

Talibans bruk av veibomber mot norske ISAF-soldater i lys av krigens folkerett



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 548

Leveringsfrist: 25.11.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17616 ord

25.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Emne og problemstilling	1
1.2	Metodiske betraktninger	2
1.3	Avgrensning og plassering av problemstillingen	4
1.3.1	Forholdet til reglene for internasjonale væpnede konflikter	4
1.3.2	Forholdet til internasjonal strafferett - krigsforbrytelser	6
1.3.3	Forholdet til intern strafferett	8
1.3.4	Forholdet til menneskerettighetene	10
1.3.5	Begrepet veibombe	13
1.3.6	Forholdet til krigens folkeretts regler om ulovlige krigføringsmetoder	14
1.3.7	Tid	15
1.4	Den videre fremstillingen	16
<u>2</u>	<u>VIRKEOMRÅDET FOR REGLENE SOM REGULERER INTERN VÆPNET</u>	
	<u>KONFLIKT</u>	<u>17</u>
2.1	Reglens materielle virkeområde - vilkåret om intern væpnet konflikt	17
2.2	Nærmere om sedvanens materielle virkeområde	23
2.3	Reglens personelle virkeområde	25
2.3.1	Nærmere om hvordan traktater binder Taliban som gruppe	27
<u>3</u>	<u>REGLENE OM HVEM SOM ER LOVLIGE MÅL</u>	<u>33</u>
3.1	Hvem som skal beskyttes mot angrep	33
3.1.1	Utgangspunktet - distinksjonsprinsippet	33
3.1.2	Unntak for fredsbevarende styrker	38
3.1.3	Unntak for soldater med status som " <i>hors de combat</i> "	38

3.1.4	Unntak for soldater som ivaretar syke og sårede	39
3.2	Nærmere om hva det innebærer at norske ISAF-soldater ikke er beskyttet mot angrep etter reglene for interne væpnede konflikter	40
3.2.1	Adgangen til opprør	41
3.2.2	Betydningen av brudd på jus ad bellum for tolkningen av jus in bello	42
3.2.3	Gjensidigheten etter jus in bello strekker seg ikke til intern rett	43
3.2.4	Hvor vidt manglende immunitet tilsvarer en rett til angrep innen rammen av jus in bello	45
<u>4</u>	<u>VEIBOMBERS STILLING ETTER KRIGENS FOLKERETT</u>	<u>47</u>
4.1	Innledende bemerkninger	47
4.2	Ottawa-konvensjonen og veibomber	50
4.3	Forbudet mot våpen som medfører unødvendig skade og lidelse	51
4.4	Forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile	53
4.5	Om de to sedvanerettslige prinsippene gir grunnlag for et generelt våpenforbud	54
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>56</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Norske soldater har siden 15. januar 2002¹ vært til stede i Afghanistan, gjennom den Nato ledede ISAF-operasjonen som har pågått siden 2001.² En av de største truslene norske ISAF-soldater står overfor i Afghanistan er veibomber.³ Veibomber har blitt et utbredt virkemiddel ved asymmetrisk krigføring i konflikter hvor det er ubalanse mellom partenes militære ressurser, og åpen konfrontasjon dermed ikke er et alternativ for den ressursvake part. Taliban bruker ofte dette virkemiddelet mot ISAF-soldater i Afghanistan.⁴

Denne avhandlingen søker å belyse spørsmålet om Talibans veibombebruk mot norske ISAF-soldater er i strid med de regler innen krigens folkerett som kommer til anvendelse på forholdet mellom norske ISAF-soldater og Taliban.

Krigens folkerett for væpnede konflikter inneholder regler om bruk av væpnet makt, herunder om hvem som er lovlige mål samt hvilke våpen som er tillatt å anvende ved et angrep. De rettsspørsmål avhandlingen søker å belyse, gjør det nødvendig å ta stilling til om, og i så fall hvilke regler etter krigens folkerett som kommer til anvendelse på forholdet mellom norske ISAF-soldater og Taliban. Videre må det tas stilling til hvilken status disse

¹ Se Eide (2009).

² "ISAF" står for International Security Assistance Force og er en FN initiert fredsopprettende styrke opprettet gjennom FNs sikkerhetsrådsresolusjon 1386 (2001), med siste forlengelse av mandatet i sikkerhetsrådsresolusjon nr. 1890 (2009). ISAF er til stede på oppfordring fra den nåværende regjering i Afghanistan. Nato tok over ledelsen av ISAF i 2003.

³ Se Andreassen (2009).

⁴ Se Finberg (2009).

reglene gir partene, herunder om norske ISAF-soldater skal beskyttes mot angrep, og hvilken stilling veibomber har som virkemiddel etter reglene for krigens folkerett.

Reglene for hvem som er lovlige mål og hva som er tillatte virkemidler kan sies å tilhøre to ulike, men innbyrdes avhengige og komplementære deler av de regler som legger bånd på partenes bruk av væpnet makt.⁵ Førstnevnte regler har til formål å beskytte personer som i størst mulig grad skal vernes mot bruken av væpnet makt. Sistnevnte tilhører reglene som har til formål å regulere partenes adferd overfor hverandre. Jeg har derfor valgt å dele problemstillingen inn i to hovedspørsmål: For det første om norske ISAF-soldater er lovlige mål for angrep fra Taliban etter krigens folkerett. Og for det andre om Talibans bruk av veibomber er et lovlig virkemiddel etter krigens folkerett.

1.2 Metodiske betraktninger

De rettsspørsmål problemstillingen reiser vil bli drøftet med utgangspunkt i folkerettslig metode slik denne fremgår av Statuttene til Den Internasjonale Domstol av 26. juni 1945 art. 38 (fra nå ICJs statutter) og Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 del 3 (heretter Wienkonvensjonen).

De mest relevante traktatene for avhandlingens problemstilling, uten at dette er ment å være en uttømmende angivelse, er de fire Genevekonvensjonene av 12. august 1949 (fra nå av GK). Herunder felles art. 3 (heretter GK art 3.). Tilleggsprotokoll nr.1 og 2 til Genevekonvensjonene av 8. juni 1977 (heretter TP 1 og TP 2). Konvensjonen om forbud mot eller restriksjoner på bruk av visse konvensjonelle våpen av 10. oktober 1980 protokoll II med endringer av 3. mai 1996 (heretter CCW P 2). Konvensjonen om forbud mot antipersonellminer av 18. september 1997 (heretter Ottawa-konvensjonen). Og Statuttene til Den Internasjonale Krigsforbryterdomstol av 17. Juli 1998 (heretter ICCs statutter).

⁵Se Bugnion (2002) s. 7.

Hva gjelder de ovenfor nevnte traktatene har Norge ratifisert alle, mens Afghanistan har ratifisert GK, ICCs statutter og Ottawa-konvensjonen.⁶ I den avsluttende fasen av arbeidet med avhandlingen har Afghanistan også tiltrådt TP 1 og TP 2.⁷ Her blir det derfor tatt utgangspunkt i rettstillingen før Afghanistans tiltredelse til disse.

Sedvanen for krigens folkerett er en rettskilde av stor betydning for de rettsspørsmål denne avhandlingen reiser. Årsaken til det er sammensatt. Dels fordi situasjonen i Afghanistan må betraktes etter reglene for ikke-internasjonale væpnede konflikter, som i mindre utstrekning enn internasjonale væpnede konflikter er traktatregulert.⁸ Samt dels på grunn av manglende ratifikasjon av traktater fra Afghanistans side, som gjør at man må falle tilbake på sedvaneretten.⁹ Dette kan ha forbedret seg etter Afghanistans tiltredelse av TP 2, forutsatt at terskelen for væpnet konflikt etter traktaten er oppfylt og den dermed får anvendelse.¹⁰

GK utgjør sedvane.¹¹ Også landkriksreglementet i Haagkonvensjon IV av 18. oktober 1907 (fra nå Haagkonv.) utgjør og en viktig kilde for kodifisert sedvanerett.¹² Det samme er tilfelle for de bestemmelsene i TP 1 som gjelder metoder og virkemidler.¹³ Også for TP 2s vedkommende er flere av bestemmelsene antatt å være uttrykk for sedvane.

⁶ Se ICRCs ratifiseringsliste (2009).

⁷ Disse ble tiltrådt 10. november 2009 uten reservasjoner. Se ICRCs ratifiseringslister (2009).

⁸ Se nærmere om dette i punkt 1.3.1.

⁹ Jf. Wienkonvensjonen art. 34, hvor det fremgår at traktater ikke binder tredjestat ute samtykke.

¹⁰ Se nærmere om vilkåret for væpnet konflikt i GK art. 3 og TP 2 under punkt 2.1.

¹¹ Se *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, IC.J. Reports 1996, p. 226 (fra nå av *Nuclear Weapons Case*) avsnitt 79 og 80.

¹² *Ibid.*

¹³ For eksempel TP 1 art 51 nr. 4, som kodifiserer det sedvanerettslige prinsippet om forbud mot "indiscriminate attacks". Se nærmere Fleck (2008) s.136.

Hva gjelder sedvanen har det gjennom International Committee of the Red Cross (heretter ICRC) sin sedvanerettstudie blitt gjort et omfattende arbeid i retning av å klarlegge hvilke sedvaneregler som eksisterer for ikke-internasjonale væpnede konflikter samt deres nærmere innhold.¹⁴ Resultatet av denne studien er ikke uomtvistet.¹⁵ Kritikken knytter seg til at det belegg som anføres for reglens eksistens ikke er tilstrekkelig til å godtgjøre at vilkårene for sedvane er oppfylt, slik disse fremgår av ICJs statutter art. 38 nr.1 b og rettspraksis.¹⁶ Disse reglene blir derfor ikke uten videre lagt til grunn her, men vist til der de kan være relevante.

Et annet bidrag i denne debatten er San Remo Manualen for interne væpnede konflikter .¹⁷ Denne er utarbeidet av de tre ledende teoretikerne Yoram Dinstein, Charles Garraway og Michael Schmitt, på vegne av International Institute of Humanitarian Law. Manualen har ikke verdi som selvstendig rettskilde, og heller ikke denne legges til grunn her, men vises til der den kan være relevant.

1.3 Avgrensning og plassering av problemstillingen

1.3.1 Forholdet til reglene for internasjonale væpnede konflikter

I krigens folkerett går det et skille mellom regler for henholdsvis internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter. Reglene for internasjonale væpnede konflikter får i utgangspunktet kun anvendelse på væpnede konflikter hvor partene er stater.¹⁸ Reglene for

¹⁴Se Henckaerts (2005).

¹⁵Se Dahl (2008) s.26.

¹⁶ Se North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. (heretter Continental Shelf)avsnitt 77 hvor det fremgår at vilkårene for sedvane er at det rent objektivt må foreligge en "...settled practice..." og for det andre "...evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of rule of law requiring it"

¹⁷ Se Schmitt (2006).

¹⁸ Se GK art. 2 som viser til "...armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting parties..." Se også TP 1 som jf. art. 1 nr. 3 gjelder internasjonale væpnede konflikter.

ikke-internasjonale væpnede konflikter får anvendelse i de tilfeller en væpnet konflikt utspiller seg inne på en stats territorium mellom denne statens regjering og en eller flere opprørsgrupper, eller utelukkende mellom opprørsgrupper.¹⁹ Det er imidlertid fremholdt at deler av krigens folkerett også til en viss grad får anvendelse utenfor disse situasjonene.²⁰

I Afghanistan er de maktanvendende partene den nåværende regjering med dennes allierte, herunder norske ISAF-soldater, mot Taliban og andre opposisjonelle grupper som ikke representerer noen stat. Situasjonen i Afghanistan utgjør derfor en ikke-internasjonal væpnet konflikt.²¹ Reglene for internasjonale væpnede konflikter får derfor ikke anvendelse og blir ikke behandlet her, med mindre de kaster lys over reglene for ikke-internasjonale væpnede konflikter. Heller ikke spørsmålene knyttet til krigens folkeretts anvendelse på andre tilfeller enn væpnede konflikter behandles nærmere. I det følgende blir begrepet intern væpnet konflikt brukt synonymt med traktatrettens begrep "ikke-internasjonal væpnet konflikt".

Problemstillingens to hovedspørsmål vil derfor heretter være om norske ISAF-soldater er lovlige mål for angrep fra Taliban etter reglene for interne væpnede konflikter, og om Talibans bruk av veibomber er et lovlig virkemiddel etter krigens folkerett for interne væpnede konflikter.

¹⁹ Jf. GK art. 3 som viser til "...armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties" Se og TP 2. art. 1. Denne gjelder imidlertid ikke der partene utelukkende er opprørsgrupper. Se punkt 2.1 hvor forskjellen mellom GK art. 3 og TP 2 redegjøres nærmere for.

²⁰ Se Fleck (2008) s.619 hvor det blant annet på bakgrunn av fortalen til TP 2 (4), hvor det fremholdes at det grunnleggende prinsippet om humanitær behandling kan få anvendelse også utenfor situasjonene som faller inn under traktaten, antas at dette prinsippet også kan få anvendelse på situasjoner nedenfor terskelen for væpnet konflikt. Se tilsvarende i TP 1 art. 1 nr. 3 for internasjonale konflikter. Terskelen for væpnet konflikt er behandlet nærmere i punkt 2.1.

²¹ Fordi situasjonen i Afghanistan er en etterfølger av den internasjonale konflikten mellom USA og allierte, mot Taliban som de facto regjering i Afghanistan i 2001. Så er det hevdet av noen, blant annet av Dinstein, at situasjonen i Afghanistan fortsatt er å betrakte etter reglene for internasjonale konflikter. Dette spørsmålet blir ikke tatt opp til nærmere behandling her.

1.3.2 Forholdet til internasjonal strafferett - krigsforbrytelser

Virkningene av at veibombebruken utgjør brudd på krigens folkerett må ses i lys av internasjonal strafferett. Krigens folkerett og internasjonal strafferett er forskjellige rettsområder, men har tilknytning til hverandre gjennom krigsforbrytelsene, som utgjør kvalifiserte brudd på krigens folkerett.²²

Tidligere var det antatt at krigsforbrytelser kun utgjorde brudd på reglene for internasjonale væpnede konflikter.²³ Etter praksis The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (fra nå av ICTY), og etableringen av International Criminal Court har det skjedd en utvikling i retning av også å anerkjenne at brudd på regler for interne konflikter kan utgjøre krigsforbrytelser.²⁴ Det motsatte standpunkt representerer i dag ikke lenger gjeldende rett.²⁵

Internasjonalt straffansvar krever at brudd på den enkelte regel innen krigens folkerett medfører individuelt straffansvar.²⁶ Svaret på dette er å finne utenfor krigens folkerett, i kildene for internasjonal strafferett. Blant annet rettspraksis fra internasjonale og nasjonale domstoler, statuttene til internasjonale domstoler, stateres interne rett og som Antonio Cassese uttaler: *"the general principles of criminal justice common to nations of the world as set out in international instruments, acts resolutions and the like"*.²⁷ Spørsmålet om brudd på forbudet mot våpen som medfører unødvendig skade og lidelse, og forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile medfører individuelt straffansvar,

²²Se ICCs statutter art. 8 nr. 2 (a),(b), (c) og (e).

²³ Se Cassese (2008) s.81. Se for eksempel GK I art. 50 og TP 1 art. 85 som angir hvilke brudd som er å anse som *"grave breaches"* og dermed *"war crimes"* jf. TP 1 art. 85 nr. 5 i relasjon til disse traktatene.

²⁴ Se Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No IT -94-1-AR72 (2. October 1995) (fra nå Tadic i.a.j) avsnitt nr. 128-136 og ICCs statutter art. 8 nr. 2 (c) og (e).

²⁵ Se Cassese (2008) s.81.

²⁶ Se Tadic i.a.j avsnitt 128-136 hvor det fremgår et vilkår om *"criminal liability"*.

²⁷ Se Cassese (2008) s.85.

krever i så måte mer å ta stilling til.²⁸ Dette er fordi brudd på disse ikke er gjort straffbare i statuttene til internasjonale domstoler eller i rettspraksis.²⁹ Tilsvarende spørsmål for brudd på reglene om hvem som er lovlige mål er mindre problematisk å ta stilling til, fordi brudd på de fleste av disse er gjort straffbare, blant annet i statuttene til ICC.³⁰

Siden avhandlingens problemstilling tar for seg rettsstillingen etter krigens folkerett, og av hensyn til avhandlingens rammer, blir ikke virkningene av brudd på krigens folkerett og forholdet til internasjonal strafferett behandlet nærmere. Rettskilder knyttet til internasjonal strafferett blir allikevel tatt i betraktning der det kan belyse innholdet av krigens folkerett. For eksempel statuttene til ICC og rettspraksis fra krigsforbryter tribunaler.

I tillegg må bruddet utgjøre en ”*serious violation*” av krigens folkerett.³¹ ICTY har lagt til grunn at dette krever ”...*a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim...*”.³² Det må også være sammenheng mellom den væpnede konflikten og selve handlingen.³³ I tillegg må gjerningsmannen ha utvist tilstrekkelig skyld.³⁴

²⁸ Se nærmere om disse reglene i punkt 2.2 og 4.

²⁹ Se Cassese (2008) s.85.

³⁰ Se ICCs statutter art. 8 (c) og (e). Se nærmere om disse reglene i punkt 2.2 og 3.

³¹ Se ICCs statutter art. 8 nr. 2 (c) og (e). Se og Cassese (2008) s.81. Dette er et vilkår som springer ut av systematikken med ”*grave breaches*” i GK, men er ikke begrenset til GK. Det brukes derfor en annen terminologi.

³² Se Tadic i.a.j avsnitt 94.

³³ Se Cassese (2008) s.83. Se og Kittichaisaree s. 193 hvor det på bakgrunn av rettspraksis fremholdes at dette krever en: ”...*obvious link between the crime and the armed conflict in the sense of being closely related to or committed in conjunction with, or in the context of and is associated with, the armed conflict..*” Handlinger med et personlig motiv faller dermed utenfor.

³⁴ Se for eksempel ICCs statutter art. 30, hvor det for statuttene vedkommende kreves ”*intent*” and ”*knowledge*”.

1.3.3 Forholdet til intern strafferett

Ved internasjonale konflikter beror rettsvirkningene av at en person har deltatt i krigshandlinger, på om vedkommendes primærstatus etter krigens folkerett er sivil eller kombatant.³⁵ Kombatantstatus gir blant annet immunitet mot straffeforfølgning etter motpartenes interne rett, for krigshandlinger utført i henhold til krigens folkerett. Kombatante er imidlertid ikke beskyttet mot motpartens maktbruk, slik som de sivile i utgangspunktet er.³⁶

Immuniteten mot straffeforfølgning bygger på at folkeretten anerkjenner at vedkommende foretar krigshandlinger på vegne av sin stat, og forutsettes av systematikken i regelverket.³⁷ Dette gjenspeiles i reglene om straffeforfølgning av krigsfanger, hvor personer med sekundærstatus krigsfange, på bakgrunn av at deres primærstatus som kombatante ikke kan straffes av motparten for krigshandlinger som er utøvet i henhold til krigens folkerett. Dette følger implisitt av reglene i GK III kap. 3 om behandling av krigsfanger og TP 1 art. 44 og 45. En fullstendig redegjørelse for disse bestemmelsene tar mer plass enn avhandlingens rammer tillater og blir derfor ikke foretatt her. Men prinsippet gjenspeiles for eksempel av TP 1 art. 45 nr. 3, som innebærer at sivile kan straffes for direkte deltagelse i kamphandlinger fordi folkeretten ikke gir disse samme immunitet mot straffeforfølgning

³⁵ Se Fleck (2008) s.79.

³⁶ Se nærmere om sivils krav på beskyttelse og unntak fra utgangspunktet om at kombatante ikke er beskyttet i punkt 3.1.1.

³⁷ Se TP 1 art. 43 nr. 2 if., hvor det fremgår at "*combatants... ..have the right to participate directly in hostilities..*".

for lovlige krigshandlinger som krigsfanger.³⁸ Disse er å anse som ”*unprivileged belligerents*”.³⁹

Kombatantstatus tilligger i utgangspunktet medlemmer av en stats væpnede styrker jf. TP 1 art. 43 nr. 2 jf. nr. 1. Med unntak for blant annet medisinsk personell, som etter folkeretten ikke har kombatantstatus, men status som ”non-combatants”.⁴⁰

Dette stiller seg annerledes ved interne væpnede konflikter, hvor krigens folkerett har utviklet seg fra det utgangspunkt at bekjempelsen av et opprør er et indre anliggende, underlagt statens suverene håndtering. Statene har ikke sett seg tjent med å gi tilsvarende regler som for internasjonale væpnede konflikter, særlig med hensyn til immunitet mot straffeforfølgning for deltagelse i den væpnede konflikten. Også her skilles det mellom kombatante og sivile⁴¹, men kombatantstatus eksiterer ikke.⁴² Reglene om krigsfangestatus gjelder heller ikke.⁴³ Rettsvirkningen av dette er at Taliban opprørere kan straffeforfølges

³⁸ Et unntak fra dette er å finne i GK III art. 4 A nr. 6 som gir sivile som deltar i en ”*levée en masse*” krigsfangestatus og samme behandling som kombatante med hensyn til straffeforfølgning for deltagelsen. Det er også øvrige personer som ikke er kombatante, men allikevel har krigsfangestatus etter art. 4 A. Men disse kan straffes for deltagelse i krigshandlinger. Dette antas å følge forutsetningsvis av art. 85 jf. 99 i GK III. Hva som ligger i direkte deltagelse er nærmere redegjort for i punkt 3.1.1.

³⁹ Se Fleck (2008) s.83. Straffeforfølgningen må imidlertid oppfylle de minimumskrav som følger av TP 1 art. 75.

⁴⁰ Se TP 1 art. 43 nr. 2. Se nærmere i Fleck (2008) s.79 om øvrige unntak.

⁴¹ Se nærmere i punkt 3.1.1 om skillet mellom stridende og sivile.

⁴² Det er imidlertid fremholdt at kombatantstatus også eksiterer ved interne væpnede konflikter, men kun for en stats medlemmer av de væpnede styrker. Se Barth Eide (2009) som med uttalelsen: ”Opprørerne har – i motsetning til regjeringsstyrkene og de internasjonale styrkene... ...- ikke kombatantstatus, dvs. at de ikke kan påberope seg folkerettslige regler om immunitet for lovlige krigshandlinger på vegne av en stat.”, kan sies å legge et slikt syn til grunn. Dette har imidlertid ikke støtte i traktatretten og er ikke i tråd med ICRCs oppfatning av rettstilstanden. Se *The relevance of IHL in the context of terrorism* (2005) for ICRCs syn på kombatantstatus ved interne væpnede konflikter.

⁴³ GK art. 3 nr. 1 (d) setter imidlertid minimumskrav til eventuell straffeforfølgning.

for sin veibombebruk mot norske ISAF-soldaterter, til tross for at bruken ikke skulle være i strid med krigens folkerett.

I konflikter etter TP 2, som krever at opprørerne har territoriell kontroll. Kan straffeforfølgning for deltagelse i praksis vise seg å bli vanskelig. Fordi staten dermed har begrenset evne til å håndheve intern rett. I tillegg medfører den massive deltagelsen i en konflikt utfordringer for myndighetenes behandling av straffesaker. Intern strafferett møter derfor på utfordringer ved interne konflikter som kan gjøre den lite anvendbar.

Avhandlingens problemstilling knytter seg til krigens folkerett. Intern rett blir derfor ikke tatt i betraktning, med mindre det kaster lys over krigens folkerett. I punkt 3.2 behandles deler av sidene ved forholdet til intern rett nærmere.

1.3.4 Forholdet til menneskerettighetene

Menneskerettighetene kan være av betydning ved interne væpnede konflikter, både ved tolkningen av krigens folkeretts regler og som selvstendig rettsgrunnlag.⁴⁴ Disse reglene viser seg spesielt ved statens fengsling og straffeforfølgning av opprørere eller beskyttelsen av sivile.⁴⁵ Hva gjelder reguleringen av veibombebruken mot norske ISAF-soldater støter anvendelsen av menneskerettighetene imidlertid på problemer.

Dette er for det første fordi opprørsgrupper som Taliban ikke er direkte folkerettslig forpliktet av menneskerettighetene. Menneskerettighetene forplikter kun stater til å sørge for at individet ikke utsettes for menneskerettighetsbrudd.⁴⁶ Til tross for tendenser til det

⁴⁴ Se nærmere om forholdet mellom menneskerettighetene og reglene for interne væpnede konflikter i Moir (2002) s.193-197.

⁴⁵ For eksempel gjennom FNs Torturkonvensjon av 10. desember 1984. Se nærmere om betydningen for statens beskyttelse av sivile i Moir (2002) s.275.

⁴⁶ Se for eksempel FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 av 16. desember 1966 art. 2 og 41, hvor det fremgår at det er staten som er forpliktet til å sørge for at individet ikke utsettes for brudd på de rettigheter konvensjonen gir.

motsatte, er rettstilstanden i dag at opprørsgrupper ikke er folkerettslig forpliktet til å sørge for overholdelse av menneskerettighetene på samme måte som stater.⁴⁷ Taliban er kun indirekte forpliktet gjennom intern rettslig gjennomføring av Afghanistans menneskerettighetsforpliktelser.

Heller ikke Norge og norske ISAF-soldater er bundet av de menneskerettighetskonvensjoner Afghanistan har ratifisert.⁴⁸ Internasjonal sedvanerett får derimot anvendelse på alle stater, men de fleste menneskerettigheter er konvensjonsbaserte.⁴⁹ Om norske ISAF-soldater må overholde Norges konvensjonsfestede menneskerettighetsforpliktelser overfor Taliban opprørere i Afghanistan, beror på om den enkelte menneskerettighetsforpliktelse får ekstraterritoriell anvendelse utenfor norsk territorium.⁵⁰

Denne avhandlingens problemstilling tar imidlertid for seg en ikke-statlig aktørs bruk av væpnet makt mot en statlig aktør. Spørsmålet om ekstraterritoriell anvendelse av menneskerettighetsforpliktelser på norske ISAF-soldaters opptreden i Afghanistan er derfor på siden av problemstillingen. Jeg nøyer meg derfor med å påpeke at det må avgjøres ut fra en konkret fortolkning av anvendelsesområdet for den enkelte konvensjon. Noen konvensjoner strekker statens forpliktelse utover statens territorium. For eksempel er den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (heretter EMK) art. 1 og ordlyden ”...everyone within their jurisdiction...” av den europeiske

⁴⁷ Se Sriram (2010) s. 58-59. Se nærmere Lubell (2005) s.737-754 for ulike syn på om opprørsgrupper er bundet av menneskerettighetene.

⁴⁸ Se Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 art. 34. Denne er uttrykk for sedvane og innebærer at i utgangspunkte er det kun den stat som er part til en traktat som er forpliktet av den. Norge kan dermed ikke være forpliktet av de menneskerettighetstraktater Afghanistan er part til. Noe annet krever Norges samtykke og at den enkelte traktat er ment også å innføre forpliktelser for andre enn partene jf. art.34 og 35.

⁴⁹ Se Høstmælingen (2004) s.86 og s.95.

⁵⁰ Se Wienkonvensjonen art. 29, som innebærer at forpliktelsene traktaten pålegger i utgangspunktet er begrenset til statens territorium, om annet ikke fremgår av den enkelte traktaten.

menneskerettighetsdomstol i unntakstilfeller antatt å forplikte staten overfor individer som befinner seg utenfor statens territorium.⁵¹

En annen årsak til at menneskerettighetene ikke er fullt så relevante hva angår reguleringen av Talibans veibombebruk mot norske ISAF-soldater, er på grunn av forholdet mellom krigens folkerett og menneskerettighetene. Dødelig maktbruk mot individet begrenses blant annet av retten til liv, og er nedfelt bla. i FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (fra nå av sivpol.) art. 6. Etter denne skal ingen ”..*be arbitrarily deprived of his life..*”. Bestemmelsen er ufravikelig, jf. sivpol. art. 4, og får dermed i utgangspunktet også anvendelse ved væpnet konflikt. Retten til liv vil være den mest relevante menneskerettighet å betrakte Talibans veibombebruk mot norske ISAF-soldater etter.

Krigens folkerett for interne væpnede konflikter forbyr på sin side ikke å ta liv, så lenge det gjøres innenfor regelverkets rammer. I de tilfeller både krigens folkerett og menneskerettighetene får anvendelse, må eventuell motstrid mellom reglene avklares på bakgrunn av *lex specialis*-prinsippet.⁵² I forholdet mellom sivpol. art 6 og krigens folkerett vil man måtte legge til grunn at krigens folkerett som *lex specialis*, innebærer at man innenfor rammen av reglene for krigens folkerett ikke tar liv ”...*arbitrarily...*”.⁵³ Retten til

⁵¹ Se *Bankovic and others v. Belgium and others* 2001 avsnitt 71. Her var det spørsmål om konvensjonen fikk anvendelse på Natos bombing i det tidligere Jugoslavia. Her ble det lagt vekt på om staten hadde territoriell kontroll og utøvet myndighetsfunksjoner tilhørende den annen stat. I *Issa v. Turkey* 2004, hvor det var spørsmål om anvendelse av konvensjonen på tyrkiske soldaters opptreden overfor sivile i Iraq, blir det i avsnitt 71 fremholdt at det også kan legges vekt på at soldaten har faktisk kontroll over individet. Noe som i så fall senker terskelen for når EMK får anvendelse ved militære operasjoner.

⁵² Se *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136. Avsnitt 106. Se og Sasso'li (2008) s.603.

⁵³ Se *Nuclear Weapons Case* avsnitt 25. Hvor det uttales: “*The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war... In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable lex specialis, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through*

liv er derfor først aktuell å ta i betraktning der krigens folkerett ikke regulerer forholdet mellom partene og de berørte i en væpnet konflikt, eller der liv går tapt som følge av brudd på krigens folkerett, som i så fall er "...arbitrarily..." i sivpol. art. 6 sin forstand.

Menneskerettighetene ligger på denne måten i bakgrunnen og får anvendelse så lenge de ikke er fravikelige ved væpnet konflikt, og krigens folkerett som *lex specialis* ikke skulle tilsi noe annet. Det er imidlertid staten som i så fall er direkte forpliktet til å sørge for at de overholdes. I forhold til en ikke-statlig aktørs bruk av væpnet makt mot statsmakten, slik denne avhandlingen befatter seg med, er menneskerettighetene dermed av mindre betydning. Problemstillingene rundt menneskerettighetenes anvendelse ved interne væpnede konflikter og hvordan opprørsgrupper kan være bundet av disse, blir derfor ikke behandlet nærmere her.

1.3.5 Begrepet veibombe

Begrepet veibombe blir i denne avhandlingen benyttet som betegnelse på hjemmelagde bomber som plasseres på og langs med veier, og som detoneres mot kjøretøy eller personer som passerer. Militærfaglig faller slike bomber inn under den mer omfangsrrike betegnelsen "improvised explosive device", en betegnelse som omfatter alle former for improviserte bomber.⁵⁴

Selv improviserte bomber som plasseres langs veien kan komme i utallige varianter avhengig av type og mengde sprengstoff samt bombens øvrige sammensetning. For eksempel kan en bombe lages med splintskapende materialer eller med prosjektiler som gjør dem panserbrytende.⁵⁵ Dette gir et stort mangfold av ulike egenskaper som

the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself".

⁵⁴ Se The Dictionary of Military and Associated Terms (2009) s. 256 og Simonsen (2009).

⁵⁵ Benjaminsen (2009).

vanskeliggjør en juridisk karakteristik. En avgrensning er derfor nødvendig. En ikke uvanlig metode å lage slike bomber på i Afghanistan er ved bruk av artillerigranater.⁵⁶ Her blir det hovedsakelig tatt stilling til slike.

Måten veibomben utløses på kan også være av betydning. Det er to hovedtyper utløsningsmekanismer som er brukt av Taliban i Afghanistan.⁵⁷ Enten fjernkontroll eller så kalt ”*victim operated*”.⁵⁸ Ved førstnevnte mekanisme aktiveres bomben av en Taliban-opprører når et mål passerer. Sistnevnte mekanisme fungerer ved at offeret selv utløser bomben, for eksempel ved at en tråd spennes opp over veien og når offeret bryter den utløses veibomben.⁵⁹ Her tas utgangspunkt i disse to utløsningsmekanismene. Begrepet offeroperert blir her brukt synonymt med ”*victim operated*”.

1.3.6 Forholdet til krigens folkeretts regler om ulovlige krigføringsmetoder

Krigens folkerett inneholder regler som regulerer om et våpen i seg selv er forbudt og regler som regulerer partenes metoder, herunder måter våpen som ikke er forbudte kan benyttes.

Et fellestrekk ved veibombebruk som metode er at det skaper frykt for å bruke ferdselsårer på vanlig måte. Å påføre kombatante frykt for å benytte veier, er ikke i seg selv en ulovlig metode. Det kan derimot være en ulovlig måte å oppnå dette målet på, dersom veibomber som våpen er ulovlig. Bruk av veibomber mot sivile for å skape frykt blant disse er imidlertid ikke en tillatt metode. Slike metoder kan karakteriseres som terrorisme.⁶⁰ Bruk

⁵⁶Se Ydstebø (2009).

⁵⁷Se Simonsen (2009).

⁵⁸Ibid.

⁵⁹Ibid.

⁶⁰Se TP 2 art. 13 nr. 2 hvor det fremgår: “...Acts... of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian are prohibited” Dette fremgår og av TP 1 art. 51 nr. 2. Se også ICCs statutter art. 8 nr. 2 (e) (i).

av veibomber mot sivile vil og kunne omfattes av forbudet mot metoder som ikke skiller mellom stridende og sivile, som gjenspeiles i TP 1 art. 51 nr. 4. Spesielt bruk av offeropererte veibomber kan være problematisk i så måte, da de utløses uavhengig av hvem som passerer. På bakgrunn av avhandlingens tilgjengelige rammer, og at problemstilling ikke tar utgangspunkt i forholdet mellom Taliban og sivile, blir ikke veibombebrukens stilling etter reglene om ulovlige krigføringsmetoder behandlet nærmere. Hva gjelder offeropererte veibombers stilling etter reglene om forbud mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile, behandles dette i punkt 4.4.

1.3.7 Tid

Interne konflikter er av dynamisk art, da de utvikler seg hele tiden fra begynnelse til slutt. Dette kan få rettslig betydning. En konflikts karakter er av betydning for om krigens folkerett for intern væpnet konflikt i det hele tatt får anvendelse, og til en viss grad avgjørende for hvilke ulike regler innen krigens folkerett for interne væpnede konflikter som får anvendelse.⁶¹ For rettstilstanden med hensyn til denne avhandlingens problemstilling er det derfor avgjørende hvilket tidspunkt som legges til grunn. Også i relasjon til Taliban og denne gruppens status etter krigens folkerett, er tidspunktet som legges til grunn av betydning.⁶² I tillegg kan rettskildebildet endre seg, noe Afghanistans seneste ratifisering av TP 1 og TP 2 er eksempel på. Hva gjelder situasjonen i Afghanistan blir det tatt stilling til denne slik den er i dag, anno 2009. Det innebærer at konfliktens tidligere karakter kun blir trukket frem der det kan være med å belyse dagens rettstilstand.

⁶¹ Krigens folkerett får først anvendelse på situasjoner av intern uro i en stat når situasjonen har utviklet seg til å bli en intern væpnet konflikt. Se GK art. 3 og TP 2 art. TP 1 og ordlyden "*armed conflict*". Tilleggsprotokollen har imidlertid en høyere terskel for "*armed conflict*" enn GK art. 3, se Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s. 1348-1349. Se nærmere om dette i punkt 2.1.

⁶² Taliban har gått fra å være en opprørs gruppe til å bli Afghanistans de facto regjering og senere mistet sin status som regjering.

1.4 Den videre fremstillingen

I avhandlingens del 2 behandles hvor vidt veibombebruken faller inn under krigens folkerett for intern væpnet konflikt. Deretter blir de problemer som reises av spørsmålet om norske ISAF-styrker er lovlige mål for angrep behandlet i del 3. I del 4 behandles veibombene som virkemiddel. I del 5 foretas en oppsummering.

2 Virkeområdet for reglene som regulerer intern væpnet konflikt

2.1 Reglernes materielle virkeområde - vilkåret om intern væpnet konflikt

Grensen for når reglene for intern væpnet konflikt får anvendelse går ved situasjoner som utgjør væpnet konflikt.⁶³ For at Talibans veibombebruk skal kunne betraktes etter reglene, må det foreligge en intern væpnet konflikt i Afghanistan, noe det synes å være enighet om.⁶⁴

Et vilkår om væpnet konflikt fremgår av GK art. 3 og TP 2 art. 1 samt gjenspeiles i ICCs statutter art. 8 nr. 2 (c) og (e). Vilkåret er også lagt til grunn i rettspraksis fra ICTY.⁶⁵

Vilkåret om væpnet konflikt innebærer at konflikten i Afghanistan må ha en viss intensitet for at reglene i det hele tatt skal få anvendelse.

Når man står overfor en væpnet konflikt er imidlertid ikke helt uproblematisk å fastslå, da det ikke er noen allment akseptert definisjon av begrepet.⁶⁶ Dette skyldes dels den vage ordlyden i noen av traktatene, som dermed gir rom for tolkningsalternativer.⁶⁷ Og dels det at terskelen for væpnet konflikt er forskjellig i relasjon til de ulike traktatene.⁶⁸

⁶³ Se for eksempel GK art. 3.

⁶⁴ Se Strøm Eriksen (2009), Barth Eide (2009) samt Harpviken og Bergsmo (2009). At det foreligger en intern væpnet konflikt i Afghanistan er og lagt til grunn i canadisk rettspraksis. Se Amnesty international v. defence and attorney general Canada avsnitt 17.

⁶⁵ Se Tadic i.a.j. avsnitt 66 til 71.

⁶⁶ Se UK Ministry of Defence (2004) s. 31 punkt 3.5.1 og Moir (2002) s.32.

⁶⁷ Se for eksempel GK art. 3 som kun bruker begrepet "*armed conflict*" uten at bestemmelsen gir en nærmere definisjon av begrepet.

⁶⁸ TP 2 har en høyere terskel for væpnet konflikt enn GK art. 3, se Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s. 1348-1349. Hva gjelder ICCs statutter skaper ordlyden "*protracted*" i art. 8 nr. 2 (f) til forskjell fra ordlyden i (d) som ikke har tilsvarende krav, uklarhet om terskelen for væpnet konflikt går samme sted som GK art. 3 for reglene i (e) eller ikke, se Fleck (2008) s.611.

Sistnevnte innebærer at man kan skille mellom ulike former for væpnet konflikt med tilhørende regler.⁶⁹

Før Afghanistans ratifikasjon av TP 2 var det av større interesse om intensiteten på konflikten er overfor den nedre terskel for væpnet konflikt, enn hva slags væpnet konflikt situasjonen i Afghanistan kan karakteriseres som etter traktatretten. Da denne da ikke ville få direkte anvendelse på konflikten uavhengig av om terskelen for væpnet konflikt var oppnådd. Jf. kravet i art. 1 nr.1 om at konflikten må: “...*take place in the territory of a High Contracting Party...*” Traktaten inneholder imidlertid ikke noen direkte våpenforbud mot veibomber, men en del regler om hvem som er lovlige mål og hvordan veibomber i så måte kan brukes. Se traktatens art. 4 samt reglene i del 3 og 4, som for eksempel innebærer at Taliban ikke kan gjennomføre et angrep mot skadede norske ISAF-soldater. Lignende forbud kan imidlertid utledes av andre rettslige grunnlag, for eksempel GK art. 3. TP 2s anvendelse har imidlertid større betydning for rettigheter og plikter i forbindelse med fangenskap jf. art 5, som ikke reguleres av GK art. 3.

Kravet om væpnet konflikt utgjør en rettslig standard som gir anvisning på en konkret helhetsvurdering av en rekke relevante momenter. En fullstendig angivelse av den nedre terskelen for væpnet konflikt, er på grunn av standardens skjønnsmessige karakter en omfattende oppgave og faller utenfor intensjonen med denne avhandlingen. Alle sider av den nedre terskelen for væpnet konflikt blir derfor ikke behandlet her.

TP 2 art. 1 nr. 2 kaster lys over hvor den nedre grensen for væpnet konflikt går, og er derfor relevant å ta i betraktning ved vurderingen av intensiteten på konflikten etter GK art. 3. Av denne fremgår det at intern væpnet konflikt ikke utgjør: “...*situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other*

⁶⁹ Noen konflikter er kun over terskelen etter GK art. 3 og når ikke opp til terskelen etter TP 2. Disse vil kun være underlagt reglene i GK art. 3. Mens konflikter som også er over terskelen etter TP 2 vil være underlagt både GK art. 3 og TP 2. GK art. 3 inneholder færre regler enn TP 2, skillet får dermed praktisk betydning. Se Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s.1350 samt Moir (2002) s.101-102.

acts of a similar nature...”. Dette er situasjoner som også faller utenfor væpnet konflikt etter GK art. 3.⁷⁰ Dette er heller ikke etter ICCs statutter, jf. art. 8 nr. 2 (d) og (e), å anse som væpnet konflikt.⁷¹ Situasjonen i Afghanistan må derfor minst ha en høyere intensitet enn ”*internal disturbances and tensions*” for at den skal utgjøre en væpnet konflikt.

Både ”*armed conflict*” og ”*situations of internal disturbances and tensions.*” har med konfrontasjon mellom ulike grupper å gjøre.⁷² ”*internal disturbances*” kan komme i flere forskjellige former.⁷³ Alt fra spontane opptøyer som demonstrasjoner og andre mindre former for sivil ulydighet, til kamper mellom mer eller mindre organiserte væpnede grupper eller slike grupper og statens regjering.⁷⁴ Disse situasjonene vil kunne innebære at regjeringen må bruke militære maktmidler for å håndtere situasjonen, uten at man av den grunn står overfor ”*armed conflict*”.⁷⁵

⁷⁰ Ordlyden i TP 2 art. 1 nr. 2 ble fremforhandlet på et tidspunkt hvor det var meningen at terskelen for intern væpnet konflikt etter bestemmelsen skulle gå samme sted som GK art. 3. Et likt anvendelsesområde for begge traktatene ble ikke det endelige resultatet, men forslaget ordlyd ble allikevel tatt inn uforandret i TP 2 art 1 nr. 2 . Se Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s. 1354. Det er imidlertid viktig å påpeke at GK art. 3 er autonom og ikke påvirkes av TP 2, Ibid s. 1350. Også i øvrig juridisk teori er det antatt at dette representerer grensen for når GK art 3 får anvendelse. Se Moir (2002) s. 101. Det er og fremholdt at *internal disturbances and tensions* utgjør grensen for når reglene for intern væpnet konflikt i det hele tatt får anvendelse. Se Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s.1355 og Fleck (2008) s. 616.

⁷¹ Det er ikke dermed sagt at ordlyden i TP 2 art. 1 nr. 2 har samme innhold som ICCs statutter, men at det samme uttrykkes i relasjon til ICCs statutter tilsier at dette representerer den nedre grense for hva reglene får anvendelse på.

⁷² For GK art. 3 sitt vedkommende kan ”*armed conflict*” både være snakk om konfrontasjon opprørsgrupper i mellom, eller mellom staten og en eller flere opprørsgrupper. For TP 2 derimot følger det av art. 1 nr. 1 at partene må være staten mot: ”*..dissident armed forces or other organized armed groups..*”. En konflikt mellom organiserte væpnede grupper, hvor staten ikke deltar kan ikke falle inn under TP 2.

⁷³ Se Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s.1355.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

Et krav om at opprørerne må ha en viss grad av organisering er egnet til å kaste lys over hvor den nærmere grensen mellom væpnet konflikt og ”*situations of internal disturbances and tensions*” går. Det er antatt at opprørerne ikke kan være en løst og tilfeldig sammensatt gruppe, men må ha en slik grad av organisering at de har forutsetninger for å kunne overholde de forpliktelsene regelverket pålegger dem. Noe som stiller krav om en autorativ ledelse som kan påvirke medlemmene av gruppen i en slik grad at de overholder forpliktelsene. For TP 2 sitt vedkommende fremgår et slikt krav av ordlyden i art. 1 nr. 1. I GK art. 3 fremgår ikke dette av ordlyden, men er antatt å være en del av vilkåret om ”*armed conflict*” i bestemmelsens forstand.⁷⁶

Å etterleve forpliktelsene kan kreve at opprørsorganisasjonen har en viss grad av territoriell kontroll. For GK art. 3 sitt vedkommende er ikke dette uttalt i ordlyden, men forpliktelsene i GK art. 3 nr. 1 d og nr. 2 stiller høye krav til opprørernes organisasjon og kan tenkes å kreve en viss grad av territoriell kontroll. De øvrige forpliktelsene i GK art. 3 vil antagelig kunne håndheves med et autorativt lederskap egnet til å påvirke medlemmenes handlinger. Det er antatt i juridisk teori at territoriell kontroll ikke er et nødvendig krav hva gjelder ”*armed conflict*” etter GK art. 3, så lenge øvrige krav er tilfredstilt.⁷⁷ TP 2 har derimot i art. 1 nr. 1 et eksplisitt krav om en viss form for territoriell kontroll.⁷⁸

ICTY har omtalt væpnet konflikt som: ”...*protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups...*”⁷⁹ Uttalelsen er sett på som en tendens i retning av at voldsbrukens intensitet og varighet er av større betydning for om væpnet konflikt foreligger, enn opprørernes evne til å implementere reglene og at de har

⁷⁶ Se Moir (2002) s. 36.

⁷⁷ Se Moir (2002) s. 38

⁷⁸ TP 2 art. 1 nr. 1 if. Inneholder et krav om at opprørerne må ha: ”...*such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol*”.

⁷⁹ Se Tadic i.a.j avsnitt nr. 70.

territoriell kontroll.⁸⁰ Men man har og de som hevder uttalelsen kun er ment som en beskrivelse av væpnede konflikter, til forskjell fra *internal disturbances and tensions*.⁸¹

Begrepet "*protracted*" er og brukt i ICCs statutter art 8 nr. 2 (f), men her kan ordlyden gi inntrykk av å skulle skape en høyere terskel for væpnet konflikt enn etter GK art. 3.⁸² Det er derimot argumentert for at begrepet "*protracted*" i denne sammenheng ikke innebærer annet enn en beskrivelse av en situasjon som i seg selv er innenfor begrepet "*armed conflict*".⁸³ I så fall vil ikke bruken av begrepet innebære en høyere terskel for ICCs statutter art 8 nr. 2 (f), enn (e), som følger terskelen etter GK art. 3.⁸⁴

Uavhengig av hva man legger i ICTYs bruk av elementet "*protracted armed violence*" og uttalelsens betydning for den nedre grensen for væpnet konflikt, er det gode grunner for å anta at situasjonen i Afghanistan ikke bare utgjør "*internal disturbances and tensions*". Det er fordi dagens situasjon med Taliban i opposisjon mot regjeringen har pågått over lenger tid, i motsetning til sivile opptøyer og demonstrasjoner av mindre omfang og mer kortvarig art.⁸⁵ Flere av de øvrige momentene synes også å være tilfredstilt. Blant annet at kjernen av Taliban er en gruppe med en autorativ ledelse, som må kunne antas å ha slik innflytelse over sine medlemmer at de kan påvirke til overholdelse av de forpliktelser krigens folkerett

⁸⁰ Se Moir (2002) s.43, her omtales dette som en mulig tendens i retning av en oppmykning av kravene etter GK art. 3.

⁸¹ Se Fleck (2008) s. 610

⁸² Ibid. Hvor det uttales: "*This limitation to "protracted armed conflict" is not mentioned in sub-paras c and d with respect to... Article 3 common to the Geneva Conventions, hence different threshold could be construed for the application of sub-paras e and f.*".

⁸³ Se Fleck (2008) s. 611

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Dagens situasjon er en etterfølger av den internasjonale konflikten som pågikk mellom Taliban som de facto regjering og USA med allierte fram til 2002 og har dermed pågått over flere år. Se Barth Eide (2009).

pålegger.⁸⁶ At Taliban velger ikke å overholde reglene er ikke av betydning, da det er en objektiv vurdering som skal legges til grunn.⁸⁷

I tillegg har Taliban en viss territoriell kontroll over de områdene av Afghanistan hvor regjeringshæren med allierte ikke har et konstant nærvær.⁸⁸ Det at man har funnet det nødvendig å bruke et stort antall soldater for å håndtere urolighetene må og tillegges vekt.⁸⁹ Det er og et moment at FNs sikkerhetsråd har ansett situasjonen som en trussel mot internasjonal fred i flere sikkerhetsråds resolusjoner.⁹⁰

Konfliktens intensitet kan være ulik i forskjellige deler av Afghanistan. Sør er ansett mer urolig enn nord, hvor norske ISAF-soldater er stasjonert. I tillegg kan det spørres om de Taliban fraksjonene som opererer i nord kan identifiseres med de i sør. Dette kan imidlertid ikke brukes som argument i retning av det ikke skulle foreligge en væpnetkonflikt der norske ISAF-soldater befinner seg, da det jf. rettspraksis fra ICTY er antatt at: *”International humanitarian law continuous to apply in the whole territory... ..under control of a party, wheter or not actual combat takes place there”*.⁹¹

⁸⁶ Taliban har nå utgitt en egen militærmanual som instruerer opprøreren i hvordan de skal gå fram. Se Partlow (2009).

⁸⁷ Se Moir (2002) s. 45, hvor det i relasjon til GK art. 3 fremholdes at vurderingen må foretas konkret i hvert enkelt tilfelle og i utgangspunktet skal være objektiv.

⁸⁸ Et eksempel er Helmand provinsen hvor man nå har satt i gang en omfattende operasjon for å få kontroll over området. Se Chandrasekaran (2009) og Filseth (2009) hvor det fremgår at Taliban i dette området har fordrevet lokale offentlige tjenestemenn, de lokale politimyndighetene og selv håndhever lov og rett, samt oppkrever skatt fra lokalbefolkningen.

⁸⁹ Per oktober 2009 var ISAF til stede med 71030 soldater, se *International Security Assistance Force (ISAF): Facts and Figures ISAF Regional Comand and PRT locations* (2009). USA alene har 62000 soldater i landet, se Aftenposten 9. September 2009 s. 15.

⁹⁰ Se blant annet sikkerhetsrådsresolusjon nr. 1363 (2001), nr.1386 (2001), nr. 1390 (2002), nr. 1833 (2008) og 1890 (2009). Dette er en av fire antatte retningslinjer for om væpnet konflikt foreligger etter GK art. 3. Se Commentary 1. geneva conventions Pictet (1952) s.49-50.

⁹¹ Se Tadic i.a.j avsnitt nr. 70.

Talibans veibombebruk mot norske ISAF-soldater foregår innen konteksten av en intern væpnet konflikt og kan derfor betraktes i lys av reglene innen krigens folkerett for interne væpnede konflikter.

2.2 Nærmere om sedvanens materielle virkeområde

Hva gjelder sedvanen innen krigens folkerett er det uenighet knyttet til i hvilken utstrekning disse reglene får anvendelse på interne væpnede konflikter.⁹² ICCs statutter art. 8 nr.2 (e) forutsetter at interne væpnede konflikter til en viss grad reguleres av sedvanerett. ICRCs sedvanerettsstudie legger og til grunn at mange av studiens sedvaneregler får anvendelse både ved interne og internasjonale væpnede konflikter.⁹³

I dag er det vanskelig å opprettholde et standpunkt om at kun traktatretten får anvendelse på interne væpnede konflikter. Allikevel er det fortsatt ikke helt klart hvilke sedvaneregler som får anvendelse og ikke.⁹⁴ Det kan derfor oppstå gråsoner som gir rom for å spørre i hvilken grad sedvanen kan anvendes på Talibans bruk av veibomber.

ICTY har gått langt i retning av å gi regler som regulerer lovlige mål og regler om tillatte metoder og virkemidler for internasjonal væpnet konflikt anvendelse også ved intern væpnet konflikt.⁹⁵ Domstolen uttalte i Tadic dommen: “*..elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible*

⁹² Se UK Ministry of Defence (2004) s. 386 pkt. 15.5 og Moir (2002) s. 133.

⁹³ Se Henckaerts (2005).

⁹⁴ Se Fleck (2008) s. 625.

⁹⁵ Se Tadic i.a.j avsnitt 119.

in civil strife.”⁹⁶ Uttalelsen er trukket veksel på i juridisk litteratur, som argument for at deler av sedvanen for internasjonale konflikter til en viss grad får anvendelse også i interne væpnede konflikter.⁹⁷ Domstolen har imidlertid også blitt kritisert for å legge for mye vekt på blant annet militære manualer, offisielle uttalelser fra stater og rettspraksis, i motsetning til faktisk statspraksis, som momenter i retning av at vilkåret for sedvane om *opinio juris* foreligger.⁹⁸

De sedvanereglene som er aktuelle å ta i betraktning i denne avhandlingen er nettopp reglene om hvem som er lovlige mål, samt forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile, og forbudet mot våpen som medfører unødvendig skade og lidelse. Disse behandles nærmere nedenfor under punkt 3.1.1, 4.3 og 4.4. Prinsippet om forbud mot våpen som medfører unødvendig skade og lidelse gjenspeiles i Haagkonv. art. 23 (e) og TP 1 art. 35 nr. 2. Hva gjelder reglene om hvem som er lovlige mål og forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile bygger disse på det grunnleggende prinsippet om distinksjon.⁹⁹

Forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile, og forbudet mot våpen som medfører unødvendig skade og lidelse, har til formål å begrense de lidelser våpen påfører.¹⁰⁰ De bygger på en grunntanke om å opprettholde en balanse mellom på den ene siden hensynet til militær nødvendighet, og på den andre siden hensynet til human

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Se nærmere Moir (2002) s. 145.

⁹⁸ Ibid s. 138.

⁹⁹ Se Nuclear Weapons Case avsnitt 78 hvor det uttales: “...The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants...” Prinsippet er i ICRCs sedvanerettsstudie antatt å få tilsvarende anvendelse både ved interne som internasjonale væpnede konflikter, Se Henckaerts (2005) s. 3. Dette kan ikke anses kontroversielt tatt i betraktning prinsippets grunnleggende karakter.

¹⁰⁰ Boothby (2007) s. 301.

behandling av de berørte og involverte i en væpnet konflikt.¹⁰¹ Et hensyn som innebærer at det ikke skal påføre større skade og lidelse enn det som er militært nødvendig.¹⁰² Spesielt ved interne konflikter hvor partenes asymmetriske ressursforhold innebærer at det er lett for den svakere part å ty til et hvert tilgjengelig middel, er det viktig at hensynet til human behandling får et effektivt vern. Våpenforbudene bygger dermed på og ivaretar hensyn som må sies å ha verdi også for slike konflikter.

Også distinksjonsprinsippet ivaretar hensyn som heller ikke gjør seg mindre gjeldende ved interne væpnede konflikter. Se nærmere om dette prinsippet i punkt 3.1.1. Forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile gjenspeiles i TP 1 art. 51 nr. 4 (b) og (c). Flere av disse reglene er forøvrig antatt å få anvendelse på interne væpnede konflikter i ICRCs sedvanerettstudie og i San Remo Manualen for interne væpnede konflikter.¹⁰³

Å legge ICTY sitt syn til grunn med hensyn til disse reglene er derfor ikke så betenkelig. I det følgende blir disse reglene derfor antatt å få anvendelse på den interne væpnede konflikten i Afghanistan.

2.3 Reglenes personelle virkeområde

Folkeretten er tradisjonelt blitt ansett som det rettssystem hvor stater er subjekter.¹⁰⁴ Det er imidlertid ikke kontroversielt at ikke statlige aktører som Taliban er bundet av sedvanen innen krigens folkerett.¹⁰⁵ At opprørsgrupper er bundet av sedvanen for interne væpnede

¹⁰¹ Boothby (2007) s.299.

¹⁰² Se nærmere om disse prinsippene i Dahl (2008) s. 45 og 301.

¹⁰³ Se Henckaerts (2005) blant andre regel 12 samt regel 33 og Schmitt (2006) regel 2.2.1.1 2.2.1.3 og regel 3.1 til 3.3.

¹⁰⁴ Se Jennings (1992) s.16.

¹⁰⁵ Se Fleck (2008) s. 608

konflikter har blitt lagt til grunn i rettspraksis fra flere hold.¹⁰⁶ Dette er i rettspraksis og juridisk teori begrunnet med det internasjonale samfunnets behov.¹⁰⁷ Ved at væpnede grupper, som utfører krigshandlinger og har en ansvarlig ledelse. På bakgrunn av det økte antallet interne væpnede konflikter hvor slike grupper spiller en viktig rolle, må være forpliktet av reglene for at disse skal fungere effektivt og etter sitt formål.¹⁰⁸

Enkeltindividet forutsettes å være bundet av sedvanen gjennom det å tilhøre og handle på vegne av en part i konflikten. Dette gjenspeiles i at handlinger som ikke foretas på vegne av en part ikke faller inn under krigens folkerett.

Et problemområde innen krigens folkerett for interne væpnede konflikter er imidlertid hvordan opprørsgrupper er bundet av traktatretten. Traktatretten er i utgangspunktet kun bindende mellom traktatpartene jf. Wienkonvensjonen art. 27 og 34. De traktatene for interne væpnede konflikter Afghanistan og Norge har inngått er ikke med Taliban, men med andre stater. Det kan dermed spørres hvordan Taliban kan være bundet av traktatretten.

¹⁰⁶ Her som ledd I en begrunnelse for hvordan opprørsgrupper er bundet av traktater som utgjør kodifisert sedvane. Se blant annet *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.s. 114 ,*The prosecutor versus Jean-paul Akayesu Case No. ICTR-96-4-T* avsnitt 608 samt Tadic i.a.j Tadic dommen avsnitt 98 og omtalen av disse i Sivakumaran (2006) på s. 371-372.

¹⁰⁷ Se *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174. Hvor det på s. 178 uttales: *“Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States.”*

¹⁰⁸ Se Sivakumaran (2006) s. 373 hvor det uttales: *“..An armed opposition group that “possesses an organized military force, an authority responsible for its acts” and forces itself onto the international plane by committing acts above the level of mere banditry must have international legal personality..”*.

2.3.1 Nærmere om hvordan traktater binder Taliban som gruppe

En måte Taliban kan være bundet på, er ved anerkjennelse av status som krigførende.¹⁰⁹ Verken Afghanistans regjering eller noen av de andre involverte statene har gjort dette overfor Taliban.¹¹⁰ Dette blir derfor ikke behandlet nærmere her, men innebærer i så fall at reglene for internasjonal væpnet konflikt får anvendelse.¹¹¹ Det kan skje eksplisitt ved deklarasjon eller notifikasjon fra en av partene overfor Taliban, eller implisitt gjennom handlinger som gjenspeiler en intensjon om de jure å anerkjenne Taliban som krigførende.¹¹²

Utover dette er det ulike syn på hvordan opprørsgrupper er bundet av traktatene. Og ikke alle disse begrunnelsesformene binder Taliban i alle henseender. Det er imidlertid enighet om at opprørsgrupper kan være bundet av traktater på samme måte som stater, derimot er det uenighet knyttet til hvordan dette skal begrunnes.¹¹³ I tillegg kan traktaten i seg selv legge begrensninger på adgangen til å binde opprørsgrupper.

En måte å begrunne hvordan Taliban er bundet av traktater, er på bakgrunn av de sedvanerettslige prinsipper som kommer til uttrykk i Wienkonvensjonens art. 34, 35 og 36, om hvordan tredjestater kan bli bundet av traktater de ikke har ratifisert.¹¹⁴ Av disse kan man utlede to vilkår for at en traktat skal binde en tredjestat: At partene til traktaten har ment å binde andre enn seg selv og at tredjestaten ønske å være bundet. Forutsatt at traktatene er ment å binde opprørere, er denne fremgangsmåten hensiktsmessig.

¹⁰⁹ Se Jennings (1992) s.165.

¹¹⁰ Se Hemmer (2009).

¹¹¹ Se Moir (2002) s.40.

¹¹² Se nærmere Jennings (1992) s.169 og s. 175.

¹¹³ Se Jennings (1992) s. 166-167, hvor blant annet TP 2 antas å binde opprørere. Se også Fleck (2008) s. 608 som uttaler: *"international treaties are not concluded on behalf of governments, but on behalf of states lawfully representing all their citizens."*

¹¹⁴ Se Sivakumaran (2006) s.377 og Moir (2002) s.53

Det er imidlertid uenighet om de sedvanerettslige prinsippene traktaten bygger på får anvendelse på enkeltindividet og grupper, eller kun stater.¹¹⁵ Fremgangsmåten har og den svakhet at den krever at Taliban ønsker å være bundet. Med tanke på Talibans posisjon som ressurs svakere part, som dermed har lav terskel for å ta i bruk et hvert virkemiddel for å oppnå sitt mål, er det en svakhet at gruppen kan unngå å være bundet ved ikke å samtykke til det.¹¹⁶ Dette er derfor ikke en hensiktsmessige måte å binde Taliban til traktatretten.

Enda en måte å binde Taliban til traktatretten er på bakgrunn av suksesjon.¹¹⁷ Denne fremgangsmåten bygger på prinsippet om at traktater inngått av en stats regjering er bindende for staten, uavhengig av hvordan regjeringen har kommet til makten. I de tilfeller en opprørsgruppe overtar regjeringsmakten blir gruppen ved suksesjon bundet av de traktater staten har ratifisert.¹¹⁸ Dette tas et steg videre ved å anse gruppen bundet også før regjeringsmakten er overtatt.¹¹⁹

Det er imidlertid ulike syn på om det er det at gruppen hevder de representerer staten som gjør opprørsgruppen bundet, eller om det avgjørende er at gruppen har faktisk territoriell kontroll over deler av staten.¹²⁰

Begge synene er kritisert. Sistnevnte blant annet fordi de facto territoriell kontroll ikke nødvendigvis tilsier at man representerer staten og at argumentasjonen dermed mister

¹¹⁵ Se Sivakumaran (2006) s.377 i motsetning til Moir (2002) som legger til grunn at prinsippene får anvendelse på alle folkerettssubjekter.

¹¹⁶ Se Sivakumaran (2006) s.377-378

¹¹⁷ Se Commentary 2. The Geneva Conventions of 12. August 1949 Pictet (1960) s. 34, Moir (2002) s.55 og Sivakumaran (2006) s.379.

¹¹⁸ Se Moir (2002) s. 55 og Sivakumaran (2006) s. 379.

¹¹⁹ Se Moir (2002) s. 55.

¹²⁰ Se Sivakumaran (2006) s.379.

vekt.¹²¹ Territoriell kontroll er og antatt ikke å være et absolutt vilkår for at væpnet konflikt skal foreligge.¹²² Ved væpnede konflikter hvor opprørerne ikke har territoriell kontroll vil ikke denne måten å binde opprørsgruppen til traktatretten føre fram. For Talibans vedkommende kan man spørre om gruppen har tilstrekkelig territoriell kontroll til å kunne forutsettes å representere staten slik denne fremgangsmåten forespeiler.¹²³

Å benytte det at gruppen hevder de representerer staten som avgjørende kriterium er kritisert, fordi ikke alle opprørsgrupper hevder de representerer staten og at disse dermed ikke vil være bundet.¹²⁴ Blant annet ved tilfeller hvor opprørerne ønsker å få til nytt valg, eller bryte ut å opprette en egen stat.¹²⁵ Hva gjelder Taliban var gruppen Afghanistans de facto regjering før de ble fordrevet, men kjemper fortsatt mot regjeringen i Afghanistan om makten i landet.¹²⁶ I så måte er ikke det å argumentere med at Taliban hevder de representerer staten og derfor må være bundet, urimelig. Å legge til grunn at Taliban som gruppe er bundet av traktatretten på bakgrunn av suksesjon synes derfor hensiktsmessig.

En annen måte å begrunne hvordan Taliban er forpliktet etter traktatretten, er kjent som "*the doctrine of legislative jurisdiction*".¹²⁷ Denne går ut på at individet er bundet av traktaten via intern rett og regjeringens ratifikasjon. Under den forutsetning at en traktat

¹²¹ Se Sivakumaran (2006) s.380

¹²² Se Commentary 1. The Geneva Conventions of 12. August 1949 Pictet (1952) s.49, hvor territoriell kontroll er et blant flere kriterier som tilsier at væpnet konflikt etter GK art. 3 er til stede, men som ikke er ment som absolutte vilkår. Se og Moir (2002) s.38 hvor det og legges til grunn at territoriell kontroll ikke er et absolutt vilkår for væpnet konflikt etter GK art. 3.

¹²³ Slik kontroll som Taliban har hatt over for eksempel Helmand provinsen trekker i retning av at de har en sterk grad av territoriell kontroll.

¹²⁴ Se Moir (2002) s. 56 og Sivakumaran (2006) s.380.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Se Wolfrum (2002) s. 585.

¹²⁷ Se Sivakumaran (2006) s.381 og Moir (2002) s. 53

blir bindende for den enkelte opprører, fordi individet gjennom interne regler om at regjeringen inngår traktater på vegne av staten, har gitt regjeringen adgang til å forplikte individet folkerettslig.¹²⁸

At fremgangsmåten bygger på og er avhengig av det interne rettssystem er en kilde til kritikk.¹²⁹ Dette er hevdet å innebære at fremgangsmåten ikke binder opprørere dersom det interne rettssystem krever en særskilt gjennomføringsakt for at traktaten skal få anvendelse i intern rett og en slik ikke er til stede for den aktuelle traktaten.¹³⁰

Et motargument til dette er at internrettslig gjennomføring ikke har betydning, da det er alminnelig antatt at det eksisterer folkerettsregler som pålegger individet plikter uavhengig av manglende gjennomføring i intern rett, samt at reglene for intern væpnet konflikt er av en slik art. Da dette forutsettes av at brudd krigens folkeretts regler, kan straffefølges som krigsforbrytelse, uavhengig av om den enkelte regel er gjennomført i intern rett.¹³¹

Avhengigheten av intern rett har også gjort at fremgangsmåten er kritisert for ikke å forklare hvordan opprørere er bundet direkte av folkeretten, kun hvordan intern rett binder opprørere.¹³² Dette har på annet hold ikke blitt tillagt avgjørende vekt. Da det uansett er enighet om at opprørsgrupper er bundet av folkerettens regler for interne væpnede konflikter, og den underliggende grunnen til ikke å bruke denne fremgangsmåten er frykten for at opprørerne ikke skal følge reglene, fordi reglene på den måten oppfattes som laget av

¹²⁸ Ibid. Se og Commentary 2. The Geneva Conventions of 12. August 1949 Pictet (1960) s. 34 som på denne måten begrunner hvordan GK art. 3 er bindende for opprørerne: "...by the fact of ratification, an international convention becomes part of law and is therefore binding upon all the individuals of that country". Se og Fleck (2008) s.608 hvor det uttales: "...international treaties are not concluded on behalf of governments, but on behalf of states lawfully representing all their citizens".

¹²⁹ Se Sivakumaran (2006) s.383-385 og Moir (2002) s. 54.

¹³⁰ Se Sivakumaran (2006) s.383.

¹³¹ Se Sivakumaran (2006) s.384-385.

¹³² Se Cassese (1981) s.429 og Moir (2002) s. 54.

motstanderen. Dette blir av fremgangsmåtenes tilhengere ansett å være et overdrevet problem, da de opprørere som ikke ønsker å følge regelverket på bakgrunn av dette, ville hatt samme innvending uansett om reglene er bindende på bakgrunn av *”the doctrine of legislative jurisdiction”* eller på annen måte.¹³³

At hjørnesteinen i *”the doctrine of legislative jurisdiction”* er intern rett har vært hevdet å innebære at i de tilfeller opprørerne har tilstrekkelig territoriell kontroll over et område til å innføre sitt eget interne rettssystem, vil premissene for å binde opprørerne etter fremgangsmåten falle bort.¹³⁴ Dette kan innebære en svakhet dersom Taliban skulle få så sterk grad av territoriell kontroll at dette skulle være aktuelt. Dette er igjen blitt møtt med samme motargument som ved manglende internrettslig gjennomføringsakt. At traktatretten for interne væpnede konflikter er ansett å få anvendelse uansett om en gjennomføringsakt er til stede eller ikke.¹³⁵ *”The doctrine of legislative jurisdiction”* synes derfor også å være en hensiktsmessig måte å begrunne hvordan Taliban er bundet av de traktater Afghanistan har inngått. Fremgangsmåten er mer hensiktsmessig enn på bakgrunn av Wienkonvensjonens prinsipper, som er avhengig av samtykke.¹³⁶

Det kan virke ulogisk at en opprørshær som kanskje aldri kommer til makten, skulle være ansett bundet til en traktat de ikke er part til, ut ifra en suksessjon som ikke enda har funnet sted.¹³⁷ *”The doctrine of legislative jurisdiction”* møter på grunn av at den går via intern rett en del hindre, blant annet det at den ikke synes å forklare hvordan folkeretten direkte binder opprørere, samt problematikken rundt gjennomføring i intern rett. Hva gjelder Taliban som har vært Afghanistans de facto regjering, og har som mål å få kontroll over

¹³³ Se Sivakumaran (2006) s.385-386.

¹³⁴ Se Cassese (1981) s.430 og Moir (2002) s.55.

¹³⁵ Se Sivakumaran (2006) s.384-385.

¹³⁶ Se Sivakumaran (2006) s.383 og 393.

¹³⁷ Se Sivakumaran (2006) s.380.

landet igjen, synes imidlertid suksjonsteorien å være den fremgangsmåten som best forklarer hvordan Taliban er direkte folkerettslig forpliktet av traktatretten.

Uavhengig av den pågående debatt omkring hvordan opprørere er bundet, er det imidlertid viktig å påpeke at det er enighet om og klart at opprørsgrupper kan være bundet av traktater de ikke er part til. De nevnte fremgangsmåter er imidlertid begrenset til det tilfelle at den stat konflikten forekommer i er part til traktaten, men det går og en grense der traktaten ikke kan tolkes slik at den er ment å forplikte andre enn de stater som er parter. Ottawa-konvensjonen er et eksempel på dette. Ordlyden i art. 1 legger plikten til ikke å bruke antipersonellminer på "*Each State Party*" og sier ikke noe om opprørsgrupper. Under traktatforhandlingene ble det fremsatt forslag om at traktaten skulle gi uttrykk for å være bindende for opprørsgrupper ved intern væpnet konflikt, men dette ble ikke tatt til følge av hensyn til ikke å vanskeliggjøre forhandlingsprosessen.¹³⁸ Slik traktaten fremkommer i dag, er den kun ment å binde stater, mens andre aktører enn staten, jf. art. 9, er bundet indirekte gjennom statens forpliktelse til å sørge for at alle innenfor statens territorium eller kontroll etterfølger reglene.

Å forplikte Taliban direkte etter traktaten på bakgrunn av systematikken i Wienkonvensjonens art 34 og 35 er utelukket. Derimot er det ikke i seg selv noe krav om at partene må gi uttrykk for at opprørsgrupper er bundet etter suksjonsteorien, eller teorien om "*legislative jurisdiction*". Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det vil være å tolke Ottawakonvensjonen "*...in good faith in accordance to the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose...*" å legge til grunn at Taliban er direkte bundet.¹³⁹ Spesielt når traktatforhandlingene viser at et slikt forslag ble forkastet.¹⁴⁰

¹³⁸ Se Maslen (2005) Commentaries on arms control treaties s.77-78.

¹³⁹ jf. Wienkonvensjonens art. 31.

¹⁴⁰ jf. Wienkonvensjonens art. 32.

3 Reglene om hvem som er lovlige mål

3.1 Hvem som skal beskyttes mot angrep

Hvilke personer og objekter som er lovlige mål for angrep, reguleres av målutvelgelsesreglene. Et fellestrekk ved disse, er at de angir personer og objekter som ikke kan angripes, eller i størst mulig grad skal beskyttes mot partenes maktbruk.¹⁴¹ Om norske ISAF-soldater er lovlige mål for angrep etter reglene for intern væpnet konflikt, er derfor et spørsmål om soldatene tilhører en personkategori som skal beskyttes mot angrep.

Omkring dette spørsmålet er det uenighet. Det er også fremholdt det syn at norske ISAF-soldater ikke under noen omstendigheter er lovlige mål, fordi folkeretten for intern væpnet konflikt ikke gir opprørere kombatantstatus og straffrihet for lovlige krigshandlinger.¹⁴² Her er nok mye av problemet knyttet til terminologien ”*lovlige mål*” og muligheten for to innfallsvinkler på spørsmålet, via intern rett eller folkeretten. Dette behandles nærmere i del 3.2.

3.1.1 Utgangspunktet - distinksjonsprinsippet

Utgangspunktet hva gjelder hvem som kan angripes og ikke, er å finne i det grunnleggende prinsippet om distinksjon mellom stridende og ikke-deltagere i væpnede konflikter.¹⁴³ Det innebærer at personer som ikke deltar i konflikten skal beskyttes mot den væpnede maktbruken partene i mellom. Dette gjenspeiles blant annet i GK art. 3 nr. 1 som beskytter ”*Persons taking no active part in the hostilities..*”.

¹⁴¹ Se for eksempel TP 2 art. 11 nr.1, 13, 14,15 og 17. Se også TP 1 art. 51, 52 og 54 som innebærer at både personer og objekter skal beskyttes mot angrep.

¹⁴² Se Barth Eide (2009) Se punkt 1.3.3 hva gjelder kombatantstatus og straffrihet.

¹⁴³ Se Nuclear Weapons Case avsnitt 78 hvor det uttales: “...The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants...”. Prinsippet er i ICRCs sedvanerettsstudie antatt å få tilsvarende anvendelse både ved interne og internasjonale væpnede konflikter, Se Henckaerts (2005) s. 3. Dette kan ikke anses kontroversielt tatt i betraktning prinsippets grunnleggende karakter.

Sivilbefolkningen som sådan og den enkelte sivile er i utgangspunktet regnet som ikke-deltagere og har derfor immunitet. Dette er lagt til grunn i TP 2 art. 13 nr.1 og 2.¹⁴⁴ Se også ICCs statutter art. 8 nr. 2 (e) (i), som forutsetter at sivile ikke skal angripes. Den enkelte sivile kan kun angripes om vedkommende deltar aktivt i stridighetene.¹⁴⁵

Når en sivilperson er å anse som aktivt deltagende er ikke nærmere definert i traktatretten og utgjør et tolkningsspørsmål hvor det kan oppstå gråsoner.¹⁴⁶ Der den sivile på spontant, sporadisk eller uorganisert vis utfører handlinger som utgjør direkte deltagelse, får vedkommende tilbake immuniteten mot angrep mellom hvert tilfelle av slik deltagelse.¹⁴⁷

Dette er kjent som ”*revolving door*” fenomenet og har til formål å beskytte de øvrige sivile som ikke deltar i konflikten.¹⁴⁸

Sivile kan også utsettes for den væpnede maktbruken beregnet på motparten. I den grad de befinner seg på eller i nærheten av et militært mål, og den militære fordel ved å ta ut målet

¹⁴⁴ Se også TP 1 nr. 1 og 2.

¹⁴⁵ Se TP 1 art. 51 nr. 3 samt TP 2 art. 13 nr. 3, hvor det fremgår at sivile ikke skal angripes ”...*unless and for such time as they take a direct part in hostilities*” Dette forutsettes og i ordlyden ”*taking no active part*” i GK art. 3. Se ICCs statutter art. 8 nr. 2 (e) (i).

¹⁴⁶ Se ICRCs Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities, Melzer (2009), som er ment som et bidrag i retning av å klarlegge blant annet dette spørsmålet. På s. 46-64 foreslås tre kumulative vilkår for at en handling skal sies å utgjøre ”*direct participation in hostilities*”. For det første at handlingen fører til skade over en viss intensitets terskel. For det andre at det må være en direkte årsakssammenheng mellom handlingen og skaden, eller handlingen som integrert del av en større militær operasjon og skaden. I tillegg må den skadegjørende handlingen rent objektivt være ment som en handling til støtte for en av partene i konflikten. En gruppe sivile som for eksempel raner en av partenes patruljer kun for egen vinning, deltar derfor ikke av den grunn aktivt i konflikten.

¹⁴⁷ Se Melzer (2009) s.71. Når immuniteten oppstår igjen er også et tolkningsspørsmål. ICRC uttaler: ”*Where preparatory measures and geographical deployments or withdrawal constitutes an integral part of a specific act or operation amounting to direct participation... they extend the beginning and the end of the act or operation beyond the phase of its immediate execution*”. Det er dermed antatt at immuniteten ikke nødvendigvis mistes først ved gjennomføringen av selve handlingen som utgjør direkte deltakelse, eller gjenoppnås umiddelbart etter at handlingen er fullført. Se nærmere Melzer (2009) s.65-68.

¹⁴⁸ Se Meltzer (2009) s. 70.

er større enn muligheten for også å ramme de sivile.¹⁴⁹ Dette proporsjonalitetsprinsippet kan imidlertid aldri legitimere partenes overlagte angrep på sivile, som i så fall utgjør en krigsforbrytelse.¹⁵⁰

Hvem som er sivile er ikke nærmere definert i de nevnte traktater. Sivile og en stats soldater utgjør imidlertid gjensidig utelukkende kategorier.¹⁵¹ Av den grunn, og fordi norske ISAF-soldater ved å delta på regjeringens side mot Taliban og andre opprørsgrupper tar *”..active part in the hostilities..”*, er norske ISAF-soldateri utgangspunktet ikke immune mot angrep.

En stats soldater er antatt å gå over til kategorien sivile og dermed oppnå immunitet igjen mot angrep, først når de trer ut av aktiv tjeneste.¹⁵² Intern rett avgjør når og hvordan dette skjer.¹⁵³ Det er imidlertid forholdsvis uproblematisk å skille mellom sivile og de norske ISAF-soldatene, da sistnevnte bærer uniform.

I likhet med stater i krig består også opprørsbevegelser av personer som kun er tilhengere av og støtter opprørernes væpnede kamp, og personer som deltar i selve kamphandlingene. De personer som er medlemmer av opprørsbevegelsens væpnede styrker og dermed har samme funksjon som medlemmer av en stats hær, må derfor etter distinksjonsprinsippet,

¹⁴⁹ For internasjonale konflikter fremgår denne proporsjonalitetsregelen i TP 1 art. 51 nr.5 (b) og art. 57. For interen væpnede konflikter er det ingen tilsvarende generell traktatsbestemmelse som slår fast dette, men tilleggesprotokoll av 1999 til Kulturverdikonvensjonen av 1954 art. 7 jf. art 22 gir tilsvarende vurderingstema anvendelse ved interne væpnede konflikter med hensyn til angrep som kan gå utover kultur verdier. Se også CCW P 2 art. 3 nr. 8 (c), som gir tilsvarende vurderingstema anvendelse på bruk av antipersonellminer og improvised explosive devices, også ved interne konflikter. ICRCs sedvanerettsstudie legger til grunn at disse prinsippene er sedvanerett, se Henckaerts (2005)s. 58-62.

¹⁵⁰ Se ICCs statutter art. 8 nr. 2 (e) (i).

¹⁵¹ Se Melzer (2009) s.27.

¹⁵² Se Melzer (2009) s.31.

¹⁵³ Ibid. s. 31.

holdes atskilt fra sivile som kun deler opprørsbevegelsen politiske syn eller støtter den på annen måte enn aktiv deltagelse i stridighetene.¹⁵⁴

Dette berører to problemområder. For det første er det uenighet om hva den del av opprørsbevegelsen som utgjør dennes væpnede styrker skal klassifiseres som. Det er hevdet disse er å anse som sivile hvis medlemskap i bevegelsens væpnede styrker, medfører at de er sivile som deltar direkte og dermed er lovlige mål så lenge de er medlemmer. Dette innebærer i så fall at både opprørsbevegelsens væpnede styrker og de som ikke kjemper tilhører kategorien sivile.¹⁵⁵ En annen måte å se det på er at disse personene skal karakteriseres som "*members of organized armed groups*", gjensidig utelukket fra sivile i likhet med en stats soldater.¹⁵⁶

For det andre oppstår det problemer når det innad i opprørsbevegelsen skal foretas et skille mellom de personer som har immunitet og personer som tilhører bevegelsens væpnede styrker. Her er det vanskeligere å avklare hvor grensen går mellom de væpnede styrker og de øvrige som skal beskyttes. Blant annet fordi væpnede opprørsgrupper ikke nødvendigvis bærer uniformer slik som en regjeringshær, og deres medlemskap heller ikke nødvendigvis er formalisert.¹⁵⁷ Dette har også en spesiell side ved stammesamfunn som i Afghanistan, hvor de fleste har en tilhørighet til en gruppe gjennom familiebånd der noen i gruppen kan fungere som en av partenes væpnede styrker mens andre ikke gjør det.¹⁵⁸ Dette skaper vanskeligheter med hensyn til å avgjøre hva slags befatning med opprørernes væpnede styrker som er tilstrekkelig for å anses som medlem av de væpnede styrker.

¹⁵⁴ Se Melzer (2009) s.32.

¹⁵⁵ Ibid. s.27-28.

¹⁵⁶ Ibid. s.27-28.

¹⁵⁷ Se Melzer (2009) s.33.

¹⁵⁸ Se Melzer (2009) s.33.

ICRC betegner opprørsbevegelsers væpnede styrker som ”*members of organized armed groups*” gjensidig utelukket fra sivile, hvis tap av immunitet beror på om personen har en ”*continuous combat function*”.¹⁵⁹ Hva gjelder det foreslåtte kriteriet ”*continuous combat function*” innebærer det at det er individets funksjon som er avgjørende for medlemskap i gruppens væpnede styrker, ikke familie eller klan tilhørighet.¹⁶⁰

Bakgrunnen for ICRCs standpunkt om å fremholde væpnede styrker som en gjensidig utelukkende kategori fra de sivile, er blant annet at ICRC finner det uheldig å utvide hva som er direkte deltakelse til annet enn konkrete handlinger.¹⁶¹ Blant annet fordi det underminerer distinksjonsprinsippets systematikk, som på den ene siden skiller mellom individets midlertidige tap av immunitet som følge av konkrete handlinger. På den andre siden vedvarende tap av immunitet på grunn av individets funksjon som del av væpnet styrke.¹⁶²

Både hva gjelder spørsmålet om hva slags handlinger som utgjør direkte deltagelse og hva gjelder spørsmålet om ”*continuous combat function*”, legger ICRC til grunn at en person ved tvil skal presumeres å ha immunitet mot angrep.¹⁶³

¹⁵⁹ Se Melzer (2009) s.28 og 33. Hvor ICRC fremholder: ”...membership must depend on wheter the continuous function assumed by an individual corresponds to that collectively exercised by the group as a whole, namely the conduct of hostilities on behalf of a non-State party... the decisive criterion for individual membership in an organized armed group is whether a person assumes a continuous function for the group involving his or her direct participation in hostilities.”. Det fremholdes videre som eksempel på kriterier for dette: ”A continuous combat function may be openly expressed through the carrying of uniforms, distinctive signes, or certain weapons. Yet it may also be identified on the basis of conclusive behavior, for example where a person has repeatedly directly participated in hostilities”.

¹⁶⁰ Se Melzer (2009) s. 33.

¹⁶¹ Se Melzer s.28 og 44-45.

¹⁶² Se Melzer s.28 og 44-45.

¹⁶³ Se Melzer (2009) s.74-76.

3.1.2 Unntak for fredsbevarende styrker

Norske ISAF-soldater med på en multinasjonal fredsopprettende operasjon, som bygger på samtykke fra den nåværende regjering i Afghanistan og et FN-mandatgitt av FNs sikkerhetsråd med hjemmel i FN pakten av 26. juni 1945 kap. VII.¹⁶⁴

Soldater knyttet til fredsbevarende operasjoner kan ha samme immunitet som sivile, til tross for at de er medlemmer av en stats væpnede styrker. Regelen gjenspeiles i ICCs statutter art. 8 nr. 2. (b) (iii). Regelen gir imidlertid ikke beskyttelse mot angrep for fredsbevarende styrker som i det konkrete tilfellet befinner seg i en situasjon hvor de deltar aktivt i stridighetene. Den er heller ikke antatt å gi beskyttelse til fredsopprettende styrker som er part i konflikten.¹⁶⁵ Norske ISAF-soldater er part i konflikten på Afghanistans regjerings side og er derfor ikke beskyttet av denne regelen.

3.1.3 Unntak for soldater med status som *"hors de combat"*

Det er ikke dermed sagt at norske ISAF-soldater ikke har immunitet mot angrep i alle tilfeller. Soldater som har overgitt seg nyter immunitet mot enhver form for angrep. Tilsvarende kan være tilfellet for syke og sårede.

Dette følger av ordlyden i GK art. 3 hvor det fremgår at *"Persons taking no active part in the hostilities.."* også omfatter *"members of armed forces who have laid down their arms and those placed "hors de combat" by sickness wounds detention or any other cause.."*. Typetilfellene angitt er ikke uttømmende jf. ordlyden *"..any other cause.."*. Det

¹⁶⁴ Se FNs sikkerhetsråds resolusjon nr 1510 (2003). Sist forlenget i nr. 1890 (2009). Det første mandatet ble gitt i resolusjon nr. 1386 (2001), med utvidelse av mandatets territoriale anvendelsesområde ved res. nr. 1510 (2003).

¹⁶⁵ Dette forutsettes i ordlyden i ICCs statutter art. 8 nr. 2. (b) (iii): *"..as long as they are entitled to the protection given to civilians... ..under the law of armed conflict"*. Dette gjenspeiles i FNs Generalsekretærs bulletin ST/SGB/1999/13 av 9. august 1999, om hvilke regler som gjelder for FN styrker. Det må imidlertid påpekes at ISAF soldater ikke er en FN styrke i så måte. Se også UK Ministry of Defence (2004) s.376.

avgjørende for immuniteten er om soldatene er "*hors de combat*" eller ikke. Begrepet er ikke nærmere definert i GK art. 3, men er fransk og kan oversettes til satt ut av spill.

TP 1 art. 41, bruker det samme begrepet. Her er det blant annet avgjørende om soldaten er kampudyktig. For eksempel på grunn av skade eller sykdom og av den grunn er ute av stand til å forsvare seg jf. nr. 2 (c). I tillegg må soldaten overfor motparten forholder seg på en måte som ikke er fiendtlig jf. siste ledd i nr. 2.

Bestemmelsen bygger på forbudet mot å drepe eller skade forsvarsløse fiender i Haagkonv. art. 23 og forbudet mot ikke å vise nåde.¹⁶⁶ En såret soldat som fortsetter å kjempe er derfor ikke beskyttet av bestemmelsen i kraft av å være såret.¹⁶⁷

Hensynet til å beskytte forsvarsløse soldater som i en situasjon hvor de utsettes for angrep ikke viser til hensikt å skade motparten og dermed ikke utgjør en umiddelbar trussel, kan ikke sies å gjøre seg mindre gjeldende for interne konflikter. Til tross for at den nevnte forståelsen av begrepet fremgår av en annen traktat, bør det derfor ikke anses i strid med "*..good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms.. ..in light of its object and purpose..*" jf. Wienkonvensjonen art. 31 nr. 1, å legge det samme i begrepet "*hors de combat*" for GK art. 3 sitt vedkommende.

3.1.4 Unntak for soldater som ivaretar syke og sårede

Også norske ISAF-soldater hvis oppgave er å ivareta de syke og sårede skal beskyttes mot angrep. Det er hevdet at dette følger forutsetningsvis av partenes plikt etter GK art. 3 nr. 2, til å sørge for at "*..The wounded and sick shall be collected and cared for*", og på den

¹⁶⁶ Se Sandoz Commentary on the additional protocols (1987) s.480.

¹⁶⁷ Ibid.

måten kan tolkes inn under GK art. 3.¹⁶⁸ Det forutsettes imidlertid også av ICCs statutter art. 8 nr. 2 (e) (ii) at medisinsk personell og transportmidler merket med ICRCs beskyttelsesemblemer ikke skal angripes.

For TP 2s vedkommende fremgår dette eksplisitt av art. 9. Dette er lagt til grunn som sedvane i ICRCs sedvanerettsstudie samt San Remo Manualen for interne væpnede konflikter.¹⁶⁹ Ordlyden i TP 2 art. 9 går lenger enn ICCs statutter ved også å omfatte ”religious personell”. Det samme antas også i ICRCs sedvanerettsstudie.¹⁷⁰ Ordlyden i GK art. 3 nr. 2 er imidlertid vid og bør kunne sies å omfatte et forbud mot angrep på personell, hvis oppgave er å ivareta de syke og såredes religiøse behov.

Det oppstår her lignende problemstillinger som ved skille mellom stridende og sivile. Spesielt for sanitetssoldater i felt, hvor det oppstår spørsmål om hva de kan foreta seg uten å miste beskyttelsen mot angrep. Av hensyn til avhandlingens omfang blir ikke dette nærmere behandlet.

3.2 Nærmere om hva det innebærer at norske ISAF-soldater ikke er beskyttet mot angrep etter reglene for interne væpnede konflikter

Hva kan så utledes av at norske ISAF-soldater i utgangspunktet ikke har krav på immunitet mot angrep. Kan det brukes som grunnlag for å hevde at Taliban har adgang til å føre en væpnet konflikt mot norske ISAF-soldater og Afghanistans regjering? Kan det tillegges vekt ved fortolkningen av målutvelgelsesreglene hvem av partene som kjemper rettmessig? Innebærer den manglende plikten til ikke å angripe norske ISAF-soldater en rett til angrep?

¹⁶⁸ Se Henckaerts (2005) s.79. Se og UK Ministry of Defence (2004) s. 403, hvor det på bakgrunn av forhandlingene forut for TP 2 legges til grunn at forbudet mot angrep på medisinsk personell i TP 2 art 9 “...attempts to make explicit what was implicit... ..in Article 3...”.

¹⁶⁹ Se Henckaerts (2005) s.79 og Schmitt (2006) s.47.

¹⁷⁰ Se Henckaerts (2005) s.89

I det følgende blir disse og tilknyttede spørsmål i kjølvannet av den manglende immuniteten behandlet nærmere.

3.2.1 Adgangen til opprør

Det er viktig å påpeke at manglende immunitet mot angrep etter målutvelgelsesreglene, ikke innebærer at Taliban har folkerettslig adgang til å gå til opprør. Det er for det første fordi adgangen til opprør mot egen regjering verken er tillatt eller forbudt etter folkeretten, og gjenspeiles i krigens folkeretts skille mellom reglene jus ad bellum og jus in bello.

Ved internasjonale væpnede konflikter skilles det mellom to forskjellige deler av krigens folkerett, hvor reglene om adgangen til å starte en væpnet konflikt tilhører den del som kalles jus ad bellum, mens reglene som regulerer selve krigshandlingene tilhører jus in bello. Jus in bello har kun til formål å sørge for human behandling av de berørte og involverte og befatter seg ikke med adgangen til å bruke væpnet makt.¹⁷¹ Til tross for noen uklarheter er det antatt at interne væpnede konflikter kun reguleres av krigens folkeretts regler jus in bello.¹⁷² Ved interne væpnede konflikter er det intern rett som er antatt å utgjøre jus ad bellum, og er de regler som regulerer adgangen til å bruke væpnet makt.¹⁷³ Målutvelgelsesreglene tilhører imidlertid jus in bello og regulerer derfor ikke adgangen til å gå til opprør.

¹⁷¹Se Sassòli (2007) s.242. FN paktens art. 2 nr. 4 jf. art. 51 utgjør her en viktig bestemmelse som forbyr en stat å gå til angrepskrig.

¹⁷²Se Sassòli (2007) s. 254. Jennings (1992) s.162, som synes å anta at ingen folkerettsregler regulerer adgangen til å starte en intern væpnet konflikt. Se på den annen side Bugnion (2003) s. 169, som nevner statens suverenitet og befolkningens selvbestemmelsesrett etter FN paktens art. 1 nr. 2 og 55 som rettslige grunnlag det er uklart om kan regulere adgangen til opprør. Se og Dahl (2008) s.287 hvor angrep på regjeringen ikke anses regulert av folkerettens regler jus ad bellum, men åpner for at en regjering angrep på en folkegruppe internt i staten kan gi gruppen folkerettslig rett til selvforsvar.

¹⁷³ Se Sassòli (2007) s.255.

I tillegg er skillet mellom regelsettene jus in bello og jus ad bellum antatt å innebære at jus in bello er autonome og ikke påvirkes av jus ad bellum, og gjenspeiles i gjensidighetsprinsippet.¹⁷⁴ Gjensidighetsprinsippet innebærer at jus in bello gjelder likt for begge parter uavhengig av om den ene kjemper i strid med jus ad bellum. I og med at jus in bello på denne måten er atskilt fra jus ad bellum, kan ikke målutvelgelsesreglene brukes som argument for at Taliban har adgang til å føre en væpnet konflikt mot Afghanistans regjering og dennes allierte. Svar på dette spørsmålet må i så fall søkes løst etter jus ad bellum, som er intern rett. Intern rett forutsetter at Afghanistans regjering har maktmonopol, og innebærer at Taliban ikke har adgang til å bruke noen form for væpnet makt mot regjeringen eller andre.¹⁷⁵ Spørsmålet om norske ISAF-soldater er lovlige mål for angrep må derfor ikke forveksles med spørsmålet om Taliban har adgang til å gå til opprør mot Afghanistans regjering.

3.2.2 Betydningen av brudd på jus ad bellum for tolkningen av jus in bello

Autonomien innebærer også at reglene jus ad bellum ikke kan brukes til å fortolke jus in bello. Heller ikke det at Talibans angrep er i strid med jus ad bellum kan derfor brukes som argument for å tolke målutvelgelsesreglene slik at norske ISAF-soldater skulle ha større krav på immunitet etter reglene.¹⁷⁶ Det eksisterer imidlertid tendenser i retning av å utlede asymmetriske rettigheter og plikter etter reglene jus in bello på bakgrunn av hvem som kjemper i strid med jus ad bellum, men dette er ikke antatt å utgjøre gjeldende rett.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Se Sassòli (2007) s. 255 og s.256 samt Bugnion (2003) s.197, hvor dette synes å være klart hva angår forpliktelsene etter GK art. 3 og TP 2. Det kan dermed spørres hvordan dette stiller seg for øvrige traktat og sedvaneregler. Dette uttaler ikke nevnte forfattere seg eksplisitt om. For traktater hvis ordlyd, i likhet med GK art. 3, tilsier at reglene skal få lik anvendelse for begge parter bør det ikke være kontroversielt å anta det syn at reglene gjelder gjensidig. For de tilfeller det er på det rene at en sedvaneregel eksisterer bør lik anvendelse for begge parter heller ikke være kontroversielt. Sassòlis generelle uttalelse på side 257 kan og tilsi at han mener dette gjelder alle folkerettens regler for interne væpnede konflikter jus in bello.

¹⁷⁵ Se Sassòli (2007) s.255

¹⁷⁶ Se Sassòli (2007) s.249

¹⁷⁷ Se Sassòli (2007) og Bugnion (2003) s.174-175.

Fordi resolusjonene fra FNs sikkerhetsråd tilhører folkerettens regler jus ad bellum er heller ikke de norske ISAF-soldatenes FN-mandat relevant for spørsmålet om immunitet mot angrep etter jus in bello.¹⁷⁸ Herunder også FNs sikkerhetsråds fordømmelse av veibombeangrepene mot norske ISAF-soldater.¹⁷⁹ Heller ikke FN mandatet kan derfor brukes som argument i retning av at norske ISAF-soldater skulle ha større krav på immunitet etter folkerettens regler enn Taliban.

3.2.3 Gjensidigheten etter jus in bello strekker seg ikke til intern rett

Selv om målutvelgelsesreglene og øvrige regler jus in bello innebærer at folkeretten gjelder likt for begge parter, uavhengig av rettstilstanden jus ad bellum og øvrig intern rett, pålegger ikke folkeretten intern rett å behandle partene likt.¹⁸⁰ Folkeretten påvirker ikke partenes status etter intern rett, som behandler opprørsgrupper som kriminelle og angrepene som kriminalitet.¹⁸¹ Det kan derfor heller ikke på bakgrunn av at norske ISAF-soldater ikke har immunitet mot angrep etter folkeretten utledes at angrep er legitimt etter intern rett. Dette gjenspeiles i det at opprørere ikke har straffrihet for krigshandlinger foretatt i henhold til krigens folkerett. Se ovenfor under punkt 1.3.3.

At folkerettens regler er autonome og behandler partene likt, mens intern rett behandler partene ulikt innebærer at spørsmålet om norske ISAF-soldater er lovlige mål for angrep kan betraktes etter to forskjellige regelsett. Folkerettens regler jus in bello, hvor ingen av partene i utgangspunktet har immunitet mot angrep, og intern rett som pålegger Taliban

¹⁷⁸ Se Roberts (2008) s.245 og Sassòli (2007) s. 259.

¹⁷⁹ Se resolusjon nr. 1883 (2008) og nr. 1890 (2009).

¹⁸⁰ Se Sassòli (2007) s. 256

¹⁸¹ Se Commentary 1 Geneva convention Pictet (1952) s. 61, hvor det i forbindelse med Gk art. 3 uttales: *“Article 3 resembles the rest of the convention in that it is only concerned with the individual and physical treatment to which he is entitled as human being without regard to his other qualities. It does not affect the legal or political treatment which he may receive...”* Se også Bugnion (2003) s.197.

plikt til ikke å angripe.¹⁸² Bakgrunnen for dette er blant annet at det er statene som skaper folkeretten, og statene har ikke sett seg tjent med å skape folkerettsregler jus ad bellum som legitimerer angrep på egen regjering. Av samme grunn har statene derfor heller ikke sett seg tjent med at folkeretten skal suspendere intern strafferett. Dette får imidlertid den konsekvens at regjeringssiden vil være opptatt av å flytte fokus mot intern rett, mens opprørere vil ønske å flytte fokus mot folkerettens løsning. Det er derfor viktig å vite at det er forskjellige regelsett som får anvendelse og som gir ulike svar på spørsmålet om norske ISAF-soldater er lovlige mål for angrep. Og at det er begrensninger som påhviler hva som kan utledes av reglene.

Det at Taliban og norske ISAF-soldater behandles likt av folkerettens regler jus in bello møter på: ”..*psychological obstacles wich cannot be disregarded.*”¹⁸³ I den forstand at det er problematisk å holde rettstilstanden jus ad bellum atskilt fra reglene jus in bello, fordi en part som utsettes for væpnet makt vil ha vanskeligheter med å anerkjenne at motparten stiller likt etter folkeretten.¹⁸⁴ Dette er vanskelig nok ved internasjonale væpnede konflikter, hvor ingen av partene i utgangspunktet er rettslig underlagt den andre eller noe myndighetsorgan, som med bindende virkning kan bestemme hvem av partene som bryter jus ad bellum. Statene som er part til en internasjonalt væpnet konflikt stiller likt i et horisontalt rettssystem, mens opprørere derimot etter intern rett er vertikalt underordnet myndigheten til motparten.¹⁸⁵ Dette er en faktor som kan gjøre det enda vanskeligere å se at partene stiller likt etter folkerettens regler jus in bello.

¹⁸² En ting er at Taliban ikke oppfyller sin plikt til å skille seg fra sivile, slik at norske ISAF soldater i praksis ikke stiller likt som Taliban, fordi norske ISAF-soldater derfor i mange tilfeller ikke kan angripe før de selv blir angrepet. Men dette er ikke det samme som at reglene ikke gjelder likt for begge parter. Taliban utnytter imidlertid partenes gjensidige forpliktelse etter målutvelgelsesreglene til ikke å angripe sivile.

¹⁸³ Se Bugnion (2003) s. 174

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Se Somer (2007) s. 659

Det at folkerettens regler jus in bello gjelder likt for begge parter uavhengig av rettstilstanden jus ad bellum er imidlertid en viktig forutsetning for at hensynet til human behandling av de involverte og berørte skal få et effektivt vern. Skulle den ene parten ha flere eller færre plikter enn den andre, ville det svekke partenes incitament til å overholde reglene. I lys av dette kan det ses på som en svakhet ved regelverket, at gjensidigheten ikke strekker seg til intern rett. Når handlinger i tråd med krigens folkerett ender med straff, så kan det være med på å svekke viljen til å etterleve reglene.

3.2.4 Hvor vidt manglende immunitet tilsvarer en rett til angrep innen rammen av jus in bello

Hittil er det påpekt hva den manglende immuniteten mot angrep etter folkeretten ikke gir Taliban rett til. Det kan dermed spørres hva den rest som gjenstår, innen rammen av begrensingen i forholdet mellom jus in bello og jus ad bellum, kan karakteriseres som. Er fraværet av en plikt til ikke å angripe en kilde for en rett til angrep?

I denne forbindelse må jeg si meg enig i Adam Roberts betraktninger, som fremholder:
*“The first misleading assumption is that this body of law grants belligerents certain “rights”, including the right to shoot at the soldier of an opposing army... ...It would be more accurate, both historically and legally, to say that the law recognizes certain rights of belligerents, or even that the law suffers them to take certain actions: it is not the source of such rights. Essentially, the laws of war are not a general regime that govern the hole of war in all its aspects: rater they are a modest and limited set of rules that establish certain limitations in war... ...In other words, the role of law in war is not to constitute “the rules of the game”, but rather to provide a modest body of rules applicable to certain aspects and consequences of war...”*¹⁸⁶

¹⁸⁶ Se Roberts (2008) s.228

Jus in bello bør ses på som et sett regler som anerkjenner at partene til en viss grad bruker væpnet makt mot hverandre, men som ikke av den grunn kan sies å være kilde for en rett til å bruke væpnet makt mot alle som ikke nyter immunitet.¹⁸⁷ Det ligger ikke i regelverkets formål å gi rett til å bruke væpnet makt, men derimot å begrense maktbruken når den først forekommer.

Uavhengig av hva som legges i fraværet av plikten til ikke å angripe, er det klart at Talibans angrep på norske ISAF-soldater, i utgangspunktet ikke er et brudd på krigens folkerett, men at angrep derimot er ulovlig og straffbart etter intern rett.

¹⁸⁷ Se også Sassòli s. 245, som fremholder: "...IHL cannot be seen as providing rights to States, but rather as setting forth objective rules of behaviour binding them for the benefit of individuals affected by war..."

4 Veibombers stilling etter krigens folkerett

4.1 Innledende bemerkninger

Det er alminnelig antatt at partene i en væpnet konflikt ikke har ubegrenset adgang til å velge hvilke virkemidler de vil benytte. Dette kan føres tilbake til Haagkonv. art. 22. Det fremgår også av TP 1 art. 35 nr.1. Systematikken i regelverket er imidlertid at reglene om hvilke våpen som ikke kan benyttes er angitt i form av forbud.¹⁸⁸ Å avgjøre hvor vidt veibomber er et forbudt virkemiddel støter på en rekke problemer. Dels på grunn av våpnenes karakter og dels på grunn av uklarheter med hensyn til gjeldende rett.

Et av problemene knytter seg til det sedvanerettslige prinsippet om forbud mot våpen som medfører unødvendige skader og lidelser. Det hersker en uenighet omkring hvor vidt det spiller en selvstendig rolle som et generelt forbud ved siden av de reglene i traktretten som gjenspeiler det samme prinsippet.¹⁸⁹ ICJs rådgivende uttalelse i Nuclear Weapons Case og oppfatningen i øvrig juridisk litteratur, synes imidlertid å være at dette er et selvstendig forbud.¹⁹⁰ Tilsvarende synes også å bli lagt til grunn for det sedvanerettslige prinsippet om forbud mot bruk av våpen som medfører unødvendig skade og lidelse.¹⁹¹ Se forøvrig punkt 2.2 hvor grunnlaget for og hensynene bak disse to sedvanerettslige forbudene er nærmere behandlet.

I og med at veibomber har likhetstrekk med landminer er Ottawa-konvensjonen, som legger ned forbud mot antipersonell landminer i art 1 nr. 1 (a) av interesse. Ottawa-konvensjonen inneholder både nedrustningsforpliktelser og regler som regulerer tillatte

¹⁸⁸ Se Nuclear Weapons Case avsnitt 52, hvor det uttales: "...State practice shows that the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition...".

¹⁸⁹ Se nærmere Fleck (2008) s.129.

¹⁹⁰ Se ICJs rådgivende uttalelse i Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons avns. 74-82. Se også Dinstein (2004) s.55-56. Se og Boothby (2007) s. 301.

¹⁹¹ Ibid.

virkemidler.¹⁹² Den utgjør dermed en blanding mellom nedrustningstraktat og traktat som regulerer bruken av væpnet makt. Den er heller ikke i sin ordlyd begrenset til væpnede konflikter slik som for eksempel CCW P 2.¹⁹³ Traktaten gjelder dermed både i og utenfor væpnet konflikt. Den skiller seg på den måten fra andre konvensjoner innen krigens folkerett.¹⁹⁴ Det er antatt at veibomber kan falle inn under konvensjonens minebegrep i art. 2 nr. 1.¹⁹⁵ Det problematiske med denne traktaten er imidlertid at den ikke direkte folkerettslig forplikter opprørere, men må håndheves etter intern rett jf. art. 9. De problemer det reiser blir ikke behandlet nærmere her. Hvilke veibomber som omfattes behandles i punkt 4.2.

Både offeropererte og fjernkontrollerte veibomber må sies å være omfattet av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden ”*other devices*” i CCW P 2 art. 2 nr. 5.¹⁹⁶ CCW P 2 er en av 5 protokoller tilknyttet CCW. CCW er av en spesiell karakter, da den legger opp til at partene ikke trenger å tiltre mer enn to av dens protokoller med ulike våpenforbud.¹⁹⁷ Denne løsningen gjenspeiler de vanskeligheter som oppstår når stater skal bli enige om hvilke våpen som skal forbys. CCW P 2 har omfattet interne væpnede konflikter siden en endring i 1996.¹⁹⁸ I 2001 ble også anvendelsesområdet for CCW endret, slik at alle protokollene gjelder ved interne væpnede konflikter.¹⁹⁹ CCW P 2 er ment å binde også

¹⁹² Se for eksempel plikten til å ødelegge miner i traktatens art. 4 og 5.

¹⁹³ Se CCW P 2 art. 1 nr. 2 som viser til væpnet konflikt etter Gk art. 3.

¹⁹⁴ Se Maslen (2005) Commentaries on arms control treaties s.75

¹⁹⁵ Se Maslen (2005) Commentaries on arms control treaties s.116.

¹⁹⁶ Jf. Wienkonv. art. 31.

¹⁹⁷ jf. art. 4 nr. 3.

¹⁹⁸ Se art. 1 nr. 2 som henviser til anvendelsesområdet til GK art. 3.

¹⁹⁹ Se 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. Geneva, 10 October 1980. Amendment article 1, 21 December 2001.

opprørere jf. dennes art. 1 nr. 3. Traktaten er imidlertid ikke ratifisert av Afghanistan og får derfor ikke direkte anvendelse på Talibans veibomber.²⁰⁰

Traktaten pålegger en rekke omfattende forpliktelser gjennom art. 3, 7, 9, 10 og 12. Hva gjelder beskyttelse av soldater forbyr art. 3 nr. 3, bruk av veibomber ”...*designed or of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering*”. Ingen av disse bestemmelsene får anvendelse på Talibans veibombebruk med mindre de er uttrykk for kodifisert sedvane. Dette krever at forpliktesene i art. 3, 7, 9, 10 og 12 utgjør ”..*international custom as evidence of a general practice accepted as law*” jf. ICJs statutter art. 38 nr.1 b. Det innebærer at det rent objektivt må foreligge en statspraksis som er ”..*settled..*”, samt at det må foreligge ”..*evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it*”.²⁰¹ Statene må ha utøvet praksisen på bakgrunn av en subjektiv oppfatning av at dette er en rettsregel. På bakgrunn av avhandlingens rammer, blir ikke dette spørsmålet nærmere undersøkt. Det er imidlertid framholdt at vurderingstemaet etter art. 3 nr. 3 tilsvarer vurderingen etter forbudet mot våpen som påfører unødvendig skade og lidelse.²⁰² Hva gjelder det nærmere innholdet av dette vurderingstemaet viser jeg til punkt 4.3.

Et gjennomgående problem ved våpenforbudene er uenighet knyttet til hvilke virkninger av bruken av et våpen som rammes av et forbud, er det kun den tilsiktede effekten som ligger i våpenets design som omfattes, eller er det den faktiske og forutberegnelige effekten bruken av et våpen har selv om dette ikke er tilsiktet, herunder også om avledede effekter kan vektlegges. Det oppstår derfor tilfeller hvor det er uklart om et våpen er omfattet av et forbud eller ikke.

²⁰⁰ Jf. art. 1 nr. 3 som krever at konflikten utspiller seg ”*in the territory*” of one of *The High Contracting Parties*”.

²⁰¹ Se *Continental Shelve* avsnitt 77.

²⁰² Se Fleck (2008) s.151.

4.2 Ottawa-konvensjonen og veibomber

Hvilke veibomber som er forbudt etter denne traktaten beror på traktatens minebegrep i art. 2. nr. 1 og nr. 2. Her er ordlyden ”..*designed to be exploded by the presence, proximity or contact of a person*” i art. 2 nr. 1, antatt å innebære at kun offeropererte veibomber med antipersonellformål omfattes.²⁰³ Det avgjørende for om veibomber er omfattet følger av begrepet ”*designed*”. Begrepet kan tolkes til både det å lage noe etter en bestemt design eller bruke noe på en planlagt måte.²⁰⁴

Forskjellen viser seg ved at dersom kun førstnevnte alternativ legges til grunn som avgjørende kriterium, vil for eksempel modifisering av en antikjoretøymine, slik at den kan brukes som antipersonellmine, falle utenfor traktaten. I så fall er det avgjørende hva sprenglegmet egentlig er laget for. I sistnevnte tilfelle omfattes alle sprenglegmer som brukes som antipersonellmine, uavhengig av dets tiltenkte formål. Det er antatt at det er sistnevnte som er avgjørende for om noe er å anse som en antipersonellmine i traktatens forstand.²⁰⁵ Improviserte våpen som brukes som antipersonellmine, vil dermed falle inn under traktaten.

Her hersker det imidlertid uenighet om miner som har en utilsiktet antipersonell effekt faller inn under konvensjonen.²⁰⁶ ICRC og flere stater er imidlertid av den oppfatning at også utilsiktet antipersonell effekt innebærer at et sprenglegme omfattes av traktaten.²⁰⁷ Det er derfor uklart om en veibombe som ikke brukes som antipersonellmine og får en slik utilsiktet effekt, er omfattet av traktatens forbud.

²⁰³ Se Maslen (2005) Commentaries on arms control treaties s.116.

²⁰⁴ Ibid s. 115-116.

²⁰⁵ Se Maslen (2005) Commentaries on arms control treaties s.116.

²⁰⁶ Se Maslen (2005) Commentaries on arms control treaties s.117-118 hvor det fremholdes ulike staters syn på dette spørsmålet. Maslen tar selv på bakgrunn av traktatforhandlingene det standpunkt at det må være faktisk effekt som er avgjørende og ikke utilsiktet effekt. Norge tar det samme standpunkt. Se s.118.

²⁰⁷ Ibid.

4.3 Forbudet mot våpen som medfører unødvendig skade og lidelse

Dette sedvanerettslige prinsippet forbyr våpen som påfører motparten “*superfluous injury and unnecessary suffering*”.²⁰⁸ Forbudet gjenspeiles forøvrig i Haagkonv. art. 23 (e), TP 1 art. 35 nr. 2 og CCW P 2 art. 3 nr. 3.²⁰⁹ Hva som utgjør “*superfluous injury and unnecessary suffering*” er antatt å bero på en konkret vurdering knyttet til det aktuelle angrep.²¹⁰ Det avgjørende er om det kan brukes et alternativt våpen som påfører mindre skade og lidelse, samt hvor effektivt det alternative våpenet er, med hensyn til å sette motstanderen ute av stand til å kjempe videre.²¹¹ Forbudet gjelder i så måte våpen som medfører skader og lidelse som kan unngås, men er ikke av den grunn antatt å pålegge plikt til å bruke ikke-dødelige våpen.²¹²

Kriteriene “*superfluous injury*” og “*unnecessary suffering*” er problematiske ved den sammenligningen som skal foretas. Førstnevnte blant annet på grunn av at det er vanskelig å sammenligne en skade et sted på kroppen med skader andre steder.²¹³ I tillegg er det individuelle forskjeller på hvordan mennesker påvirkes av en og samme skade.²¹⁴ I denne sammenheng har ICRC gjennom sitt SirUs prosjekt kartlagt en rekke skader fra ulike

²⁰⁸ Se Nuclear Weapons Case Dissenting Opinion (heretter Dissenting Opinion) avsnitt 17. Dissensen i denne rådgivende uttalelsen knytter seg forøvrig ikke til innholdet av forbudet, men at de øvrige dommerne ikke gikk inn på en vurdering av atomvåpen i relasjon til forbudet.

²⁰⁹ Det er imidlertid noe forskjell i bestemmelsenes ordlyd. For eksempel bruker TP 1 “*and*” i stedet for “*or*” og Haagkonv. art. 23 bruker kun ordlyden “*calculated to cause unnecessary suffering*”.

²¹⁰ Se Nuclear Weapons Case Dissenting Opinion (heretter Dissenting Opinion) Avsnitt 17. Se også Dinstein (2004) s. 60.

²¹¹ Se Dinstein (2004) s. 60.

²¹² Ibid.

²¹³ Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s.408.

²¹⁴ Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s.408.

våpen benyttet i konflikter.²¹⁵ ”*Unnecessary suffering*” er antatt å inneholde mer enn bare smerte og dermed vanskelig å skulle definere.²¹⁶

Det er imidlertid også fremholdt det syn at det avgjørende er en proporsjonalitetsvurdering, mellom skadene og lidelsene våpenet påfører, og den militære fordel som kan oppnås ved bruk av våpenet.²¹⁷ Det innebærer at jo større militær fordel som kan oppnås, desto større lidelse og skade kan påføres. En slik vurdering kan imidlertid vanskelig sies å være i tråd med hensynet til humanitær behandling.

Det er antatt at prinsippet om forbud mot unødvendig skade og lidelse ikke får anvendelse på annet enn våpen laget med antipersonellformål.²¹⁸ Å sette materielle mål ut av spill vil kreve sterkere virkemidler enn hva som er nødvendig med hensyn til gjøre personellet som befinner seg i nærheten kampdyktige, og gjør derfor ikke av den grunn slike våpen forbudt.²¹⁹ I så fall vil for eksempel en veibombe laget med antikjøretøyformål, som kun kan utløses av kjøretøy, ikke kunne betraktes etter prinsippet om forbud mot våpen som medfører unødvendig skade og lidelse. Tilsvarende gjelder fjernkontrollerbare antikjøretøyveibomber som utløses mot et kjøretøy.

Også hva gjelder dette forbudet oppstår problemet med hensyn til om veibombens tiltenkte eller faktiske effekt skal legges til grunn ved bedømmelsen.²²⁰ Når det gjelder avledede og utilsiktede virkninger er det uenighet om dette må tas i betraktning ved vurderingen. Det er

²¹⁵ Se Coupland (1999) s.583.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Se Dinstein (2004) s.59 og Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s.408.

²¹⁸ Se Dinstein (2004) s. 60.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Problemet oppstod i sin tid ved at den franske versjonen av Haagkonv. art. 23 (e) tilsvarte ordlyden ”..of a nature to cause..”, som ble antatt å innebære at faktisk effekt var avgjørende. Den engelske versjonen benytter derimot ”*calculated*”, som ble ansett å innebære tilsiktet effekt. Se nærmere om dette i Dinstein (2004) s.58.

imidlertid alminnelig antatt at våpen som er konstruert nettopp med det formål å påføre unødvendig skade og lidelse hva gjelder den type angrepssituasjon det benyttes i, er i strid med forbudet.

Normaleffekten av en artillerigranat er imidlertid omfattende avrivnings, splint og brannskader. Der en veibombe er konstruert med formål å gå av mot personell må det antas at prinsippet kan innebære at det må tas i bruk et alternativt våpen. Det oppstår da spørsmål om hva slags alternativ veibomben i så fall skal holdes opp mot og hvilke kriterier som i så måte skal legges til grunn. Antagelig vil det måtte bero på hvilket taktiske formål veibomben tjener, og om det er alternative våpen som i tilsvarende situasjon like effektivt vil kunne gjøre målet ute av stand til å kjempe, på en mindre skade og lidelsesfull måte. Her kommer problematikken rundt skade- og lidelseskriteriene inn, som kan gjøre dette vanskelig.

Et viktig spørsmål i forbindelse med vurderingen av hvilke alternative våpen som skal tas i betraktning ved vurderingen, er om partenes asymmetriske ressursforhold kan tillegges vekt ved valg av våpen. Hensynet til human behandling tilsier imidlertid at egen ressursituasjon ikke bør kunne begrunne valget av et inhumant maktmiddel. Det må forøvrig også sies å være på tvers av den grunnleggende gjensidigheten som forutsettes i regelverket. I motsatt fall ville den ressursvake få ulike plikter i relasjon til dette forbudet enn motparten.

4.4 Forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile

Dette forbudet bygger på distinksjonsprinsippets krav om å skille mellom stridende og sivile. Her er det uenighet om det er effekten av våpenet slik denne vanligvis viser seg ved vanlig bruk som skal legges til grunn, eller om det avgjørende er om effekten av våpenet i det konkrete tilfellet med tilstrekkelig nøyaktighet kan rettes mot målet.²²¹ På bakgrunn av

²²¹ Se Dissenting Opinion avsnitt 24.

uklarheten er det fremholdt som eneste klare tilfelle, at våpen som er ”...*incapable of being targeted at a military objective only, even if collateral harm occurs...*” strider med forbudet.²²² Denne løsningen må ses i sammenheng med at sivile på nærmere bestemte vilkår kan utsettes for den væpnede maktbruken beregnet på motparten. Se om dette ovenfor i punkt 3.1.1.

Fjernkontrollerte veibomber kan siktes inn mot målet i den forstand at bomben kan utløses når målet passerer, i så måte synes bruk av slike veibomber ikke å være i strid med prinsippet. Hva gjelder offeropererte veibomber så er det vanskelig å kontrollere hvem bomben utløses mot, med mindre det settes opp advarsler, eller området bomben befinner seg på gjerdes inn.²²³ Dette tilsier i så fall at offeropererte veibomber, kan antas å være i strid med prinsippet. Med hensyn til landminer, som fungerer på tilsvarende måte, synes det å være uklart om disse omfattes av prinsippet.²²⁴ Det er derfor vanskelig å si helt klart om offeropererte veibomber omfattes av forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile.

4.5 Om de to sedvanerettslige prinsippene gir grunnlag for et generelt våpenforbud

Både forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile og forbudet mot våpen som medfører unødvendige skader og lidelser synes å kreve en konkret vurdering i tilknytning til hvert enkelt angrepstilfelle. Det oppstår dermed spørsmål om i hvilken grad prinsippene begrunner et generelt forbud, som også omfatter anskaffelse eller produksjon

²²² Se Dissenting Opinion avsnitt 24.

²²³ Se CCW P 2 art. 3 nr. 10 (b), som pålegger slike tiltak der den får anvendelse.

²²⁴ Se Commentary on the Additional Protocols of 1977 Sandoz (1987) s. 621-622, angående dette spørsmålet i tilknytning til TP 1 art. 51 nr. 4 (b). Her fremholdes det at miner reiser særlige problemer i tilknytning til beskyttelsen av sivile, men det gis ikke noe klart svar på om de er omfattet.

av slike våpen, eller om de kun er begrenset til valg av virkemiddel i den konkrete angrepssituasjon.

TP 1 art. 36 forutsetter at stater som er part til denne traktaten skal vurdere lovligheten av et våpen etter krigens folkerett, ved utviklingen og anskaffelsen av dem. Dette gir dermed prinsippene anvendelse ut over det konkrete angrepstilfellet. Det er derimot ingen tilsvarende traktatbestemmelse ved interne væpnede konflikter. Det er derfor uklart hvor langt prinsippene strekker seg ut over å gi et forbud i det enkelte angrepstilfelle.

Selv om det er uklart om prinsippene kan forby anskaffelse og produksjon av veibomber, vil det imidlertid for de tilfeller det kan utledes konkrete eksempler på situasjoner hvor valg av en type veibombe er i strid med forbudene, kunne legges til grunn at valg av slike veibomber i slike situasjoner generelt sett er forbudt.

5 Oppsummering

Det fremgår av fremstillingen at det foreligger en intern væpnet konflikt i Afghanistan, og at krigens folkerett får anvendelse på forholdet mellom norske ISAF-soldater og Taliban. Det er imidlertid ikke klart hvilke sedvaneregler som får anvendelse.

Det fremholdes at norske ISAF-soldater i utgangspunktet ikke har krav på beskyttelse mot angrep etter krigens folkerett. Imidlertid innebærer det ikke at Taliban har immunitet mot straffeforfølgning etter intern rett for angrep på norske ISAF-soldater. Brudd på intern rett fra Talibans side kan imidlertid ikke tillegges betydning for rettstilstanden etter krigens folkerett, fordi krigens folkerett i så måte er autonom. Det at norske ISAF-soldater ikke er beskyttet mot angrep etter krigens folkerett, innebærer ikke at Taliban har folkerettslig adgang til opprør mot egen regjering.

Når det gjelder veibombers stilling som våpen, er det klart at offeropererte veibomber brukt som antipersonellminer er forbudt etter Ottawa-konvensjonen. Derimot er det uklart om veibomber med en slik utilsiktet effekt omfattes av konvensjonen. Det er klart at både offeropererte og fjernkontrollerte veibomber faller inn under CCW P 2, men traktaten får ikke direkte anvendelse på forholdet mellom Taliban og norske ISAF-soldater. Prinsippet om forbud mot våpen som påfører unødvendig skade lidelse får kun anvendelse på antipersonellveibomber. Uenighetene med hensyn til vurderingstemaet, i kombinasjon med omfanget av ulike situasjoner veibomber kan brukes i, gjør det derimot vanskelig å gi et klart svar på når veibomber faller inn under forbudet. I tillegg er det uenighet om prinsippet utgjør et selvstendig forbud. Det er også vanskelig å konkludere med hensyn til forbudet mot våpen som ikke skiller mellom stridende og sivile.

6 Litteraturliste

Bøker og juridiske artikler

Boothby, Bill. *The Law of Weaponry – Is It Adequate* I: International Humanitarian Law Series International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines Essays in Honour of Yoram Dinstein. Volume 15, 2007 s.297-317.

Bugnion, Francois. *Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflicts*. I: Yearbook of international humanitarian law. Volume 6 (2003). s.167-198.

Bugnion, Francois. *Just wars, wars of aggression and international humanitarian law* I: International Review of the Red Cross. Volume 84 nr. 847 september 2002 s.523-546 (Sitert fra icrc.org).

Cassese, Antonio. *The status of rebels under the 1977 Geneva protocol on non-international armed conflict*. I: International & comparative law quarterly. (nr. 30 1981) s. 416-438.

Cassese, Antonio. *International Criminal law*. 2. Utgave, New York 2008.

Clapham, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors in conflict situations*. I: International Review of the Red Cross. Volume 88 nr. 863 September 2006 s. 493-521 (Sitert fra icrc.org).

Dahl, Arne Willy *Håndbok I militær folkerett* 2. utg. Oslo 2008.

Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. 1.utg. United Kingdom 2004.

Fleck, Dieter. *The Handbook of International Humanitarian Law*. 2. Utg. USA 2008.

Henckaerts, Jean Marie Henckaerts og Loise Doswald Beck. *Customary International Humanitarian Law*. Volume 1. 1. Utg. United Kingdom, 2005.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utg. 2004.

Jennings, Robert og Arthur Watts. *Oppenheim's international law*. Volume 1, del 1. 9. utgave England 1992.

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. New York 2001.

Lubell, Noam. *Challenges in applying human rights law to armed conflict*. I: International Review of the Red Cross. Volume 87 nr. 860 desember 2005 s.737-754. (Sitert fra icrc.org)

Maslen, Stuart. *Commentaries on arms control treaties*. Second edititon, USA 2005.

Moir, Lindsey. *The law of internal armed conflict*. 1.utg. United Kingdom, 2002.

Pictet, Jean. *Commentary 1. The geneva conventions of 12. August 1949 for the ameloration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field*. Geneve 1952.

Pictet, Jean. *Commentary 2. The geneva conventions of 12. August 1949 for the ameloration of the condition of wounded sick and shipwrecked members of armed forces at sea* . Geneve 1960.

Roberts, Adam. *The Principle of Equal Application of the Laws of War I: Just and Unjust Warriors*. New York, 2008 s.297-317.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir *Innføring i folkerett* 3. utg. Oslo 2006.

Sandoz, Yves. *Commentary on the Aditonal Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneve 1987.

Sassòli, Marco. *Ius ad Bellum and Ius in Bello – The eperation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be respected in Warfare: Crucial or Outdated*. I: International Humanitarian Law Series International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines Essays in Honour of Yoram Dinstein. Volume 15, 2007 s. 241-264.

Sassòli, Marco og Laura M. Olson. *The relationship between internationl humanitarian and human rights law where it matters: admissible killings and internment of fighters in non-international armed conflicts*. I:International Review of the Red Cross. Volume 90 nr. 871 September 2008 s.599-627 (Sitert fra icrc.org) .

Sivakumaran, Sandesh. *Binding armed opposition groups*. I: International and Comparative Law Quarterly. Volum 55 (2006). Nr. 2 s. 369-394.

Somer, Jonathan. *Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict*. I: International Review of the Red Cross. Volume 88 nr. 864 Desember 2007 s. 655-690 (Sitert fra icrc.org).

Sriram, Chandra Lekha, Olga martin-Ortega og Johanna Herman. *War, conflict and human rights theory and practice*. 1.utg. USA og Canada 2010.

UK Ministry of Defence. *The Manual of The Law of Armed Conflict*. 1. Utg. New York 2004.

Wolfrum, Rüdiger og Philipp, Christiane E., *The status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law* nr.6 2002 s.559-601

Traktater

FN pakten av 26. juni 1945

Statuttene til Den Internasjonale Domstol av 26. juni 1945.

Genevekonvensjonene av 12. august 1949.

Tilleggsprotokoll nr.1 og 2 til Genevekonvensjonene av 8. juni 1977.

Konvensjonen om forbud mot eller restriksjoner på bruk av vise konvensjonelle våpen av 10. oktober 1980 protokoll II med endringer av 3. mai 1996.

Konvensjonen om forbud mot antipersonellminer av 18. september 1997.

Og Statuttene til Den Internasjonale Krigsforbryterdomstol av 17. Juli 1998.

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

Konvensjonen om bekjempelse av tortur og annen grusom umenneskelig eller nedverdiggende behandling av 10. desember 1984.

FNs sikkerhetsrådsresolusjoner

FNs sikkerhetsrådsresolusjon nr. 1363 (2001)

FNs sikkerhetsrådsresolusjon nr. 1386 (2001)

FNs sikkerhetsrådsresolusjon nr. 1390 (2002)

FNs sikkerhetsrådsresolusjon nr. 1833 (2008)

FNs sikkerhetsrådsresolusjon nr. 1890 (2009)

Nettdokumenter

Coupland, Robin og Peter Herby. *Review of the legality of weapons: a new approach The SIrUS Project* <http://icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57jq36?opendocument> [Sitert 23. November 2009]

International Security Assistance Force (ISAF): Facts and Figures

<http://www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/placemat.pdf> [Sitert 23. November 2009]

Melzer, Nils. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Geneve. 2009.

[http://icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-report_res/\\$File/direct-participation-guidance-2009-icrc.pdf](http://icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-report_res/$File/direct-participation-guidance-2009-icrc.pdf)

Schmitt, Michael N. *The manual on the Law of Non-International Armed Conflict*.

Sanremo 2006 <http://www.michaelschmitt.org/images/Manual%5B1%5D.Final.Brill..pdf>

[Siteret 23. November 2009]

The Dictionary of Military and Associated Terms 2009

http://www.dtic.mil/doctrine/jel/new_pubs/jp1_02.pdf [Siteret 23. November 2009]

The relevance of IHL in the context of terrorism 2005

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/terrorism-ihl-210705?opendocument>

[Siteret 23. November 2009]

ICRCs ratifiseringsliste

[http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf) [Siteret 22. november 2009]

ICRCs ratifiseringsliste over stater parter til Tilleggsprotokoll nr.1 og 2 til

Genevekonvensjonene av 8. juni 1977

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> og

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> [Siteret 23.november 2009]

Rettsavgjørelser

Amnesty international Canada and British Columbia civil liberties association v. Chief of defence staff for the Canadian forces, minister of national defence and attorney general of Canada 2008 FC 336,

Bankovic and others v. Belgium and others 2001 52207/99 [2001] ECHR 890 (12 December 2001).

Issa and others v. Turkey 31821/96 [2004] ECHR 629 (16 November 2004)

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons,
Advisory Opinion, IC.J. Reports 1996, p. 226 avsn. 79 og 80

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

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Merits, Judgment. I.C.J.
Reports 1986, p. 14.

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

The prosecutor versus Jean-paul Akayesu *Case No. ICTR-96-4-T*
Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on
Jurisdiction, Case No IT -94-1-AR72 (2. October 1995)

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations,
Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174

Avisartikler

Andreassen, Tor Arne. *Må vente på sikrerer biler*. I: Aftenposten 15.mai 2009.

Barth Eide, Espen. *Folkeretten og Afghanistan*. I: VG. 7. Juni 2009.

Berg Harpviken, Christian og Bergsmo, Morten. *Folkeretten og Afghanistan*. I: VG. 29.
mai 2009.

Chandrasekaran, Rajiv. *Ildprøve for Obamas nye Afghanistan-strategi*. I: Aftenposten 3.
Juli 2009.

Filseth, Gunnar. *Taliban-bastion og verdens største narkoreir* I: Aftenposten 3. Juli 2009.

Partlow, Joshua. *Al-Qaida svekkes, Taliban styrker sin makt*. I: Aftenposten 12. november 2009.

Strøm-Eriksen, Anne-Grethe. *Ikke feig*. I: Dagens Næringsliv. 10. august 2009.

Personlig kontakt

Finberg, Vegard. Pressetalsmann for Forsvarets Felles Operative Hovedkvarter. Telefon samtale 17. april 2009.

Oberstløytnant Simonsen, Espen. Telefonsamtale 27. mai 2009

Oberstløytnant Ydstebø, Palle. Telefonsamtale 28. mai 2009.

Oberstløytnant Benjaminsen, Bjørn. E-post 12. juni 2009.

Hemmer, Jarl Eirik. Specialadvisor ved seksjon for internasjonal og militærrett i Forsvarsdepartementet. Telefonsamtale 1.oktober 2009.

Kjetil Eide, Kommunikasjonsrådgiver Forsvarets Felles Operative Hovedkvarter. Telefonsamtale 16. November 2009.

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>

7 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>