya Kills Top Qaeda Recruiter», var overskriften i en artikkel publisert av The New York Times den 28. mars 2018.<sup>1</sup> Artikkelen omhandler et amerikansk droneangrep sør i Libya i mars som tok livet av Musa Abu Dawud, som skal ha vært tilknyttet Al Qaida og jobbet med opptrening av rekrutter, samt skaffet penger og våpen til grupper i Libya med tilknytning til Al Qaida. Angrepet var det første rettet mot den sørlige delen av landet som har vært herjet av borgerkrig siden Muammar Gaddafi ble drept i 2011.

Angrepet som tok livet av Musa Abu Dawud sør i Libya var bruk av makt utført av en stat på en annen stats territorium, uten at det nødvendigvis er tale om en stat som den angripende stat er i konflikt med, hvor det rammet en mann som det er vanskelig å avgjøre om kan sies å ha «deltatt direkte i fiendtligheter» i kraft av at han jobbet med opptrening, pengeinnsamling og anskaffelse av våpen.<sup>2</sup> Angrepet fremhever to rettsspørsmål bruken av angrepsdroner reiser, under hvilke omstendigheter makt kan brukes, og når sivile er legitime mål for bruk av makt.

Bruken av fjernstyrte, ubemannede farkoster i konflikter går langt tilbake i tid. Den første dokumenterte bruken fant sted allerede 22. august 1849, da Østerrike brukte luftballonger lastet med eksplosiver, senere kjent som «Austrian balloons», til å angripe Venezia.<sup>3</sup>

Lagunene rundt byen forhindret at den kunne angripes med vanlig artilleri, og derfor sendte østerrikerne opp luftballonger, en idé som de hadde jobbet med å utvikle i mange tiår.

Det startet med luftballonger, men helt siden brødrene Wright tok til vingene 17. desember 1903,<sup>4</sup> har det også vært jobbet med å utvikle ubemannede farkoster som kan fjernstyres.

Resultatet ser vi i dag, hvor droner brukes hyppig i så vel det sivile som det militære liv.

Opgaven skal fokusere på bruk av angrepsdroner – droner som bærer våpen kraftige nok til å ta liv – og ikke droner til bruk i det sivile liv, som for eksempel til hobbyflyging eller andre formål, eller overvåkingsdroner som militære aktører bruker til å innhente informasjon.

---

<sup>1</sup> <https://www.nytimes.com/2018/03/28/world/africa/us-drone-strike-libya-qaeda.html>, hentet 04.04.18 kl. 23:19

<sup>2</sup> Sivile mister sin beskyttelse når de «... take a direct part in hostilities ...», jf. Tilleggsprotokoll I Art. 51 punkt 3 og Tilleggsprotokoll II Art. 13 punkt 3

<sup>3</sup> [http://www.ctie.monash.edu/hargrave/rpav\\_home.html#Beginnings](http://www.ctie.monash.edu/hargrave/rpav_home.html#Beginnings), hentet 05.04.18 kl. 13:35

<sup>4</sup> <http://www.wrightbrothers.info>, hentet 05.04.18 kl. 14:05

Under konfliktene på Balkan på siste halvdel av 1990-tallet økte bruken av ubemannede fly, mens bevæpnede droner slik vi kjenner dem ble tatt i bruk for første gang i Jemen i 2001.<sup>5</sup>

Temaet er derfor svært aktuelt den dag i dag. The Bureau of Investigative Journalism er en uavhengig medieorganisasjon som driver med folkeopplysning og som arbeider for å holde maktinnehavere ansvarlige for sine handlinger. Siden organisasjonen begynte å loggføre amerikanske droneangrep i Afghanistan, Jemen, Pakistan og Somalia, har USA gjennomført minst 4 737 droneangrep, og mellom 7 361 og 10 677 mennesker har blitt drept. Blant disse er mellom 737 og 1 551 sivile, og mellom 242 og 335 er barn.<sup>6</sup> De store sivile tapene illustrerer at bruken av angrepsdroner også reiser spørsmål om proporsjonalitet. Slingringsmonnet som oppgis skyldes at det er vanskelig å verifisere det nøyaktige antallet angrep og det nøyaktige antallet drepte, da informasjonen organisasjonen mottar fra om dette ulike kilder ofte er ulik. Dette er en faktor som bidrar til at det er vanskelig å skaffe seg det nødvendige grunnlaget for å vurdere om bruken av angrepsdroner i konflikter utgjør et brudd på internasjonal rett.

## 1.1 Tema og problemstilling

«Den økte dronebruken har medført en omfattende debatt om hvorvidt de juridiske og etiske rammene for krigføring og maktbruk er hensiktsmessige og tilstrekkelige, og særlig om denne bruken av ubemannede fly bryter med internasjonal akseptert jus,» skriver Gjert Lage Dyndal i en artikkel i Sikkerhetspolitisk bibliotek publisert av Den norske Atlanterhavskomiteé.<sup>7</sup>

Debatten er ikke bare omfattende, men vedvarende. Det er en konsekvens av den vedvarende bruken av ubemannede fly, som ser ut til å tilta i omfang. USA gjennomførte i 2017 dobbelt så mange droneangrep i Somalia som i 2016 og tre ganger så mange droneangrep i Jemen som i 2016. I Afghanistan nærmer antallet droneangrep i året seg antallet som ble gjennomført hvert år fra 2009 til og med 2012, som har vært toppårene. Også i Pakistan gjennomførte USA flere droneangrep i 2017 enn i 2016.<sup>8</sup> Den globale motstanden mot USAs dronebruk hadde også tiltatt sist Pew Research Center gjennomførte en undersøkelse hvor dette var tema. Da

---

<sup>5</sup> Fremveksten av autonome droner – påvirkning på «krigføringen» og problemstillinger for videre debatt, Oberst Gjert Lage Dyndal, Sikkerhetspolitisk bibliotek 2-2015, Den norske Atlanterhavskomiteé s. 3

<sup>6</sup> <https://www.thebureauinvestigates.com/projects/drone-war>, hentet 05.04.18 kl. 14:17

<sup>7</sup> Fremveksten av autonome droner – påvirkning på «krigføringen» og problemstillinger for videre debatt, Oberst Gjert Lage Dyndal, Sikkerhetspolitisk bibliotek 2-2015, Den norske Atlanterhavskomiteé s. 3

<sup>8</sup> <https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2017-12-19/counterrorism-strikes-double-trump-first-year>, hentet 30.04.2018 kl. 15:20

svarte over halvparten av de spurte i 37 av 44 land at de var motstandere av USAs bruk av angrepsdroner. Bare i USA, Israel og Kenya var over halvparten av de spurte positive.<sup>9</sup>

Problemstillingen i denne oppgaven er under hvilke omstendigheter angrepsdroner kan benyttes og når sivile er legitime mål for angrepsdroner. Under dette vil jeg behandle spørsmål om staters adgang til bruk av makt, spørsmål om hva som utgjør å ta «... direct part in hostilities» og spørsmål om proporsjonalitet, som er særlige spørsmål bruken reiser.

Noen av disse spørsmålene er tidligere behandlet i «Folkerettslige utfordringer ved bruk av væpnede droner», en stor masteroppgave innlevert ved Universitetet i Tromsø våren 2014,<sup>10</sup> en oppgave jeg har valgt å la meg inspirere av ved valg av tittel på min egen oppgave.

## 1.2 Begrepsavklaring

Temaet for oppgaven faller utenfor de fleste rettsområder folk er kjent med, og har dessuten et stort innslag av teknologi og militære termer. Innledningsvis er det derfor nødvendig med noen avklaringer. At det er viktig å være oppmerksom på terminologien man bruker, har Gjert Lage Dyndal påpekt i «Fremveksten av autonome droner – påvirkning på «krigføringen» og problemstillinger for videre debatt», hvor han skriver at «I alle diskusjoner og artikler om ubemannede fly er det hensiktsmessig med en klargjøring av hva man legger i de mange begreper om teknologien som nyttes. Som Camilla Serck-Hanssen og Jacob Thomas Staib i Etisk Råd for Forsvarssektoren har uttalt står valg av terminologi sentralt i debatten.»<sup>11</sup>

Dyndal bruker i sin artikkel betegnelsen ubemannede fly eller fjernstyrte fly, som tilsvarer Unmanned Aerial Vehicle (UAV) internasjonalt, for å illustrere at det er tale om et fly som styres av en pilot eller operatør som vanligvis befinner seg i et operasjonssenter på bakken, og for å understreke at flyet ikke styrer seg selv, men at det styres av en person. Dyndal viser også til begrepet Unmanned Aerial System (UAS), som har det samme meningsinnholdet som

---

<sup>9</sup> <http://www.pewglobal.org/2014/07/14/global-opposition-to-u-s-surveillance-and-drones-but-limited-harm-to-americas-image/>, hentet 30.04.2018 kl. 15:34

<sup>10</sup> <https://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/7558/thesis.pdf?sequence=1>, hentet 05.04.2018 kl. 15:12

<sup>11</sup> Fremveksten av autonome droner – påvirkning på «krigføringen» og problemstillinger for videre debatt, Oberst Gjert Lage Dyndal, Sikkerhetspolitisk bibliotek 2-2015, Den norske Atlanterhavskomite s. 4

UAV, men som også inkluderer flyene i seg selv, systemene som sørger for at piloten eller operatøren kan kommunisere med flyet og gi det beskjeder, og piloten eller operatøren selv.<sup>12</sup>

Internasjonalt brukes begrepet Remotely Piloted Aircraft (RPA) i stadig større grad, etter at The International Civil Aviation Organization (ICAO), som regulerer internasjonal luftfart, gikk inn for å bruke dette begrepet. Man kan derfor omtale de ubemannede flyene som både UAV og RPA, mens UAS også inkluderer den nødvendige infrastrukturen og operatøren.

De overnevnte begrepene er alle gode begreper i kraft av at de fanger opp at selv om de ubemannede flyene er det viktigste aspektet å fremheve når en taler om droner, så er man avhengige av flere ledd enn bare selve flyet for å kunne operere en drone. Svakheten ved disse begrepene er at de kan fremstå i overkant tekniske. I denne oppgaven er det hvordan dronene benyttes – i hvilke situasjoner og mot hvem – som er de mest sentrale spørsmålene, ikke dronenes militære kapasitet eller hvem det er som sitter bak spakene og er ansvarlig for beslutningene som fattes. Jeg har derfor valgt å bruke et litt enklere begrep i oppgaven.

Innledningsvis har jeg brukt begrepet «angrepsdroner» om det som vanligvis kun omtales som «droner». Jeg deler Dyndals oppfatning av at begrepet «drone» oppfattes som noe som ikke er under menneskers kontroll.<sup>13</sup> Det kan forklare hvorfor begrepet har blitt populært i media og blant folk flest. Det er et begrepet som får frem at menneskets rolle ikke er like fremtredende som når en pilot er om bord i et fly og avfyre missiler fra flyet. Årsaken til at jeg bruker begrepet «angrepsdroner», og ikke bare «droner», er for å understreke det store mangfoldet av droner som eksisterer i dag, og at det finnes droner til så vel sivil bruk som til militær bruk.

Droner til militær bruk kan også tjene ulike formål. Overvåkingsdroner bærer ikke våpen, og berører i så måte andre rettslige spørsmål enn det droner som bærer våpen gjør. Når jeg videre i denne oppgaven bruker begrepet «angrepsdroner», så gjør jeg det derfor for å understreke mangfoldet, og for å understreke at det er snakk om droner til militær bruk som bærer våpen.

### 1.3 Metode

---

<sup>12</sup> Fremveksten av autonome droner – påvirkning på «krigføringen» og problemstillinger for videre debatt, Oberst Gjert Lage Dyndal, Sikkerhetspolitisk bibliotek 2-2015, Den norske Atlanterhavskomiteé s. 4-5

<sup>13</sup> Fremveksten av autonome droner – påvirkning på «krigføringen» og problemstillinger for videre debatt, Oberst Gjert Lage Dyndal, Sikkerhetspolitisk bibliotek 2-2015, Den norske Atlanterhavskomiteé s. 5

Folkeretten er et selvstendig rettssystem adskilt fra det norske rettssystemet. Mens de norske rettskildeprinsippene i stor grad er uskrevne, finner vi folkerettens rettskilder i statuttene til The International Court of Justice (heretter ICJ), hvor det heter at ICJ skal benytte seg av «international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; international custom, as evidence of a general practice accepted as law; the general principles of law recognized by civilized nations; subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law».<sup>14</sup>

Fra et formelt ståsted er det som kommer til uttrykk i denne bestemmelsen bare bindende for rettsanvendelsen til ICJ, men bestemmelsen anses likevel for «å gi et alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten, og det blir derfor av sentral betydning å fastlegge dens innhold».<sup>15</sup>

Det er, som det fremgår av bestemmelsen, også innslag av ulovfestet rett i det folkerettslige rettssystemet. Folkerettslig sedvanerett har en objektiv side i form av statspraksis og en subjektiv side i form av at statspraksisen må oppfattes som gjeldende rett. Det som gjør den folkerettslige sedvaneretten spesiell, er at den i utgangspunktet er gjeldende for alle verdens stater. Det har vært stilt spørsmål ved om en stat kan gå fri av forpliktelsene som følger av folkerettslig sedvanerett, men dette er omstridt, og det kan også «... innvendes at statspraksis ikke aksepterer at enkeltstater anser seg ubundet av generelle sedvanerettsregler».<sup>16</sup>

I det folkerettslige rettssystemet eksisterer det et samspill mellom traktater, sedvanerett og alminnelige rettsprinsipper, som er de primære rettskildene folkerettslige domstoler skal basere sine avgjørelser på. Dette samspillet går ut på at sedvaneretten kan være relevant ved tolkning av konvensjoner, da konvensjoner kan innebære en traktatfesting av sedvanerett eller måtte suppleres av sedvanerett. På samme måte kommer dette samspillet til uttrykk ved at konvensjoner og alminnelige rettsprinsipper kan være relevante når sedvaneretten bestemmes.

Reglene om hvordan traktater skal tolkes følger av «The Vienna Convention on the law of treaties (with annex)», som anses for å gi uttrykk for sedvanerett. Prinsippene er langt på vei de samme som i norsk rettskildelære. Traktaten skal tolkes med utgangspunkt i ordlyden, og ved siden av denne må man vektlegge sammenhengen mellom traktatens artikler og traktatens

---

<sup>14</sup> Statute of the International Court of Justice, Article 38 (1) a-d

<sup>15</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 66

<sup>16</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 75-76

formål.<sup>17</sup> Forarbeidet som er gjort før inngåelsen av traktaten og avtaler partene har inngått om hvordan traktaten skal tolkes er et selvstendig tolkningsmoment etter art. 31. Forarbeidet kan også som tolkningsmoment i de tilfeller der ordlyden enten er tvetydig eller uklar.<sup>18</sup> Her skiller heller ikke det folkerettslige rettssystemet seg betydelig fra det norske rettssystemet.

Et utfordrende element i det folkerettslige rettssystemet er mangelen på en lovgivende myndighet. Mens man i det norske rettssystemet kan vektlegge lovgiverviljen når en tar stilling til et rettsspørsmål, eksisterer det ingen tilsvarende myndighet i det folkerettslige rettssystemet. Folkeretten er bygget på suverene staters autonomi. Derfor er det viktig å få klarhet i hva statene har forpliktet seg til gjennom konvensjoner, traktater og andre avtaler. Det er også forklaringen på hvorfor sedvaneretten spiller en betydelig større rolle i det folkerettslige rettssystemet enn i vårt nasjonale rettssystem, da reglene som har oppnådd status som sedvanerett er bindende for statene uavhengig av om de har sluttet seg til dem.

Mens rettskildene i vårt nasjonale rettssystem har ulik rang, som gjør det lettere å avveie spenninger mellom ulike rettskilder, omtales det folkerettslige rettssystemet som et horisontalt rettssystem. Det vil i så fall innebære at det ikke eksisterer et hierarkisk forhold mellom de ulike rettskildene, noe som gjør det utfordrende å avveie spenninger mellom ulike rettskilder. Dette er en noe upresis vurdering av det folkerettslige rettssystemet, all den tid det finnes noen tommelfingerregler som kan bidra til å kartlegge et slags vertikalt system. Det er vanlig i folkeretten å «først se på uttrykkelige reguleringer mellom partene i form av konvensjoner, og slik at sedvaneretten anvendes i fravær av konvensjoner. Alminnelige rettsgrunnsetninger vil bare være relevante dersom en løsning verken finnes i konvensjoner eller i sedvaneretten».<sup>19</sup> Videre vil nye konvensjoner kunne sette gamle konvensjoner til side, mens noe av det som er fastslått i konvensjoner eller traktater kan være uttrykk for sedvanerett eller gjelde universelle plikter og rettigheter, og derfor gjelde for alle stater, ikke bare dem som har ratifisert avtalen.

Folkeretten er også særegen som et resultat av at det er mange politiske føringer som preger tilblivelsen og praktiseringen av det som blir vedtatt i avtaler mellom stater. En konvensjon med mange parter vil normalt være vagere enn for eksempel en bilateral avtale, som vil være langt mer konkret. Ulike land har ulike interesser som følge av ideologiske og økonomiske uenigheter, og det gjør det utfordrende å få stater til å bli enige. Særlig gjelder dette verdens

---

<sup>17</sup> Vienna Convention on the law of treaties (with annex), Article 31

<sup>18</sup> Vienna Convention on the law of treaties (with annex), Article 32

<sup>19</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 67



stormakter. Jo flere stormakter som er med i en traktat, jo større er sjansen for at det skjer brudd på den hele tiden. Det kan da være vanskelig å kartlegge hva statene har forpliktet seg til i en avtale, da slike avtaler kan inneholde mange fine ord, men få reelle forpliktelser.

## 1.4 Avgrensning

Som det fremgår av begrepsavklaringen vil oppgaven ikke berøre de rettslige spørsmålene som sivil bruk av droner til for eksempel hobbyflyging eller nødetatenes bruk av droner reiser. Ei heller vil oppgaven berøre de rettslige spørsmålene bruken av overvåkingsdroner reiser. Denne oppgaven behandler utelukkende rettslige spørsmål som knytter seg til bruken av droner som bærer våpen, som jeg videre i oppgaven omtaler som «angrepsdroner». Den behandler heller ikke konsekvenser av folkerettsbrudd, kun hva som utgjør folkerettsbrudd.

# 2 Utgjør bruken av angrepsdroner i seg selv et brudd på internasjonal rett

«I krig og kjærlighet er alt tillatt,» heter det i Cervantes' Don Quijote, romanen om «ridderen av den bedrøvelige skikkelse» ved samme navn. Det stemmer kanskje for kjærlighet, men det stemmer ikke for krig. Allerede da den andre Haag-konvensjonen ble vedtatt i 1899 ble det oppstilt regler for krigføring. Da var reglene kun bindende for partene, men reglene som kom til uttrykk i konvensjonen er i dag å anse som folkerettslig sedvanerett. Det ble slått fast at «the right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited», altså at det er begrensninger for hvordan man kan føre krig.<sup>20</sup> Det ble i Haagkonvensjonen dessuten oppstilt flere klare forbud som krigførende parter må innrette seg etter. Konvensjonen slår blant annet fast at det ikke er tillatt å «employ poison or poisoned arms», «kill or wound an enemy who, having laid down arms, or having no longer means of defence, has surrendered at discretion», «employ arms, projectiles, or material of a nature to cause superfluous injury».<sup>21</sup>

Spørsmålet er om bruken av angrepsdroner i seg selv utgjør et brudd på internasjonal rett.

---

<sup>20</sup> Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, July 29, 1899, Article 22

<sup>21</sup> Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, July 29, 1899, Article 23

## 2.1 Tilleggsprotokoll I Artikkel 36

Reglene som først ble nedfelt i den andre Haagkonvensjonen i 1899 er senere videreutviklet. En lovfestet plikt til å vurdere om nye våpen utgjør et brudd på internasjonal rett fremgår nå av Genèvekonvensjonene, som sier at «In the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party».<sup>22</sup>

En naturlig språklig forståelse av artikkelen tilsier at det ikke bare er våpen som omfattes av artikkelen, men at den også gjelder annet krigsmateriale og selve måten man fører krig på, jf. ordlyden «... a new weapon, means or method of warfare ...». En naturlig språklig forståelse tilsier videre at det er en løpende vurdering som skal foretas før våpenet, krigsmaterialet eller måten å føre krig på blir tatt i bruk, jf. ordlyden «... the study, development, acquisition or adoption of ...». En skal vurdere om, her våpenet, på noen måte bryter med internasjonal rett etter Genèvekonvensjonene eller eventuell annen internasjonal rett som er bindende for de kontraherende partene, jf. ordlyden «... in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party».

Justin McClelland skriver om ordlyden «... a new weapon, means or method of warfare ...» i en artikkel i *International Review of the Red Cross* at «means» og «methods of warfare» er to kriterier som i praksis kan leses sammen, og at de dermed ikke bare inkluderer utstyr som det vil være vanlig å definere som våpen, men også utstyr som har en direkte påvirkning på den offensive stridskapabiliteten til de væpnede styrkene utstyret tilhører. McClelland påpeker at det derimot er viktig å skille mellom «equipment and its use» og «the tactics, techniques and procedures adopted by armed forces», da taktikk, teknikk og prosedyrer som væpnede styrker bruker dekker mange områder, og at ikke alle disse er tilknyttet bruk av våpen, metoder eller form for krigføring, men heller utgjør et rammeverk med grenser for hvordan det er man kan utføre operasjoner på bakken. Artikkel 36 dekker ifølge McClelland ikke disse aspektene.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977, Article 36

<sup>23</sup> The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I, Justin McClelland, *International Review of the Red Cross*, June 2003, Vol. 85, No 850

At vurderingen som skal foretas er en løpende vurdering til våpenet blir tatt i bruk blir enda klarere om man ser Artikkel 36 i sammenheng med en annen artikkel i Tilleggsprotokoll I, som fastslår at de kontraherende parter og konfliktens parter ved en eventuell væpnet konflikt skal sørge for at «legal advisers» er tilgjengelige når det er nødvendig, så de kan gi militære kommandører råd om «... the appropriate level on the application of the Conventions and this Protocol and on the appropriate instruction to be given to the armed forces on this subject».<sup>24</sup>

ICRC skriver i sin kommentar at Artikkel 36 innebærer at de kontraherende partene har påtatt seg en plikt til å vurdere om et nytt våpen kan utgjøre et brudd på internasjonal lov. Denne vurderingen er ikke begrenset til de reglene som fremgår av Tilleggsprotokoll I. Partene skal også vurdere om et nytt våpen kan bryte med «any other applicable rule of international law». Om grunnlaget denne vurderingen skal foretas på, skriver ICRC at «The determination is to be made on the basis of normal use of the weapon as anticipated at the time of evaluation».<sup>25</sup>

Det er altså ikke bare reglene nedfelt i Tilleggsprotokoll I, men også internasjonal sedvanerett som er målestokken når en vurderer om det vil utgjøre et brudd på internasjonal rett å ta i bruk et nytt våpen. Den viktigste regelen er i så måte regelen om «Weapons of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering», som kommer til uttrykk i Haagkonvensjonen, som er nevnt i resolusjoner fra FNs Generalforsamling, og som stater refererte til i forbindelse med at FN i en resolusjon ba ICJ om å ta stilling til om trusler om bruk av atomvåpen eller bruk av atomvåpen under noen omstendigheter kan være tillatt etter internasjonal rett.<sup>26</sup>

ICJ skriver i sin avgjørelse at det er forbudt å påføre stridende unødig lidelse. Det er følgelig forbudt å benytte seg av våpen som påfører de stridende slik lidelse. Det betyr at stater ikke har ubegrenset frihet til å velge hvilke våpen de ønsker å benytte seg av, skriver ICJ.<sup>27</sup>

## **2.2 Medfører bruk av angrepsdroner «superfluous injury» eller «unnecessary suffering»**

---

<sup>24</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977, Article 82

<sup>25</sup> Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, paragraph 1466

<sup>26</sup> A/RES/49/75, 15 December 1994

<sup>27</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, paragraph 78

Når det så gjelder spørsmålet om hva som utgjør «superfluous injury» eller «unnecessary suffering», og som vil utgjøre brudd på internasjonal rett, skriver ICJ at det er bruk av våpen som gjør større skade enn det som er nødvendig for å oppnå legitime militære målsettinger.<sup>28</sup>

Angrepsdroner i dag, for eksempel USAs MQ-1 Predator- og Reaper-angrepsdroner, er utstyrt med Hellfire-missiler. Missilet er laserstyrt, og kan brukes både som et luft-til-luft-missil eller som et luft-til-bakke-missil, hvilket innebærer at det kan brukes til å angripe mål i luften eller til å angripe mål på bakken. Varianten av missilet som angrepsdronene benytter seg av, Air-to-Ground (AGM)-114, kan utføre presisjonsangrep mot tanks, bygninger og bunkere.<sup>29</sup>

Hellfire-missilene kan utføre presisjonsangrep mot tanks, bygninger og bunkere, og er utvilsomt kraftige missiler. Sammenligner man dem med våpentyper som det senere er blitt forbudt å bruke, innehar de imidlertid én svært viktig egenskap. I 1997 ble «The Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction» vedtatt, en konvensjon som gjorde det forbudt å bruke landminer. I 2008 ble «The Convention on Cluster Munitions» vedtatt, en konvensjon som gjorde det forbudt å bruke klasevåpen. En viktig årsak til at disse to forbudene kom i stand, er at dette er våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile. En landmine utløses av at noen går på utløsermekanismen og kan forbli aktiv lenge etter at konflikten er over, mens klasevåpen frigjøres i luften og sprer seg over et stort område, som gjør det vanskelig å unngå sivile tap. Klasevåpen kan også forbli udetonerte i lang tid etter konflikten er over, og så gå av.<sup>30</sup>

Hellfire-missilene angriper mål som er utpekt ved bruk av laserteknologi eller ved hjelp av varmesøkende teknologi, og rammer derfor i utgangspunktet ikke flere enn de er ment å ramme.<sup>31</sup> Hellfire-missilene er heller ikke våpen som påfører ofrene unødige lidelser før døden inntreffer, slik som for eksempel kjemiske våpen, som medfører «unnecessary suffering». Hvis arbeidet som er gjort med å identifisere mål og forsikre seg om at målene er legitime mål er godt nok gjennomført, vil bruk av Hellfire-missiler, og i forlengelsen av dem bruk av angrepsdroner, da ikke medføre «superfluous injury» eller «unnecessary suffering».

---

<sup>28</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, paragraph 78

<sup>29</sup> <https://www.military.com/equipment/agm-114-hellfire>, hentet 09.04.18 kl. 18:16

<sup>30</sup> <https://snl.no/klasebombe>, hentet 31.05.2018, kl. 16:31

<sup>31</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/AGM-114\\_Hellfire](https://en.wikipedia.org/wiki/AGM-114_Hellfire), hentet 31.05.2018, kl. 16:39

Bruken av angrepsdroner utgjør derfor ikke i seg selv et brudd på internasjonal rett, men situasjonene angrepsdronene benyttes i, og måten de benyttes på, reiser likevel en rekke rettslige spørsmål. Disse spørsmålene skal belyses ytterligere videre i denne oppgaven.

### 3 Bruk av makt

Bruken av angrepsdroner utgjør ikke i seg selv et brudd på internasjonal rett, men bruk av angrepsdroner på andre staters territorium vil utgjøre bruk av makt mot annen stat. Spørsmål om adgangen til bruk av makt, og begrensninger for bruk av makt, har lang juridisk historie og det er disse reglene som avgjør i hvilke situasjoner det er adgang til å bruke angrepsdroner.

Den andre Haag-konvensjonen av 1899 påla statene begrensninger for hvordan man kunne bruke makt, men konvensjonen sa ingenting om adgangen til bruk av makt. Den tredje Haag-konvensjonen av 1907 slo fast at det var adgang til å bruke makt, så lenge en tilstrekkelig advarsel var gitt på forhånd. Advarselen måtte være eksplisitt, i form av en deklarasjon om bruk av makt eller et ultimatum som ville resultere i bruk av makt hvis det ikke ble oppfylt.<sup>32</sup>

Da League of Nations, Folkeforbundet, ble etablert etter første verdenskrig, forsøkte man å begrense adgangen til bruk av makt. I fortalet til pakten, som ble vedtatt på fredskonferansen i Versailles 1919, het det at partene skulle promotere internasjonalt samarbeid og sikre internasjonal fred og sikkerhet ved å forplikte seg til å ikke benytte seg av krigføring.

Folkeforbundets arbeid ledet senere til The General Treaty for the Renunciation of War, kjent som Kellogg-Briand-pakten, hvor partene erklærte at de fordømte krig som virkemiddel for å løse internasjonale disputer, og at de ville avstå fra å bruke krig som politisk virkemiddel.<sup>33</sup>

På 29 år hadde man dermed gått fra å ikke ha noen regler om adgangen til bruk av makt, til å ha en konvensjon hvor stater forpliktet seg til å avstå fra krigføring som et instrument for å utøve sin nasjonale politikk i internasjonale relasjoner. Kellogg-Briand-pakten fikk derimot ikke den effekten Folkeforbundet hadde håpet på. Pakten manglet effektive muligheter til å

---

<sup>32</sup> Convention relative to the Opening of Hostilities (Hague III), October 18, 1907, Article 1

<sup>33</sup> The General Treaty for the Renunciation of War, August 27, 1928, Article 1

sanksjonere eventuelle overtramp, og i årene som fulgte valgte stater å kalle sin bruk av makt for noe annet enn krigføring, for så å hevde at de ikke krenket Kellogg-Briand-pakten.<sup>34</sup>

### **3.1 Bruk av makt etter FN-pakten**

Denne svakheten i ordlyden i Kellogg-Briand-paktens første artikkel tok man senere høyde for da en krigstrøtt verden i 1945 samlet seg for å stifte De forente nasjoner (FN). Det var da maktforbudet slik vi kjenner det i dag ble nedfelt i artikkel 2.4 i FN-pakten, og for å unngå å havne i samme situasjonen som Folkeforbundet gjorde med Kellogg-Briand-pakten, taler FN-pakten heller om bruk av makt enn krigføring som virkemiddel for å utøve nasjonal politikk i internasjonale relasjoner. Alle medlemslandene skal «refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations».<sup>35</sup>

Som hovedregel er en stats bruk av militær makt mot en annen stat følgelig forbudt.

Det finnes to alminnelig anerkjente unntak fra hovedregelen om at en stats bruk av militær makt mot en annen stat er forbudt. I 3.1.1 og 3.1.2 skal jeg redegjøre for disse to unntakene.

#### **3.1.1 Etter autorisasjon av Sikkerhetsrådet**

Første unntak fra hovedregelen om at bruk av makt mot en annen stat er forbudt, er der bruk av makt skjer etter autorisasjon fra FNs Sikkerhetsråd. Finner Sikkerhetsrådet at det eksisterer en trussel mot freden, et brudd på freden eller en aggressiv handling, skal Sikkerhetsrådet komme med anbefalinger til eller avgjøre hvilke tiltak i tråd med Artikkel 41 og Artikkel 42 som skal gjennomføres for å opprettholde eller gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet.<sup>36</sup>

Sikkerhetsrådet har flere virkemidler som ikke innebærer bruk av makt. Disse inkluderer blant annet økonomiske sanksjoner, og brudd på kommunikasjon og diplomatiske relasjoner.<sup>37</sup>

Finner Sikkerhetsrådet at virkemidlene i Artikkel 41 ikke har tilstrekkelig effekt, kan det autorisere at det blir tatt «... such action by air, sea, or land forces ...» som er nødvendig for å

---

<sup>34</sup> International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance, Christopher C. Joyner, Rowman & Littlefield Publishers, 2005, s. 164

<sup>35</sup> Charter of the United Nations Article 2.4

<sup>36</sup> Charter of the United Nations Article 39

<sup>37</sup> Charter of the United Nations Article 41

oppretholde eller gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet, inkludert «... demonstrations, blockade, and other operations by air, sea or land forces of Members of the United Nations».<sup>38</sup>

### **3.1.2 Retten til selvforsvar etter FN-pakten artikkel 51**

Det andre unntaket fra hovedregelen om at en stats bruk av makt mot en annen stat er forbudt, er retten til bruk av makt i selvforsvar, en rett som er nedfelt i Artikkel 51. Den kan påberopes «... if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security».

Artikkel 51 er ansett for å være uttrykk for internasjonal sedvanerett, slår ICJ fast i «Case Concerning the Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua», hvor ICJ skriver i avgjørelsen at Artikkel 51 bare gir mening på det grunnlaget at det eksisterer en naturlig eller permanent rett til selvforsvar, og at denne må være av sedvanerettslig karakter, selv om dens nåværende innhold har blitt «... confirmed and influenced by the Charter.»<sup>39</sup>

#### **3.1.2.1 Når foreligger «an armed attack»**

Bruk av angrepsdroner og annen bruk av makt i selvforsvar forutsetter altså at det foreligger «an armed attack» mot en stat som er medlem av FN, jf. FN-pakten Artikkel 51. Ordlyden i artikkelen gir ikke noe bidrag til forståelsen av hva som er å anse som «an armed attack».

I «Nicaragua v. United States», hvor spørsmålet var om militære og paramilitære aktiviteter utført av USA mot Nicaragua fra 1981 til 1984 utgjorde et brudd på internasjonal rett, taler ICJ om «scale and effects» når den vurderer hva som utgjør «an armed attack», og hva som må anses som mindre, enkeltstående hendelser. ICJ skriver at å sende tradisjonelle væpnede styrker over en landegrense vil innebære «an armed attack», men bemerker at også det å sende væpnede grupper eller leiesoldater som utøver en så stor grad av bruk av makt mot en annen stat at det tilsvarer «an armed attack» gjennomført av tradisjonelle væpnede styrker vil innebære «an armed attack». Domstolen påpeker så at denne beskrivelsen, som også fremgår av «... Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX),» er uttrykk for folkerettslig sedvanerett, jf. avsnitt 195 i dommen.

---

<sup>38</sup> Charter of the United Nations Article 42

<sup>39</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, paragraph 176

ICJ åpner i «Nicaragua v United States» også for at andre handlinger enn bruk av makt kan utgjøre «an armed attack». Domstolen peker på assistanse til opprørere i form av forsyninger med våpen og hjelp med logistikk som en form for assistanse som kan anses som «... a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States».<sup>40</sup>

I «Oil Platforms Case (Iran v United States of America)», som gjaldt angrep mot iranske oljeinstallasjoner i Persiabukten gjennomført av amerikanske styrker, unngikk ICJ spørsmålet om hensikten bak det aktuelle angrepet ved å henvise til at det ikke var mulig å fastslå at en mine som supertankeren SS Bridgeton gikk på 24. juli 1987 ble lagt ut med «... the specific intention of harming that ship, or other United States vessels.»<sup>41</sup> I juridisk teori har det blitt lagt til grunn at med mindre det foreligger klare holdepunkter for det motsatte,<sup>42</sup> så vil man anta at angrepet i seg selv er bevis for at hensikten med å gjennomføre det er å skade.<sup>43</sup>

Avra Constantinou har oppsummert rettstilstanden godt når hun skriver at «an armed attack» innebærer en handling eller en rekke handlinger som innebærer bruk av makt av betydelig omfang og intensitet. Bruken av makt må medføre betydelige ødeleggelser som går utover statens «... people, economic and security infrastructure, destruction of aspects of its governmental authority, ie its political independence, as well as damage to or deprivation of its physical element namely, its territory ...». Bruk av makt som er rettet mot en stats fremste industrielle og økonomiske ressurs, og som medfører en betydelig svekkelse av statens økonomi vil også utgjøre «an armed attack» etter Artikkel 51, slår Constantinou fast.<sup>44</sup>

Når det er tale om «an armed attack» fra en stat er rettstilstanden derfor i stor grad avklart. Der et angrep har ført til betydelige tap av liv eller ødeleggelser på bygninger, infrastruktur, økonomi, eller tap av territorium, er det tale om «an armed attack», jf. FN-pakten Artikkel 51.

### **3.1.2.2 Retten til selvforsvar ved angrep fra en ikke-statlig aktør**

---

<sup>40</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, paragraph 195

<sup>41</sup> Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161, paragraph 64

<sup>42</sup> 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice, Tom Ruys, Cambridge University Press, 2010, s. 167

<sup>43</sup> The Right of Self-defence Under Customary International Law and Article 51 of the United Nations Charter, Avra Constantinou, Ant. N. Sakkoulas, 2000, s. 62

<sup>44</sup> The Right of Self-defence Under Customary International Law and Article 51 of the United Nations Charter, Avra Constantinou, Ant. N. Sakkoulas, 2000, s. 63-64



Det er derimot langt større usikkerhet knyttet til rettsstilstanden der det er en ikke-statlig aktør, for eksempel en terrororganisasjon, angriper en stat. Spørsmålet ble for alvor aktuelt etter terrorangrepene 11. september. Artikkel 51 i FN-pakten taler som nevnt om «an armed attack» mot et medlem av FN, men det er ingenting i ordlyden som tilsier at det er et krav at angrepet må komme fra en annen stat for at retten til selvforsvar etter artikkelen skal utløses.

Det er likevel nærliggende å tro at det var nettopp angrep fra stater som partene hadde i tankene da FN-pakten ble vedtatt, ettersom det på det tidspunktet fortsatt stort sett var stater som hadde væpnede styrker som kunne gjennomføre «an armed attack» mot andre stater, selv om det er vanskelig å forstå at det ICJ har definert som en «iboende» rett til selvforsvar skal være en rett man bare kan benytte seg av hvis man utsettes for angrep fra bestemte aktører.<sup>45</sup>

### **3.1.2.3 Spørsmålet om angrep fra en ikke-statlig aktør må kunne tilskrives en stat**

Før terrorangrepene 11. september virket det dominerende synspunktet å være at dersom det skulle være tale om «an armed attack», så måtte handlinger begått av individer eller grupper kunne tilskrives en stat. Utfordringen var å sette «the standard for attributing responsibility».<sup>46</sup> I «Nicaragua v. United States» slo ICJ fast at angrep gjennomført av «armed bands, groups, irregulars or mercenaries» kunne utgjøre «an armed attack» etter FN-pakten Artikkel 51 og tilskrives en stat dersom staten har «effective» kontroll over dem som utfører angrepet.<sup>47</sup>

United Nations International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, heretter ICTY, var uenig med ICJ angående hvilken grad av kontroll over væpnede styrker som er nødvendig for å kunne tilskrive deres handlinger til en stat, slik at retten til selvforsvar utløses. I ankesaken mot Duško Tadić, skriver ICTY at fordi de bosnisk-serbiske væpnede styrkene utgjorde en militærorganisasjon, krevdes det etter internasjonal rett at jugoslaviske myndigheter hadde total kontroll over styrkene for at deres handlinger skulle kunne tilskrives Jugoslavia.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, paragraph 176

<sup>46</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 256

<sup>47</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, paragraphs 109, 115

<sup>48</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement), IT-94-1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 15 July 1999, paragraph 145

Dette standpunktet kritiserte ICJ i *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Domstolen skriver i avgjørelsen at ICTY ikke var blitt bedt om å ta stilling til spørsmålet om hvilken grad av kontroll over væpnede styrker som er nødvendig for å kunne tilskrive deres handlinger til en stat, og at et spørsmål av en slik karakter heller ikke generelt faller innenfor dens virkeområde, da jurisdiksjonen til ICTY er «... criminal and extends over persons only». ICJ anser seg derfor ikke som bundet av standpunktene til ICTY i spørsmål om generell internasjonal rett som ikke ligger innenfor ICTY sin jurisdiksjon, spørsmål som det ikke alltid er nødvendig å ta stilling til for å avgjøre kriminalsakene som ICTY skal avgjøre, skriver ICJ.

ICJ holder derfor fast ved sitt krav til effektiv kontroll, og bemerker at total kontroll-testen er uegnet fordi den strekker seg for langt, «... almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State's organs and its international responsibility».<sup>49</sup>

Dersom det er en forutsetning at et angrep fra en ikke-statlig aktør kan tilskrives en stat for at det skal være tale om «an armed attack» etter FN-pakten Artikkel 51 som utløser retten til selvforsvar, er spørsmålet altså hvilken grad av tilknytning som er nødvendig. Det er ikke tilstrekkelig at angrepet skjer eller organiseres fra en stats territorium. Dette bemerket ICJ allerede i «*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*», hvor domstolen skriver at man ikke kan konkludere med at en stat nødvendigvis visste om eller burde visst om en ulovlig handling som ble begått der eller at den skulle kjent dem som utførte handlingen på bakgrunn av «... the mere fact of the control exercised by a state over its territory and waters».<sup>50</sup>

Helen Duffy bemerker i «*The 'War on Terror' and the Framework of International Law*» at selv om det som et eksempel etter internasjonal lov kan være forbudt å støtte terrorister i ulik grad, så betyr ikke et slikt forbud nødvendigvis at staten er «... constructively responsible for an armed attack ...» eller at andre stater dermed får en rett til å bruke makt mot staten.<sup>51</sup>

Terrorangrepene 11. september reiste igjen spørsmål om det er nødvendig at det angrep fra en ikke-statlig aktør, i dette tilfellet Al-Qaida, må kunne tilskrives en stat for at det skal være tale om «an armed attack» som utløser retten til selvforsvar etter FN-pakten Artikkel 51. Det er,

---

<sup>49</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, paragraph 406

<sup>50</sup> *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (Merits)*, ICJ Rep. 1949, p. 4

<sup>51</sup> *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 258

som Morten Ruud og Geir Ulfstein skriver, «gode grunner til å hevde at USA hadde rett til selvforsvar etter angrepet 11. september,» på bakgrunn av «... ordlyden i art. 51 og behovet for å forsvare seg mot angrepet, siden Taliban-regimet i Afghanistan hadde et nært samarbeid med og støttet terroristorganisasjonen Al-Qaida».<sup>52</sup> De viser til at Sikkerhetsrådet i resolusjon 1368 (2001) koblet terroristangrep og retten til selvforsvar sammen, og at det blant verdens stater var en bred oppslutning om at angrepet utløste en rett til selvforsvar USA kunne bruke.

Men selv om en rekke anklager altså ble rettet mot Taliban-regimet i Afghanistan, så ble «... the case for its legal responsibility for the 9/11 attacks ... never made out in terms by the states seeking to engage in military action in Afghanistan».<sup>53</sup> Storbritannias daværende statsminister, Tony Blair, sa i en tale den 7. oktober 2001, etter at Storbritannia hadde startet sine angrep mot Afghanistan at Al-Qaida ble støttet av Taliban-regimet i Afghanistan,<sup>54</sup> men han sa aldri at Taliban-regimet hadde «effective» eller «overall» kontroll over Al-Qaida, de to alternative kriteriene som har vært nevnt i diskusjonen om hvilken grad av kontroll som kreves for at angrep fra en ikke-statlig aktør er «an armed attack» som kan tilskrives en stat.

Duffy skriver at på bakgrunn av den informasjonen som er tilgjengelig for offentligheten, er det mulig å stille spørsmål ved om Taliban-regimet hadde tilstrekkelig makt over og autoritet i relasjon til Al-Qaida til å tilfredsstille graden av kontroll som kreves for at handlinger begått av ikke-statlige aktører kan tilskrives en stat.<sup>55</sup> Bevisbyrden for at en slik tilknytning foreligger vil da normalt ligge på dem som hevder at det foreligger en slik forbindelse mellom den ikke-statlige aktøren og staten, men statene som angrep Afghanistan avstod fra å gjøre dette.<sup>56</sup>

Spørsmålet er om det at man ikke anså det som viktig å bevise at Taliban-regimet hadde kontroll over Al Qaida innebærer en endring i rettstilstanden, og at angrep fra ikke-statlige aktører uten tilknytning til en stat også kan anses som «an armed attack» etter Art. 51. Dette er et spesielt viktig spørsmål, da bruken av angrepsdroner historisk som regel har funnet sted som svar på angrep fra ikke-statlige aktører med varierende grad av tilknytning til en stat.

---

<sup>52</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 197

<sup>53</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 296

<sup>54</sup> <http://edition.cnn.com/2001/WORLD/europe/10/07/gen.blair.speech/>, hentet 02.05.18 kl. 21:42

<sup>55</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 296

<sup>56</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 296-297

ICJ gjentok i «Israeli Wall Advisory Opinion» standpunktet domstolen inntok i «Nicaragua v. United States». Domstolen skriver at Artikkel 51 anerkjenner en iboende rett til selvforsvar der en stat gjennomfører et væpnet angrep mot en annen stat, og påpeker da nødvendigheten av at et angrep må kunne tilskrives en stat for at det skal være tale om «an armed attack».<sup>57</sup>

ICJ fulgte senere opp i «Armed Activities on the Territory of the Congo», hvor domstolen skriver at det ikke forelå bevis for at myndighetene i DR Kongo var involvert i angrepene, verken direkte eller indirekte.<sup>58</sup> Domstolen avstår fra å ta stilling til om kravene for kontroll over væpnede grupper var oppfylt, og viser til «Nicaragua v. United States of America».<sup>59</sup>

Det er verdt å merke seg at begge dommene ble avsagt under dissens. I sin dissens til «Armed Activities on the Territory of the Congo» skriver dommer Koojimans at ICJ i denne avgjørelsen beskriver et fenomen som i dagens internasjonale relasjoner har blitt like vanlig som terrorisme, nemlig at myndighetene i en stat tilnærmet ikke har noe kontroll over hele eller deler av statens territorium. Koojimans er av den oppfatning at dersom «armed attacks» gjennomføres mot en annen stat fra slike områder, så er det fortsatt tale om «armed attacks», selv om angrepene ikke kan tilskrives staten de kommer fra. Koojimans mener at «It would be unreasonable to deny the attacked State the right to self defence merely because there is no attacker State ...». Det er heller ikke et krav ordlyden i FN-pakten oppstiller, skriver han.<sup>60</sup>

Dommer Simma peker på det samme i sin dissens i samme sak, hvor han skriver at en så innskrenkende tolkning av Artikkel 51 i FN-pakten nok i lang tid har reflektert det gjeldende synet på selvforsvarsretten i internasjonal rett, men at synspunktet bør revurderes i lys av den senere tids utvikling, «... not only in State practice but also with regard to accompanying opinio juris ...».<sup>61</sup> Dommer Simma slutter seg og til dommer Koojimans nevnte synspunkter.

Både dommer Koojimans og dommer Simma skriver om den senere tids utvikling. Et annet oppsiktsvekkende trekk ved «Israeli Wall Advisory Opinion» og «Armed Activities on the Territory of the Congo», er at de to avgjørelsene ikke tar høyde for resolusjonene som

---

<sup>57</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, paragraph 139

<sup>58</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, paragraph 146

<sup>59</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, paragraph 160

<sup>60</sup> (Congo v Uganda) Separate Opinion of Judge Koojimans, paragraph 30

<sup>61</sup> (Congo v Uganda) Separate Opinion of Judge Simma, paragraph 11

Sikkerhetsrådet har vedtatt etter 11. september. Sikkerhetsrådet viser til retten til selvforsvar i fortalen til både den allerede nevnte resolusjon 1368 (2001) og i resolusjon 1373 (2001).

Helen Duffy skriver at staters etterfølgende praksis, selv om den ikke er unison, tilsynelatende også støtter det synet at retten til selvforsvar etter FN-pakten Art. 51 kan påberopes der en stat angripes av en terrororganisasjon, uavhengig av om angrepet kan tilskrives en stat eller ikke, og viser til at spørsmål om ikke-statlige aktørers tilknytning til en stat ikke ble behandlet som «a defining question» da Israel og Tyrkia ønsket å benytte seg av retten til selvforsvar i Art. 51 for å angripe ikke-statlige grupper i henholdsvis Libanon i 2006 og i Nord-Irak i 2008.<sup>62</sup>

Det er rom for alternative tolkninger, særlig i lys av at majoriteten av ICJ-dommerne fortsatt tolker Artikkel 51 innskrenkende, men det virker som at den nåværende rettstilstanden best oppsummeres i «Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law», hvor forfatterne Nico Schrijver og Larissa van den Herik skriver at «...It is now well accepted that attacks by non-state actors, even when not acting on behalf of a state, can trigger a state's right of individual and collective (upon request of the victim state) self-defence».<sup>63</sup>

Konklusjonen er at det har skjedd en endring i rettstilstanden som innebærer at angrep fra ikke-statlige aktører uten tilknytning til en stat kan anses som «an armed attack» etter Art. 51.

### **3.1.2.4 Begrensninger i retten til selvforsvar etter FN-pakten Art. 51**

Det er kun én begrensning i retten til selvforsvar som følger direkte av Artikkel 51. Retten til selvforsvar kan bare utøves «... until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security». Formuleringen er et resultat av det Ruud og Ulfstein beskriver som «den idealistiske idé bak FN-pakten». Ideen var at «... internasjonal maktanvendelse til opprettholdelse av fred og sikkerhet skulle forbeholdes FN». Slik har det, som Ruud og Ulfstein bemerker, ikke blitt, og realiteten i dag er derfor en ganske annen.<sup>64</sup>

Én av de viktigste årsakene til dette er at de fem faste medlemmene i Sikkerhetsrådet – USA, Russland, Storbritannia, Frankrike og Kina – alle har en vetorett.<sup>65</sup> Som alt nevnt i 1.3 har

---

<sup>62</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 257-258

<sup>63</sup> Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law, Nico Schrijver and Larissa van den Herik, 1 April 2010, paragraph 38

<sup>64</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 198

<sup>65</sup> <http://www.un.org/en/sc/meetings/voting.shtml>, hentet 28.05.2018, kl. 19:05

ulike land som et resultat av ideologiske og økonomiske forskjeller ulike interesser de ønsker å ivareta. Stormaktenes absolutte vetorett har ført til at Sikkerhetsrådet ofte ikke har maktet å iverksette effektive tiltak. Det er heller ikke en selvfølge at FN-medlemmer følger eventuelle pålegg fra Sikkerhetsrådet. Under Falklandskrigen i 1982 vedtok Sikkerhetsrådet resolusjon 502 (1982). Den gikk ut på at argentinske styrker skulle trekkes tilbake, men ble ikke fulgt. Det følger også av ordlyden i Art. 51 at retten til selvforsvar gjelder frem til Sikkerhetsrådet har truffet «... measures necessary maintain international peace and security,» som derfor innebærer at et handlingslammet Sikkerhetsråd vil medføre at retten til selvforsvar er i behold.

Da ordlyden i Artikkel 51 ikke gir noen veiledning når det gjelder hvor omfattende bruk av makt i selvforsvar som er tillatt, eller hvor lenge man kan bruke makt i selvforsvar, må man supplere med folkerettslig sedvanerett. I «Nicaragua v. United States» påpeker ICJ at det fremgår av folkerettslig sedvanerett at kun den bruk av makt som er proporsjonal med det væpnede angrepet man har blitt utsatt for, og nødvendig for å svare på angrepet, er lovlig.<sup>66</sup> Domstolen har vist til denne avgjørelsen ved senere anledninger, som i Atomvåpensaken.<sup>67</sup>

At bruken av makt i selvforsvar må være proporsjonal med det væpnede angrepet man har blitt utsatt for, og nødvendig for å svare på angrepet, innebærer at man ikke kan bruke makt i selvforsvar som et påskudd til å nå andre mål. Man må holde seg innenfor de rammene en kan si at det forutgående angrepet trekker opp, og ikke gå utover dem. Ruud og Ulfstein viser til Gulf-krigen som et eksempel, og bemerker at dersom den allierte militæraksjonen hadde fortsatt med det siktemål å styrte Iraks president Saddam Hussein, «... ville den fort kunne blitt tvilsom i forhold til selvforsvarsretten.<sup>68</sup> Jeg deler deres synspunkt i denne saken.

### **3.1.2.5 Rett til preventivt selvforsvar**

Det er ikke uvanlig at selvforsvarsretten benyttes for å rettfærdiggjøre militæraksjoner som tilsynelatende gjennomføres i første rekke for å forebygge fremtidige angrep. Dette beskrives som preventivt selvforsvar, og debatten om hvorvidt det er lovlig eller ikke, ble aktualisert i forbindelse med at USAs daværende president George W. Bush lanserte «Bush-doktrinen» i

---

<sup>66</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, paragraph 176

<sup>67</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, paragraph 41

<sup>68</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 201

2002. I en tale han holdt til kadettene ved USAs militærakademi i West Point, sa han at USAs sikkerhet var avhengig av at man var klar for å gjennomføre «... preemptive action ...». <sup>69</sup>

FN-pakten Artikkel 51 synes å forutsette at en slik rett ikke eksisterer, all den tid det er «an armed attack» som utløser retten til selvforsvar. Det er også betenkelig å akseptere en rett til preventivt selvforsvar, da man kan skape en mulighet for å legitime bruk av makt før alle andre alternativer er utredet. <sup>70</sup> «Bush-doktrinen» har dessuten blitt møtt med stor skepsis internasjonalt. Da USA argumenterte for at de benyttet seg av preventivt selvforsvar, blant andre rettslige grunnlag, i Irak, ble man møtt med motstand fra blant annet Frankrike. <sup>71</sup>

Mangelen på internasjonal aksept er et argument for at USAs oppfatning av retten til preventivt selvforsvar inntil videre ikke vil ha nevneverdig innvirkning på internasjonal rett. Jeg deler Ruud og Ulfsteins syn, at den dominerende oppfatningen internasjonalt derfor virker å være at retten til preventivt selvforsvar er svært begrenset, og at den bare kan benyttes for å avverge et umiddelbart forestående væpnet angrep, etter at alle alternativer er forsøkt brukt. <sup>72</sup>

## **3.2 Bruk av makt der en stat samtykker**

Dersom en eventuell bruk av angrepsdroner ikke er autorisert av Sikkerhetsrådet, og ikke finner sted i selvforsvar etter FN-pakten Artikkel 51, vil den utgjøre et brudd på Artikkel 2.4.

Unntaket fra dette er dersom staten hvor den aktuelle bruken av angrepsdroner finner sted har samtykket til denne bruken. Dette er en rett statene har i kraft av prinsippet om staters autonomi. Dette spørsmålet er særlig aktuelt i forbindelse med bruken av angrepsdroner, da grunnlaget for selvforsvar som nevnt over kan trekkes i tvil. En annen årsak til at dette spørsmålet er særlig aktuelt i forbindelse med bruken av angrepsdroner, er at det kan være uklart om staten hvor angrepene mot de ikke-statlige aktørene utføres har samtykket til angrepene som gjennomføres eller ikke. Dette kan det ofte være vanskelig å få klarhet i.

Duffy beskriver denne problemstillingen godt når hun skildrer USAs drap på Osama bin Laden, selv om angrepsdroner ikke ble brukt i dette angrepet. Natt til 2. mai 2011 angrep 25

---

<sup>69</sup> <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/06/print/20020601-3.html>, hentet 31.05.2018, kl. 15:01

<sup>70</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 198

<sup>71</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 342

<sup>72</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 198

amerikanske spesialsoldater en eiendom i Abbottabad i Pakistan, hvor bin Laden, familien, og livvaktene hans hadde søkt tilflukt. Spesialsoldatene skjøt og drepte bin Laden og fire andre.<sup>73</sup>

Duffy skriver at «The facts surrounding Pakistani-US relations, and specifically what the Pakistani state knew, authorised, or forbade, are almost as murky as those in relation to the covert operation itself».<sup>74</sup> I en pressemelding som ble publisert få dager etter aksjonen, skriver pakistanske myndigheter at selv om den anerkjenner at bin Ladens død er en viktig milepæl i kampen mot terrorisme, og pakistanske myndigheter og dens statlige institusjoner har forsøkt å få stilt ham for retten, var det ingen i Pakistans sivile eller militære ledelse som hadde noen kunnskaper om den amerikanske operasjonen utført mot Osama bin Laden 2. mai 2011.<sup>75</sup>

På bakgrunn av denne uttalelsen, samt at amerikanske myndigheter uttalte at de ikke tok kontakt med pakistanske myndigheter før de amerikanske soldatene og helikoptrene hadde forlatt Pakistans luftrom,<sup>76</sup> virker det klart at pakistanske myndigheter ikke ble informert av USA om den forestående operasjonen, og at pakistanske myndigheter ikke ble konsultert.

Til syvende og sist blir det derfor et spørsmål om det forelå samtykke, autorisasjon eller godkjenning, enten implisitt eller eksplisitt, enten i forkant av operasjonen eller «... “ex post facto”<sup>77</sup>». <sup>78</sup> At land som regel er motvillig til å gi fra seg informasjon om hva man vet og ikke vet om nærstående og pågående operasjoner mot ikke-statlige aktører, betyr at det kan være svært vanskelig å vurdere om staten hvor angrepet finner sted har samtykket til et angrep før det finner sted. Ordvekslingen mellom Pakistan og USA over tilsier at det er gode grunner til å tolke det slik at mangel på kritikk, eller mangel på generelle uttalelser om lovligheten av angrep fra staten hvor bruken av angrepsdroner finner sted, er å sidestille med et samtykke.

---

<sup>73</sup> <http://www.bbc.com/news/world-south-asia-13257330>, hentet 28.05.2018, kl. 19:02

<sup>74</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 753

<sup>75</sup> Death of Osama bin Ladin – Respect for Pakistan’s Established Policy Parameters on Counter Terrorism, press statement by the Government of Pakistan, PR. No. 152/2011, <http://www.mofa.gov.pk/pr-details.php?mm=OTk1>, hentet 02.05.2018, kl. 22:47

<sup>76</sup> Press Briefing by Press Secretary Jay Carney and Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism John Brennan, 5/2/2011, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/05/02/press-briefing-press-secretary-jay-carney-and-assistant-president-homela>, hentet 02.05.2018, kl. 23:19

<sup>77</sup> Ex post facto er et uttrykk som betyr at etterfølgende samtykke endrer de rettslige konsekvensene av en handling. I dette tilfellet vil et slikt samtykke bety at det som var ulovlig bruk av makt blir lovlig bruk av makt

<sup>78</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2<sup>nd</sup> edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 753



Det er likevel problematisk å anlegge dette perspektivet, da det vil innebære at man omgår begrensningene i bruken av makt som ligger nedfelt i FN-pakten Artikkel 51, hvor bruken av makt er ment å skulle opphøre når Sikkerhetsrådet har fattet «measures necessary to maintain international peace and security» eller når vilkårene for bruk av makt i selvforsvar ikke lenger foreligger. Det åpner i teorien for at man, så lenge man følger reglene nedfelt i internasjonal humanitærrett, kan jakte på ikke-statlige aktører på ubegrenset tid. Det er det allerede mulig å hevde at en stat som USA gjør, når retten til selvforsvar fortsatt brukes som begrunnelse.<sup>79</sup>

Hemmelighold som dette, eller det faktum at kommunikasjon, inkludert eventuell kritikk og irettesettelser, finner sted i det stille, er en naturlig del av samarbeidet mellom stater i kampen om å bekjempe ikke-statlige aktører som terrororganisasjoner. Som nevnt i 1.3 er folkerettens særegenhet et resultat av at det er mange politiske føringer som preger tilblivelsen og praktiseringen av det som vedtas i avtaler mellom stater. Dette er et godt eksempel på det.

## 4 Sivile som legitime mål i væpnet konflikt

Etter å ha kartlagt under hvilke omstendigheter angrepsdroner kan benyttes, så er spørsmålet når sivile er legitime mål for angrepsdroner. For å besvare det spørsmålet må en først ta stilling til hva slags type konflikt det er angrepsdronene benyttes i. Det er viktig å skille mellom forskjellige typer konflikter, all den tid det er ulike regelsett som regulerer ulike konflikter. Dersom det foreligger en væpnet konflikt, så reguleres den av internasjonal humanitærrett, enten det er tale om en internasjonal eller en ikke-internasjonal væpnet konflikt.<sup>80</sup> Reglene om opptreden under krig og væpnet konflikt kalles også «jus in bello».

Tidligere var terskelen for å si at det forelå krig mellom to stater ganske høy, og ofte ble avgjørende vekt lagt på hvilken hensikt de stridende parter hadde, og hvordan de stridende partene selv betegnet den aktuelle konflikten.<sup>81</sup> Det må mer til enn enkeltstående episoder eller begrensede fiendtligheter for å anse en konflikt som krig i folkerettslig forstand. Ruud og

---

<sup>79</sup> <https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-northwestern-university-school-law>, hentet 31.05.2018, kl. 21:39

<sup>80</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) Art. 51 regulerer når sivile er legitime mål i en internasjonal væpnet konflikt, mens Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) regulerer en ikke-internasjonal væpnet konflikt

<sup>81</sup> Magne Frostad analyserer krigsbegrepet i «Folkerettens krigsbegrep», Lov og Rett 06/10 s. 344-362

Ulfstein nevner trefninger på grensen mellom India og Kina høsten 1962, samt episoder mellom India og Pakistan i den betente Kashmir-regionen som eksempler på episoder hvor terskelen for å si at det forelå krig i folkerettslig forstand ikke ble ansett å være nådd.<sup>82</sup>

## 4.1 Når foreligger «an armed conflict»

I dag slår Genèvekonvensjonen fast at konvensjonen gjelder i «all cases of declared war» ... eller «any other armed conflict» mellom to eller flere av konvensjonens kontraherende parter.<sup>83</sup> Det tradisjonelle folkerettslige krigsbegrepet er satt til side for et bredere begrep, som ikke lenger tillegger partenes hensikter like stor vekt som tidligere. Hva som er å anse som en «armed conflict» er ikke definert i Genèvekonvensjonen eller andre traktater, men ICTY slo i «Prosecutor v. Tadic» fast at en «armed conflict» foreligger når det finner sted bruk av væpnet makt mellom stater, eller forlenget bruk av væpnet vold mellom statlige myndigheter og organiserte grupper eller mellom slike grupper innad i en stat,<sup>84</sup> en akseptert definisjon.

Spørsmålet om hvorvidt en «armed conflict» foreligger er en faktabasert vurdering fremfor en vurdering full av juridiske teknikaliteter.<sup>85</sup> I denne vurderingen skal man ikke legge noen vekt på om det foreligger en krigserklæring, eller om partene anerkjenner at de er i krig. Hvorvidt den ene parten anerkjenner den andre parten er heller ikke relevant i denne faktabaserte vurderingen, som saken «Prosecutor v. Ljube Boskoski, et al.» fra 2008 illustrerer.

I «Prosecutor v. Ljube Boskoski, et al.» mente makedonske myndigheter at den aktuelle gruppen det var snakk om var en «terrororganisasjon», mens ICTY konkluderte med at gruppen var part i en væpnet konflikt.<sup>86</sup> Tilsvarende bemerket FNs «Commission of Inquiry on Lebanon» at Israels definisjon av Hizbollah som en terrororganisasjon ikke hadde noen innvirkning på spørsmålet om hvorvidt det faktisk forelå en væpnet konflikt eller ikke.<sup>87</sup>

Det er ofte politiske årsaker bak hvorfor bestemte grupper defineres som terrororganisasjoner og andre ikke, og denne merkelappen brukes også for å skape et tydelig fiendebilde, og en

---

<sup>82</sup> Innføring i folkerett, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 4. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 251

<sup>83</sup> Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces the Field

<sup>84</sup> Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, ICTY Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, paragraph 70

<sup>85</sup> Christopher J. Greenwood, Scope of Application of Humanitarian Law, p. 42, The Handbook of International Humanitarian Law (2<sup>nd</sup> edition), Dieter Fleck (editor), Oxford University Press, 2008

<sup>86</sup> Prosecutor v. Ljube Boskoski, et al., Case No. ICTY IT-04-82-T, Judgement, 10 July 2008

<sup>87</sup> Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, 23 November 2006, UN Doc. A/HRC/3/2, para. 8, 9, 57, 62

tanke om oss mot dem. En politisk leder som er opptatt av å beholde sin makt vil gjerne være mer enn tilbøyelig til å definere en opprørsgruppe som en terrororganisasjon, uten at noen med et objektivt blikk på saken nødvendigvis ville brukt det samme begrepet. Merkelapper som denne er derfor ikke relevante når en skal fastslå om det foreligger en væpnet konflikt.<sup>88</sup>

## **4.2 Internasjonal eller ikke-internasjonal væpnet konflikt**

En internasjonal væpnet konflikt foreligger altså når det er «a resort to armed force between States», men det kan være svært utfordrende å slå fast om den aktuelle væpnede konflikten er en internasjonal væpnet konflikt, eller om det er tale om «protracted armed violence between governmental authorities and organized groups or between such groups within a State», og derfor en ikke-internasjonal væpnet konflikt. Helen Duffy bruker Libanon-konflikten i 2006 som et eksempel på hvor vanskelig det kan være å sette disse konfliktene i riktig bås.

I den konflikten brukte Israel primært makt mot Hizbollah, som befant seg på en annen stats territorium. Noen var derfor av den oppfatning av Israels bruk av makt mot Hizbollah på Libanons territorium innebar at det var tale om en internasjonal væpnet konflikt. Andre mente at fordi bruken av makt ikke var rettet mot en stat, men en ikke-statlig aktør, så innebar det at det var tale om en transnasjonal ikke-internasjonal væpnet konflikt. Det fantes også dem som mente at det var tale om både en internasjonal væpnet konflikt mellom Israel og Libanon fordi statens infrastruktur ble angrepet i jakten på Hizbollah, og at det samtidig var tale om en ikke-internasjonal væpnet konflikt mellom Israel og Hizbollah-styrker. Duffy oppsummerer rettstilstanden på området godt når hun beskriver dette som et område «... where opinion is divided and law practice are likely to develop in years to come».<sup>89</sup>

## **4.3 Ikke-internasjonal væpnet konflikt eller interne uroligheter**

Skillet mellom en internasjonal væpnet konflikt og en ikke-internasjonal væpnet konflikt er ikke så viktig når det gjelder beskyttelse av sivile, all den tid både Tilleggsprotokoll I og

---

<sup>88</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 346

<sup>89</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 352

Tilleggsprotokoll II slår fast at sivile skal beskyttes i tråd med reglene i de respektive protokollene «... unless and for such time as they take a direct part in hostilities».<sup>90</sup>

Et annet skille, skillet mellom en ikke-internasjonalt væpnet konflikt og interne uroligheter, er derimot av større betydning, da internasjonal humanitærrett ikke vil komme til anvendelse i de tilfeller hvor det kun er tale om interne uroligheter. Det er i Tilleggsprotokoll II at det slås fast at «... situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature ...», ikke er å anse som væpnede konflikter, og at uroligheter av denne typen ikke faller inn under virkeområdet til Tilleggsprotokoll II.<sup>91</sup>

Historisk har det vært utfordrende å skille mellom en ikke-internasjonalt væpnet konflikt og interne uroligheter, i lys av at myndigheter ofte er motvillige til å erkjenne at det eksisterer en konflikt og gi eventuelle opprørere legitimitet ved å anerkjenne dem som parter til en konflikt. Den juridiske vurderingen skal likevel, som ved vurderingen av om det foreligger «an armed conflict», være en rent faktabasert vurdering, hvor voldens intensitet og varighet, samt partenes hensikter og organisering er de to kategoriene med vurderingsmomenter.<sup>92</sup>

### 4.3.1 Spørsmålet om intensitet

Når det gjelder spørsmålet om intensitet, har både ICTY og ICC satt opp et krav om langvarig voldsbruk. ICC skriver i «Prosecutor v. Thomas Lubanga» at «The Chamber notes that article 8(2)(f) of the Statute makes reference to “protracted armed conflict” ...» og bemerker at de væpnede gruppene må evne å planlegge og utføre militære operasjoner over lengre tid.<sup>93</sup>

I andre avgjørelser, som «Prosecutor v. Ramush Haradinaj», har ICTY lagt større vekt på voldsbrukens intensitet, fremfor dens varighet. Antallet konfrontasjoner, de involverte aktørene, hva slags våpen som benyttes og omfanget av skader og ødeleggelse har da vært sentrale kriterier ved avgjørelsen av om det er tale om en ikke-internasjonalt væpnet konflikt.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Dette blir slått fast i Art. 51 punkt 3 i Tilleggsprotokoll I og i Art. 13 punkt 3 i Tilleggsprotokoll II

<sup>91</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) Art. 1 punkt 2

<sup>92</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 354

<sup>93</sup> Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, para. 234

<sup>94</sup> Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Case No. ICTY-04-84-T, Judgement, 3 April 2008, para. 49, 60

### 4.3.2 Spørsmålet om partsevne

En ikke-internasjonalt væpnet konflikt kan pågå mellom «... governmental authorities and organized armed groups ... or between such groups», jf. ICC-statuttene artikkel 8(2)(f).

Det stilles altså et visst krav til væpnede gruppers organisering for å gi dem status som part i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt. The International Committee of the Red Cross, heretter ICRC, bemerker at en part må ha oppnådd en viss form for internasjonal organisering, og at det må være mulig å identifisere både partene selv og dem som er assosiert med partene.<sup>95</sup>

Rettspraksis, blant annet fra «Prosecutor v. Ramush Haradinaj», peker på en rekke kriterier, som om det eksisterer en kommandostruktur, om det eksisterer et operasjonelt hovedkvarter, muligheten til å skaffe våpen og evnen til å planlegge, samt utføre militære operasjoner, slike operasjoners omfang, alvorlighetsgrad og intensitet, og en eventuell evne til å koordinere og forhandle frem en slutt på konflikten som pågår, som viktige for vurderingen av partsevne.<sup>96</sup>

### 4.3.3 Praktiske utfordringer

I lys av dagens verdensbilde oppstår det et spørsmål om hvorvidt en terrororganisasjon som Den islamske staten, heretter IS, kan være part i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt, og at slike terrororganisasjoner som en konsekvens av dette må bekjempes ved bruk av militære midler med de begrensningene som følger av internasjonal humanitærrett, eller om slike terrororganisasjoner er kriminelle nettverk som må bekjempes gjennom rettshåndhevelse.

Duffy bruker Al-Qaida som eksempel i sin bok, og skriver at selv om terrororganisasjonen har blitt beskrevet som alt fra en organisasjon til en gruppe løst tilknyttede celler og en ideologi, finnes det få bevis for at Al-Qaida oppfyller kravet til væpnede gruppers organisering. Hun påpeker også at det er vanskelig å avgjøre om Al-Qaida skal oppfattes som én enkeltstående organisasjon, eller som flere regionale, nasjonale, lokale eller individuelle organisasjoner bygget på en tilnærmet lik ideologi. Det gjør det problematisk å mene at en slik organisasjon

---

<sup>95</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 356

<sup>96</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 356 og Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Case No. ICTY-04-84-T, Judgement, 3 April 2008, para. 49, 60

som Al-Qaida har partsevne, ettersom at «... the logic, structure and effective operation of IHL depend precisely on the ability to identify and distinguish the opposing party ...».<sup>97</sup>

Jeg deler Duffys synspunkt i denne problemstillingen, og er av den oppfatning at Al-Qaida som terrororganisasjon var mer personavhengig, og at det meste av deres terrorvirksomhet var styrt av, eller i det minste avhengig av, Osama bin Laden. Det fremstår som at hans person var svært avgjørende for de fleste med tilknytning til Al-Qaida, og at det derfor, som Duffy påpeker, er vanskelig å betrakte Al-Qaida som en godt organisert terrororganisasjon. Da Osama bin Laden måtte søke tilflukt etter terrorangrepene 11. september 2001, ble det raskt tydelig hvor stor rolle han hadde spilt, da terrororganisasjonens virksomhet avtok betydelig.<sup>98</sup>

Vurderingen av om en gruppe kan ha partsevne og være part i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt «... depends on the available facts».<sup>99</sup> Det kan tenkes at en terrororganisasjon som IS kan oppfylle kravene som stilles for å ha partsevne og være part i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt. Det har av nyhetsartikler fremkommet at IS har finansiert sentrale deler av sin terrorvirksomhet gjennom salg av olje og antikviteter på svartebørsen. Det vitner om en terrororganisasjon som er velstrukturert og kapabel til å gjennomføre operasjoner av ulike slag. Det samme gjør det faktum at IS også har utgitt et eget propagandamagasin kalt Dabiq.<sup>100</sup> IS har dessuten tidvis hatt kontroll over relativt store landområder i så vel Syria som Irak. Totalt innebærer dette at IS fremstår som langt bedre organisert enn Al-Qaida var.<sup>101</sup>

Kommer man til at en væpnet gruppe ikke har partsevne og derfor ikke kan være part i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt, vil man måtte forfølge dem gjennom rettshåndhevelse som ellers i samfunnet, eller gjennom bruk av makt i selvforsvar. Sistnevnte må gjøres i tråd med de allerede nevnte begrensningene som følger, som at det kun vil være dem som utgjør en umiddelbar fare og som ikke kan uskadeliggjøres på annen måte som da er legitime mål.

---

<sup>97</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 396-397

<sup>98</sup> <https://lawfareblog.com/judging-al-qaedas-record-part-i-organization-decline>, hentet 31.05.2018, kl. 16:06

<sup>99</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 399

<sup>100</sup> [https://www.huffingtonpost.com/entry/isis-dabiq-magazine\\_us\\_56a7e6cfe4b04936c0e8938a?guccounter=1](https://www.huffingtonpost.com/entry/isis-dabiq-magazine_us_56a7e6cfe4b04936c0e8938a?guccounter=1), hentet 31.05.2018, kl. 15:44

<sup>101</sup> IS har finansiert sentrale deler av sin virksomhet gjennom salg av olje og antikviteter på svartebørsen, se <https://www.nytimes.com/2014/12/02/world/middleeast/video-feature-targeting-isis-black-market-oil-trade.html>, hentet 22.05.18 kl. 14:30 og <https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/feb/26/western-art-funding-terrorism-isis-middle-east>, hentet 22.05.18 kl. 14:31

USA har i etterkant av 11. september 2001 stort sett brukt selvforsvarsretten som sitt grunnlag for å forfølge væpnede grupper som Al-Qaida, og argumentert for at dette har vært nødvendig for å ivareta landets sikkerhet. Som nevnt er det i 3.1.2. 5 er det mange som har vært kritiske til hvordan USA har gått frem. Amerikanernes fremgang har ofte dreid mot bruk av preventivt selvforsvar, en rett som i utgangspunktet er omstridt, og som dessuten er svært begrenset.

## 4.4 «Direct part in hostilities»

Både Tilleggsprotokoll I Art. 51 punkt 3 og Tilleggsprotokoll II Art. 13 punkt 3 slår altså fast at sivile skal beskyttes i tråd med de respektive protokollene, med unntak for «such time as they take a direct part in hostilities». Regelen er sedvanerett, og gjelder altså uavhengig av om det er tale om en internasjonal væpnet konflikt eller en ikke-internasjonal væpnet konflikt.<sup>102</sup>

Historisk har dette vært et kriterium det ikke har vært knyttet store utfordringer til, all den tid væpnede konflikter historisk sett har foregått på begrensede områder, typisk en slagmark eller en front, men i nyere tid har det blitt vanskeligere å trekke slike klare grenser for hvor en væpnet konflikt starter og slutter. Dette gjelder kanskje særlig i tilfeller hvor det er tale om en ikke-internasjonal væpnet konflikt, og i de tilfeller hvor terrororganisasjoner er involvert.

Det er imidlertid ikke omtvistet at terrororganisasjoner kan bli gjenstand for militære operasjoner når de deltar aktivt og direkte i fiendtligheter. Israelsk høyesterett slo i «Ruling on Targeted Killings» fast at terrorister som deltar i fiendtligheter ikke slutter å være sivile, men at de gjennom sine handlinger «... deny themselves the aspect of their civilian status which grants them protection from military attack».<sup>103</sup> Det er uklart akkurat hvilke handlinger som vil innebære at sivile tar «direct part in hostilities», og hvordan dette kriteriet skal tolkes.

### 4.4.1 Hva utgjør «direct part in hostilities»

En naturlig språklig forståelse av ordlyden slik den fremgår av Tilleggsprotokoll I Art. 51 punkt 3 og Tilleggsprotokoll II Art. 13 punkt 3 tilsier at det må være tale om handlinger som har til hensikt, eller i det minste som en mulig konsekvens at motparten i fiendtlighetene

---

<sup>102</sup> ICRC Study on Customary IHL, Rule 6

<sup>103</sup> Public Committee v. Government of Israel, HCJ 769/02, Supreme Court of Israel, Judgement, 13 December 2006, heretter “Ruling on Targeted Killings”, para. 31

rammes. Verken de to bestemmelsene hver for seg, sett i sammenheng eller noen av Genèvekonvensjonene for øvrig gir bidrag til hvordan denne ordlyden skal forstås.

I sin sedvanerettsstudie slo ICRC fast at « It is fair to conclude ... a clear and uniform definition of direct participation in hostilities has not been developed in State practice».<sup>104</sup>

Som en konsekvens av dette, og med et mål om å klargjøre hva som menes med «direct participation», når og hvor lenge sivile mister sin beskyttelse, satte ICRC ned et utvalg som i 2009 publiserte «Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL», heretter ICRC DPH Guidance. Guiden har blitt kritisert av amerikanske jurister, men den er et viktig tolkningsbidrag fra «...an undisputedly authoritative source on IHL».<sup>105</sup>

I kommentarene til Tilleggsprotokoll I Art 51. heter det at «direct» her betyr krigshandlinger som i kraft av sin natur eller hensikt sannsynligvis vil medføre skader på fiendtlige styrkers personell og utstyr.<sup>106</sup> I DPH Guidance bemerker ICRC at det er tale om spesifikke handlinger som individer utfører som en del av fiendtlighetene mellom parter til en væpnet konflikt.<sup>107</sup>

Det må dessuten være sannsynlig at disse spesifikke handlingene enten påvirker motpartens militære operasjoner eller kapasitet, medfører død eller skade på beskyttede personer eller ødeleggelse av eiendom, og at det er en årsakssammenheng mellom handlingene og skaden.<sup>108</sup>

Det er vanskelig å vurdere hva som utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter, og hva som utgjør indirekte deltagelse i fiendtligheter, som er det avgjørende spørsmålet i vurderingen. Israelsk høyesterett kom i «Ruling on Targeted Killings» til at det å selge mat, bistå med strategiske analyser og hjelp med logistikk, samt å bistå med penger, utgjorde «indirekte» deltagelse, og at det dermed ikke var nok til at de sivile mistet sin beskyttelse. På den andre siden konkluderte retten med at å innsamle informasjon om motpartens væpnede styrker var tilstrekkelig «direkte» deltagelse i fiendtligheter til at de sivile mistet sin beskyttelse.<sup>109</sup>

ICRC har i sin analyse av skillet mellom direkte og indirekte deltagelse i fiendtligheter kommet til at det de kategoriserer som roller som lar parten fortsette fiendtlighetene, som

---

<sup>104</sup> ICRC Study on Customary IHL, p. 23

<sup>105</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 368

<sup>106</sup> Commentary of 1987, p. 619, para. 1944

<sup>107</sup> ICRC DPH Guidance, Part I, IV

<sup>108</sup> ICRC DPH Guidance, Part I, V

<sup>109</sup> Ruling on Targeted Killings, para. 34, 35



politisk propaganda, finansielle transaksjoner og produksjon av utstyr som ikke er å anse som krigsmateriell, utgjør indirekte deltagelse, og fører ikke til at sivile mister sin beskyttelse.<sup>110</sup>

Svaret på hva som utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter, og hva som kun er å betegne som indirekte deltagelse, må kanskje ligge et sted mellom konklusjonene til Israels høyesterett og konklusjonene til ICRC. Det er klart at det har oppstått flere gråsoner med årene, i takt med at væpnede grupper har blitt mer sofistikerte rent organisasjonsmessig, som allerede nevnte IS er et godt eksempel på. Mange som deltar direkte i fiendtligheter har vært på treningsleirer hvor de får opptrening i å bruke våpen og kjempe, og væpnede grupper er også avhengige av å ha tilgang til våpen. For å ha tilgang til våpen må man ha midler til å anskaffe disse våpnene.

Det sentrale spørsmålet er hvor bredt man skal anse kriteriet «direkte deltagelse» for å favne.

Det er gode argumenter for å tolke spørsmålet om direkte deltagelse i lys av utviklingen vi har sett rundt spørsmålet om terrororganisasjoners tilknytning til en stat. Som alt nevnt i 3.1.2.3 har rettsutviklingen på det området ført til at man i dag ikke lenger ser tilknytning til en stat som et avgjørende kriterium i relasjon til spørsmålet om et angrep utgjør «an armed attack» etter FN-pakten Artikkel 51. Rettsutviklingen skyldes tilsynelatende at man mener at bestemmelsens sentrale innhold er retten til å forsvare seg, og at spørsmålet om angrepets opphav derfor ikke lenger har en like sentral posisjon i relasjon til bestemmelsen som det tidligere har hatt. Dette kan også tolkes som en anerkjennelse av de politiske føringene som preger folkeretten, og i det en anerkjennelse av at Sikkerhetsrådet er handlingslammet.

Utviklingen har nemlig visse likhetstrekk, i den forstand at det i takt med at væpnede grupper har blitt mer sofistikerte rent organisasjonsmessig, så er det i dag langt flere funksjoner enn tidligere som er viktige for at væpnede grupper skal kunne operere som de gjør. Det er derfor mulig å argumentere for at det flere aktiviteter som vil anses å utgjøre direkte deltagelse i fiendtligheter i dag enn tidligere, og at de som skaffer våpen og de som står for finansiering deltar direkte, ettersom de legger til rette for dem som rent faktisk begår krigshandlinger.

På den andre siden er det ikke retten til selvforsvar som er det sentrale i bestemmelsene i Tilleggsprotokoll I og Tilleggsprotokoll II. Det sentrale i bestemmelsene er sivils rett til ikke å bli urettmessige ofre for væpnede konflikter. Det taler mot å tolke «direkte deltagelse» dit at det i dag favner bredere enn tidligere. Å anlegge dette perspektivet er dessuten i tråd med hele

---

<sup>110</sup> ICRC DPH Guidance, p. 5

fundamentet om beskyttelse av sivile i internasjonal humanitærrett, og i tråd med regelen om eventuelle tvilstilfeller, som fremgår av Tilleggsprotokoll I Art. 50, hvor det fastslås at «In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian».

Som det fremgår av denne drøftelsen er det følgelig vanskelig å konkludere på spørsmålet om hvor bredt man skal anse kriteriet «direkte deltagelse» for å favne, men i lys av rettspraksis og at bestemmelsens hovedformål er å beskytte sivile fra å bli urettmessige ofre for væpnede konflikter, er konklusjonen at spørsmålet om «direkte deltagelse» tolkes innskrenkende, og at utøvelse av ulike støttefunksjoner som nevnt av ICRC er å anse som indirekte deltagelse.

#### **4.4.2 «For such time»**

Sivile mister kun sin beskyttelse ... «for such time» de deltar direkte i fiendtligheter.

Hva «for such time» innebærer har også vært gjenstand for debatt. ICRC fremmer i ICRC DPH Guidance et synspunkt om at sivile som utøver en «continuous combat function» i fiendtligheter er legitime mål all den tid de utøver denne funksjonen, men at sivile som deltar på «ad hoc»-basis bare er legitime mål når de faktisk deltar i fiendtlighetene selv.<sup>111</sup>

Andre har fremmet synspunktet at sivile bare mister sin beskyttelse så lenge som de fiendtlige handlingene selv pågår,<sup>112</sup> mens i «Ruling on Targeted Killings» anerkjente Israels høyesterett at kriteriet er fleksibelt, og at hvis sivile deltar i det som kan ses på som en serie handlinger eller «chain of acts», hvor én av handlingene er fullført, mens andre forberedes, så kan den sivile anses å delta direkte i fiendtligheter frem til denne rekken av hendelser er fullført.<sup>113</sup>

Det har også blitt argumentert for at sivile som forbereder eller er på vei tilbake etter å ha utført militære operasjoner, fortsatt er å anses for å delta direkte i fiendtligheter, selv om det hersker uenighet om hvor tidlig i forberedelsene og hvor lenge på vei tilbake dette gjelder.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> ICRC DPH Guidance, Part I, II and VII, pp. 44-5

<sup>112</sup> Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Study on targeted killings, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 10

<sup>113</sup> Ruling on Targeted Killings, para. 39

<sup>114</sup> ICRC DPH Guidance, p. 67

Tilsvarende for hva som utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter, så finnes det gråsoner når det gjelder spørsmålet om hvor lenge sivile antas for å delta direkte i fiendtligheter. De generelle utgangspunktene må da brukes som hjelpemidler til å vurdere hver enkelt sak.

Det som derimot er klart, er at siviles direkte deltagelse i fiendtligheter ikke automatisk innebærer en rett til bruk av dødelig makt mot dem. Der omstendighetene tillater at et individ kan tas til fange uten bruk av dødelig makt, oppstiller ICRC i sin sedvanerettsstudie et krav om at dette gjøres, så fremt det ikke vil sette ens egne styrker eller militære fordel i fare.<sup>115</sup>

Dette ble også påpekt av Israels høyesterett i «Rulings on Targeted Killings», hvor domstolen bemerker at dersom en terrorist som deltar direkte i fiendtligheter kan arresteres, avhøres og stilles for retten, så er det nettopp disse virkemidlene «... which should be employed».<sup>116</sup>

Proporsjonalitetsprinsippet skal behandles videre i 5.

## 5 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet er kodifisert i Tilleggsprotokoll I Artikkel 51(5)(b), som slår fast at angrep som kan forventes å medføre større tap av sivile liv, skader på sivile, skader på sivile objekter eller en kombinasjon av disse enn det som er nødvendig i relasjon til den konkrete og direkte militære fordelen man forventer å oppnå ved angrepet, er forbudt.

Det er også nedfelt i Tilleggsprotokoll I Artikkel 57(1), som slår fast at man alltid skal forsøke å spare sivilbefolkningen, sivile og sivile objekter når man utfører militæroperasjoner. Det fremgår dessuten av statuttene til The International Criminal Court, heretter ICC, at å gjennomføre et angrep med viten om at det vil medføre tilfeldig tap av liv eller skade på sivile eller sivile objekter, eller skade på miljøet som er «... clearly excessive ...» i relasjon til den konkrete og direkte militære fordelen man forventer å oppnå, utgjør en krigsforbrytelse.<sup>117</sup>

Tilleggsprotokoll II, som regulerer ikke-internasjonale konflikter, inneholder ikke en tilsvarende eksplisitt referanse til proporsjonalitetsprinsippet, men i juridisk teori har det blitt argumentert for at proporsjonalitetsprinsippet er iboende i «... the principle of humanity ...»,

---

<sup>115</sup> ICRC DPH Guidance, p. 82

<sup>116</sup> Ruling on Targeted Killings, para. 40

<sup>117</sup> ICC Statute, Article 8(2)(b)(iv)

som nevnes i fortalen til Tilleggsprotokoll II, og at proporsjonalitetsprinsippet som en konsekvens av dette ikke kan ignoreres når Tilleggsprotokoll II kommer til anvendelse.<sup>118</sup>

Proporsjonalitetsprinsippet er dessuten også blitt inkludert i senere traktatrett som er gjeldende for ikke-internasjonale væpnede konflikter, blant annet i Amended Protocol II Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects.<sup>119</sup>

Stater følger også proporsjonalitetsprinsippet i sin praksis, og FNs Sikkerhetsråd har i flere resolusjoner, blant andre Res. 1160, Res. 1199 og Res. 1322, fordømt brudd på prinsippet.

Proporsjonalitetsprinsippet er i dag derfor ansett for å være folkerettslig sedvanerett.<sup>120</sup>

## 5.1 «Direct and concrete military advantage»

Det er ikke fastlagt et nøyaktig innhold i ordlyden «... direct and concrete military advantage ...». En naturlig språklig forståelse tilsier at det må være tale om en militær fordel som det er mulig å måle, at det må være en direkte årsakssammenheng mellom angrepet som utføres og den militære fordelen man forventer å oppnå. Det er da ikke tilstrekkelig at det kan tenkes at man en gang i fremtiden kan oppnå en militær fordel ved å gjennomføre det aktuelle angrepet.

Dette ble også bemerket i kommentarene til Tilleggsprotokoll I Artikkel 57(a)(iii), hvor det heter at uttrykket «concrete and direct» ble brukt for å illustrere at fordelen man forventer å oppnå skal være substansiell og relativt nær i tid, og at fordeler som det er nesten umulig å få grep om og som bare vil vise seg i det lange løp derfor «... should be disregarded».<sup>121</sup>

Vurderingen må knytte seg i relasjon til en konkret militæroperasjon, ikke i relasjon til en større kamp eller en overordnet konflikt, og skal skje i forkant av at angrepet gjennomføres, på bakgrunn av den tilgjengelige informasjonen i lys av de relevante omstendigheter.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 678.

<sup>119</sup> Amended Protocol II to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, Article 3(8)(c)

<sup>120</sup> *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 368

<sup>121</sup> *Commentary of 1987*, avsnitt 2209

<sup>122</sup> *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 374

Spørsmålet om proporsjonalitet er, som nevnt innledningsvis, et av de vanskeligste spørsmålene bruken av angrepsdroner reiser. Problemene knytter seg først og fremst til informasjonen man har tilgjengelig når vurderingen skal foretas. Når angrepsdroner brukes til å gjennomføre angrep, skjer dette ofte på bekostning av soldater og andre militære aktører på bakken. Enkelte av aktørene vil normalt jobbe med å skaffe informasjon, og det er denne informasjonen som ligger til grunn når man skal vurdere mulige konsekvenser av et angrep.

Selv om bruk av overvåkningsdroner kan bøte på den manglende tilstedeværelsen på bakken, vil det være informasjon det er vanskelig å anskaffe uten kontakt med mennesker på bakken. Det reflekteres kanskje i problemene The Bureau of Investigative Journalism og lignende organisasjoner opplever når de forsøker å skaffe seg en oversikt over hvor mange som har blitt drept i droneangrep USA har gjennomført, og hvor mange av de drepte som er sivile.

Det er da vanskelig å konkludere i spørsmålet om bruken av angrepsdroner skjer i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. Det er viktig å presisere at en feilvurdering av proporsjonaliteten i et konkret angrep ikke nødvendigvis innebærer at angrepet utgjorde et brudd på internasjonal humanitærrett, men de som er ansvarlige for angrepet er av internasjonal humanitærrett pålagt visse plikter som skal ivareta proporsjonalitetsprinsippet. En av disse pliktene er plikten til å ta alle forholdsregler for å minimere tilfeldig tap av sivile liv, skader på sivile og skader på sivile objekter, en plikt nedfelt i Tilleggsprotokoll I Artikkel 57(2)(ii). Hvis sivile tap skjer som følge av at det ikke har blitt gjort, utgjør det et brudd på internasjonal humanitærrett.<sup>123</sup>

## 6 Konklusjon

Under hvilke omstendigheter angrepsdroner kan benyttes og når sivile er legitime mål for angrepsdroner, må vurderes konkret ved hvert tilfelle. Flere aspekter av rettstilstanden er uklar, og vil forbli uklar i nærmeste fremtid, men det er mulig å trekke noen konklusjoner.

Enkelte spørsmål har vært gjenstand for betydelig diskusjon i rettspraksis og teori over de senere år, blant annet spørsmålet om staters rett til selvforsvar etter FN-pakten Artikkel 51 når det ikke er en annen stat som står bak angrepet, men væpnede grupper hvis handlinger ikke kan tilskrives en stat, for eksempel en terrororganisasjon. Det har tidligere vært omstridt om

---

<sup>123</sup> The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015, s. 374

slike angrep utløser en stats rett til selvforsvar etter Art. 51, men det er i dag akseptert. Slikt selvforsvar kan skje ved bruk av angrepsdroner innen de rammer som er trukket opp ellers.

En av disse rammene er ikke så effektiv som den burde være. Folkeretten preges i stor grad av politiske føringer og interesser utenfor det aktuelle spørsmålet, og det er få områder hvor det blir så åpent som når det gjelder begrensninger i retten til selvforsvar etter Art. 51. Retten til selvforsvar kan i utgangspunktet bare utøves inntil FNs Sikkerhetsråd har fattet nødvendige tiltak for å opprettholde internasjonal fred og sikkerhet. Problemet er at veto retten til de fem faste medlemmene i Sikkerhetsrådet gir dem adgang til å forhindre at effektive tiltak blir iverksatt, og det er heller ingen selvfølge at FN-medlemmer følger eventuelle pålegg fra Sikkerhetsrådet. Det innebærer ikke at retten til selvforsvar kan utøves i det uendelige. Kun tiltak som er proporsjonale sammenlignet med angrepet og nødvendige for å besvare det, er tillatt. Enkelte stater benytter seg dessuten av preventivt selvforsvar, en fortsatt omstridt rett.

Spørsmålet om hva som utgjør at sivile deltar direkte i fiendtligheter, og derfor mister sin beskyttelse i væpnede konflikter, fortsetter å være gjenstand for diskusjon. Spørsmålet om hvor bredt dette kriteriet favner, og hva som bare utgjør indirekte deltagelse, vil trolig være gjenstand for betydelig diskusjon også i årene som kommer. Jeg tror, i lys av vedvarende fokus på terrorbekjempelse og et stort press på folkeretten som en konsekvens av viktigheten av denne terrorbekjempelsen, at det er sannsynlig at det vil skje en dreining mot at roller som sørger for at en kan fortsette fiendtlighetene, som økonomisk støtte, hjelp med logistikk og strategiske analyser, vil bli å anse som direkte deltagelse og derfor føre til tap av beskyttelse.

Spørsmålet om proporsjonalitet byr ikke på store utfordringer fra et rent rettslig perspektiv, men manglende transparens har gjort det svært vanskelig, og vil fortsatt gjøre det svært vanskelig å vurdere om proporsjonalitetsprinsippet følges ved bruk av angrepsdroner.

Folkeretten er stadig under utvikling og press, og den vedvarende bruken av angrepsdroner tror jeg vil sørge for at flere av rettsspørsmålene jeg har gjennomgått i denne oppgaven vil bli gjenstand for betydelig diskusjon både i rettspraksis og teori også i årene som kommer.

# 7 Litteraturliste

## 7.1 Konvensjoner, traktater, resolusjoner og statutter

Charter of the United Nations

Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949

Convention relative to the Opening of Hostilities (Hague III), October 18, 1907

Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, July 29, 1899

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977

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

Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II, as amended on 3 May 1996) annexed to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects

Rome Statute of the International Criminal Court

Statute of the International Court of Justice

The Covenant of the League of Nations, June 28, 1919

The General Treaty for the Renunciation of War, August 27, 1928

UN General Assembly resolution 49/75, «General and complete disarmament»

UN Security Council resolution 502 (1982)

UN Security Council resolution 1160 (1998)

UN Security Council resolution 1199 (1998)

UN Security Council resolution 1322 (2000)

UN Security Council resolution 1368 (2001)

UN Security Council resolution 1371 (2001)

UN Security Council resolution 1386 (2001)

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969

## **7.2 Juridisk litteratur**

'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice, Tom Ruys, Cambridge University Press, 2010

Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Oxford University Press, 2005

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

International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance, Christopher C. Joyner, Rowman & Littlefield Publishers, 2005

New Rules for Victims of Armed Conflicts, Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (editors), Martinus Nijhoff, 1982

The Handbook of International Humanitarian Law (2nd edition), Dieter Fleck (editor), Oxford University Press, 2008

The Right of Self-defence Under Customary International Law and Article 51 of the United Nations Charter, Avra Constantinou, Ant. N. Sakkoulas, 2000

The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2nd edition, Helen Duffy, Cambridge University Press, 2015

## **7.3 Dommer, «opinions» og rettslige uttalelser**

### **7.3.1 International Criminal Court**

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007



### **7.3.2 International Court of Justice**

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168 (Inc. Separate Opinion of Judge Koojimans, and Separate Opinion of Judge Simma)

Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (Merits), ICJ Rep. 1949, p. 4

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p.161

### **7.3.3 Supreme Court of Israel**

Public Committee v. Government of Israel, HCJ 769/02, Supreme Court of Israel, Judgement, 13 December 2006

### **7.3.4 United Nations International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**

Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, ICTY Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995

Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement), IT-94-1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 15 July 1999

Prosecutor v. Ljube Boskoski, et al., Case No. ICTY IT-04-82-T, Judgement, 10 July 2008

Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Case No. ICTY-04-84-T, Judgement, 3 April 2008

## 7.4 Rapporter, kommentarer og studier

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949

Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Nils Melzer, International Committee of the Red Cross, May 2009

Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law, Nico Schrijver and Larissa van den Herik, 1 April 2010

Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, 23 November 2006, UN Doc. A/HRC/3/2

Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Study on targeted killings, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010

## 7.5 Vitenskapelige artikler, faktasider og uttalelser

AGM-114 Hellfire (<https://www.military.com/equipment/agm-114-hellfire>)

AGM-114 Hellfire, Wikipedia ([https://en.wikipedia.org/wiki/AGM-114\\_Hellfire](https://en.wikipedia.org/wiki/AGM-114_Hellfire))

Attorney General Eric Holder Speaks at Northwestern University School of Law, The United States Department of Justice, March 5, 2012 (<https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-northwestern-university-school-law>)

Death of Osama bin Ladin – Respect for Pakistan’s Established Policy Parameters on Counter Terrorism, press statement by the Government of Pakistan, PR. No. 152/2011 (<http://www.mofa.gov.pk/pr-details.php?mm=OTk1>)

Drone Warfare, The Bureau of Investigative Journalism (<https://www.thebureauinvestigates.com/projects/drone-war>)

Folkerettens krigsbegrep, Magne Frostad, Lov og Rett 06/10

Fremveksten av autonome droner – påvirkning på «krigføringen» og problemstillinger for videre debatt, Oberst Gjert Lage Dyndal, Sikkerhetspolitisk bibliotek 2-2015, Den norske Atlanterhavskomiteé

Klasebombe, Store Norske Leksikon (<https://snl.no/klasebombe>)

President Bush Delivers Graduation Speech at West Point, Office of the Press Secretary, June 1, 2002, (<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/06/print/20020601-3.html>)

Press Briefing by Press Secretary Jay Carney and Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism John Brennan, Office of the Press Secretary, May 2, 2011 (<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/05/02/press-briefing-press-secretary-jay-carney-and-assistant-president-homela>)

Remote Piloted Aerial Vehicles : An Anthology  
([http://www.ctie.monash.edu/hargrave/rpav\\_home.html#Beginnings](http://www.ctie.monash.edu/hargrave/rpav_home.html#Beginnings))

The Official Licensing Website of the Wright Brothers (<http://wrightbrothers.info/>)

The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I, Justin McClelland, International Review of the Red Cross, June 2003, Vol. 85, No 850

Voting System and Records, United Nations (<http://www.un.org/en/sc/meetings/voting.shtml>)

## 7.6 Nyhetsartikler

4 Things To Know About Dabiq, ISIS' Slick Propaganda Magazine, Nick Robins-Early, Huffington Post, February 10, 2016 ([https://www.huffingtonpost.com/entry/isis-dabiq-magazine\\_us\\_56a7e6cfe4b04936c0e8938a?guccounter=1](https://www.huffingtonpost.com/entry/isis-dabiq-magazine_us_56a7e6cfe4b04936c0e8938a?guccounter=1))

American Drone Strike in Libya Kills Top Qaeda Recruiter, Eric Schmitt, New York Times, March 28, 2018 (<https://www.nytimes.com/2018/03/28/world/africa/us-drone-strike-libya-qaeda.html>)

Attack on Afghanistan: Tony Blair Statement, CNN, October 7, 2001  
(<http://edition.cnn.com/2001/WORLD/europe/10/07/gen.blair.speech/>)

Global Opposition to U.S. Surveillance and Drones, but Limited Harm to America's Image, Pew Research Center, July 14, 2014 (<http://www.pewglobal.org/2014/07/14/global-opposition-to-u-s-surveillance-and-drones-but-limited-harm-to-americas-image/>)

How western art collectors are helping to fund Isis, Leila Amineddoleh, The Guardian, February 26, 2016 (<https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/feb/26/western-art-funding-terrorism-isis-middle-east>)

Judging Al Qaeda's Record, Part I: Is the Organization in Decline?, Daniel Byman, Lawfare  
(<https://lawfareblog.com/judging-al-qaedas-record-part-i-organization-decline>)

Osama Bin Laden's death: How it happened, BBC, September 10, 2012  
(<http://www.bbc.com/news/world-south-asia-13257330>)

US counter terror air strikes double in Trump's first year, Jessica Purkiss, Jack Serle, Abigail Fielding-Smith, The Bureau of Investigative Journalism, December 19, 2017  
(<https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2017-12-19/counterrorism-strikes-double-trump-first-year>)

Video Feature: Targeting ISIS' Black-Market Oil Trade, Emily B. Hager, New York Times, December 1, 2014 (<https://www.nytimes.com/2014/12/02/world/middleeast/video-feature-targeting-isis-black-market-oil-trade.html>)