

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Lovforslaget om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt, såkalte «fremmedkrigere»

- Utvalgte problemstillinger og utfordringer

Kandidatnummer: 678

Leveringsfrist: 25. november 2014

Antall ord: 16 740



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.1.1	Temaets aktualitet.....	3
1.2	Rettskildetilfang og metodebruk.....	4
1.3	Den videre fremstilling og avgrensninger.....	5
<b>2</b>	<b>FORSLAGET OM KRIMINALISERING AV VISSE HANDLINGER KNYTTET TIL VÆPNET KONFLIKT.....</b>	<b>6</b>
2.1	Internasjonal væpnet konflikt og ikke-internasjonal væpnet konflikt .....	6
2.2	Deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt, jf. § 133 a.....	8
2.2.1	Innledende bemerkninger .....	8
2.2.2	Den objektive gjerningsbeskrivelsen.....	10
2.2.3	Kravet til subjektiv skyld.....	12
2.3	Forbund om deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt, jf. § 133 b.....	12
2.3.1	Inngåelse av «forbund» .....	13
2.4	Lovforslagets internasjonale bakgrunn .....	14
<b>3</b>	<b>PRINSIPIELLE SPØRSMÅL - RETTPOLITISKE VURDERINGER.....</b>	<b>15</b>
3.1	Innledende bemerkninger.....	15
3.2	Kriminalisering av forberedelseshandlinger .....	17
3.3	«Pre-aktiv» strafferett .....	18
3.3.1	Straffansvaret for deltakelse i væpnet konflikt, jf. § 133 a.....	19
3.3.2	Straffansvar for å inngå avtale om å delta i en væpnet konflikt, jf. § 133 b.....	23
3.3.3	Subjektivisering av straffansvaret .....	24
3.3.4	Respekt for privatlivet .....	25
3.4	Det strafferettslige legalitetsprinsipp og klarhetskravet.....	28
3.4.1	Innledende bemerkninger .....	28
3.4.2	Presisjonskravet etter norsk rett og EMK.....	30
3.4.3	Kort oppsummering.....	40
3.5	Manglende dokumentasjon eller sannsynliggjøring av effekten av kriminaliseringen..	40
<b>4</b>	<b>ER LOVFORSLAGET NØDVENDIG? .....</b>	<b>41</b>
<b>5</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>43</b>



# 1 INNLEDNING

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er forslaget om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt, i høringsnotatet betegnes personkretsen som «fremmedkrigere». Lovforslaget er sendt ut på høring av Justis- og beredskapsdepartementet 4. juli 2014.<sup>1</sup> Høringsfristen var satt til 3. oktober 2014, og i skrivende stund er saken under behandling hos departementet. Lovforslagene følger opp tiltak nummer 20 i regjeringens handlingsplan mot radikalisering og voldelig ekstremisme, som ble lagt frem 10. juni 2014.<sup>2</sup> En viktig utvikling etter at lovforslaget ble lagt ut på høring er FNs sikkerhetsresolusjon 2178 av 24. september 2014 om bekjempelse av «Foreign Terrorist Fighters». <sup>3</sup> Resolusjonen pålegger medlemsstatene forpliktelser knyttet til fremmedkrigere og kriminalisering av deres handlinger. Resolusjonen er vedtatt under FN- paktens kapitel VII, og Norge vil være folkerettslig forpliktet til å følge opp resolusjonen, dersom lovgivningen ikke dekker påbudene. <sup>4</sup>

I høringsnotatet foreslås for det første å endre straffeloven § 133 til å forby all rekruttering til militærvirksomhet for en fremmed stat eller en ikke-statlig styrke eller gruppe. For det andre foreslås å kriminalisere deltakelse i væpnet konflikt som del av ikke-regulære styrker, og forbund om dette. For det tredje rammer forslagene angrep på norske og allierte styrker på internasjonale oppdrag, og forbund om slike angrep. Endringene foreslås inntatt i straffeloven av 1902 (heretter kalt strl.) som nye paragrafer, § 86 c, § 86 d, § 133, § 133 a og § 133 b.

Forut for lovforslaget hadde Politiets sikkerhetstjeneste (heretter kalt PST) sendt ut bekymringsmeldinger til politikere om nordmenn som deltar i kamphandlinger i Syria og andre konfliktområder. Det fremgår av PSTs årlige trusselvurdering 2014<sup>5</sup> at internasjonale forhold og konflikter utenfor Norge har fått stor betydning for trusselsituasjonen her i landet, og at ekstrem islamisme anses som den største terrortrusselen. Selv om få personer i landet støtter ekstrem islamisme, fastslår PST at rekrutteringen og deltakelse til enkelte miljøer er økende. PST er videre bekymret for at personer som reiser ut for å delta i væpnede konflikter, ved retur til Norge kan utgjøre en fare for samfunnet. Etterretningstjenesten gir uttrykk for tilsva-

---

<sup>1</sup> Høringsnotat av 4. juli 2014 fra Justis- og beredskapsdepartementets (heretter betegnet som høringsnotat 04.07 14)

<sup>2</sup> Justis- og beredskapsdepartementets (10. juni 2014) Handlingsplan mot radikalisering og voldelig ekstremisme

<sup>3</sup> S/RES/2178 (2014)

<sup>4</sup> FN-pakten art. 25

<sup>5</sup> PST (2014)

rende bekymring.<sup>6</sup> I høringsnotatet gir departementet uttrykk for et økende behov for nye lover og endringer i straffeloven i den hensikt å avverge fremtidige terrorangrep mot Norge.

Intensjonene i lovforslaget kan i all hovedsak støttes, men en ser samtidig at deler av lovforslaget reiser viktige rettslige, prinsipielle og praktiske spørsmål. Avhandlingens sentrale problemstilling vil være drøftelse av disse spørsmålene. Lovgivningen rundt terrorhandlinger har i de siste ti år vært utsatt for sterk kritikk fra ulike hold. Den sterkeste kritikken har omhandlet forholdet til menneskerettighetene. Enkelte av lovendringene og forslagene kritiseres for å bryte med anerkjente menneskerettighetsprinsipper. Man mener at nasjonal lovgivning som tiltak i terrorbekjempelsen i for liten grad setter fokus på forholdet mellom effektiv terrorbekjempelse på den ene siden, og menneskerettighetene på den andre siden.<sup>7</sup> Lovforslaget om å kriminalisere enkelte handlinger knyttet til væpnede konflikter reiser utfordringer fra en menneskerettslig synsvinkel.

Enkelte deler av lovforslagene viser en ny tendens i den norske strafferetten som i teorien har blitt omtalt som «pre-aktiv» strafferett.<sup>8</sup> Dette er en ny form for lovgivning som tar sikte på å avdekke og avverge straffbare handlinger før de skjer. En konsekvens av dette kan være at en del forhold som tradisjonelt ikke er kriminalisert, gjøres straffbare. Kriminalisering av deltakelse i væpnede konflikter er et eksempel på dette, og et vesentlig formål er å ha mulighet til å gripe inn før fremmedkrigerne reiser til konfliktområder. I denne sammenheng vil det være interessant å se hvilke utfordringer man møter ved bruk av «pre-aktiv» lovgivning, herunder hvilke prinsipielle spørsmål en slik utvidelse av straffeområdet medfører. Når lovforslaget gir foranledning til å gripe inn i forkant av den straffbare handlingen vil det reise et sett med prinsipielle spørsmål om forholdet til rettsstatens prinsipper og personvernet.

Videre fremgår det av høringsnotatet at det beror på en konkret vurdering foretatt av påtalemyndigheten, hvorvidt en handling som dekkes av gjerningsbeskrivelsen skal straffeforfølges eller ikke.<sup>9</sup> Både alternativ 1 og alternativ 2 til § 133 a generaliserer deltakelse så sterkt at også aktverdig deltakelse rammes av bestemmelsen. I denne sammenhengen vil det være interessant å se om lovforslaget til § 133 a og § 133 b kvalitativ sett holder mål, det vil si om de har et tilstrekkelig presisjonsnivå og klarhetsnivå til å tilfredsstille krav til forutberegnelighet i

---

<sup>6</sup> Etterretningstjenesten, FOKUS 2014, under overskriften «Fremmedkrigere med tilknytning til Norge»

<sup>7</sup> Se for eksempel Husabø (2005) s. 12

<sup>8</sup> Husabø (2004) s. 183

<sup>9</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.1 s. 16

legalitetsprinsippet etter Grunnlovens § 96 og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 7 (heretter EMK).<sup>10</sup>

For å belyse problemstillingene lovforslaget reiser, vil jeg komme med noen rettspolitiske synspunkter på hvilke virkemidler straffelovgivningen kan tillate brukt til terrorforebygning og terrorbekjempelse uten at det går for mye utover privatlivet og personvernet. Lovgivnings-taktikken og håndhevelsen vil også være interessant her. Formålet med avhandlingen er å drøfte prinsipielle, rettssikkerhetsmessige og rettspolitiske spørsmål som lovforslaget reiser.

### 1.1.1 Temaets aktualitet

Avhandlingens tema reiser flere interessante problemstillinger knyttet til den dagsaktuelle situasjonen i Midtøsten. De senere årene, og særlig etter terrorhandlingene 22. juli 2011, har bekjempelsen av terror fått økt oppmerksomhet både i mediene og i den politiske debatten. Konfliktene i Midtøsten har ført til diskusjoner om i hvilken grad samfunnet skal tillate privatpersoner å delta i stridshandlinger i en væpnet konflikt. Disse konfliktene er blitt ansett som en direkte trussel mot vår del av verden på grunn av personer som er bosatt i Europa og som drar til konfliktområder for å slutte seg til terrorgrupper og blir fremmedkrigere. Både i den politiske debatten og mediene gir myndighetene i flere europeiske land uttrykk for at enkeltpersoner i økende grad reiser til utlandet for å delta i væpnet konflikter. Landene erkjenner at man står overfor nye og store utfordringer i kjølvannet av konfliktene i Syria og Irak. I dag er også kampen mot radikalisme og ekstremisme høyt oppe på den politiske agendaen. Et ledd i dette arbeidet har vært å sørge for at vi i Norge har de nødvendige strafferettslige og straffeprosessuelle verktøy for å kunne avverge fremtidige terrorhandlinger. Forslaget om å kriminalisere visse handlinger knyttet til deltakelse i væpnet konflikt er den siste utviklingen på området. PST opplyser at de siste tre årene har omtrent 60 personer reist fra Norge til Syria og Irak for å delta i krig.<sup>11</sup> Temaet har blitt ytterligere aktualisert gjennom FNs sikkerhetsrådsresolusjon 2178 fra september i år om samme problematikk.

Temaet har også en prinsipiell side. Det er ulike meninger blant teoretikere om i hvilken grad man bør bruke lovgivning og rettsregler som virkemiddel for å bekjempe terrorisme. Det hevdes at kampen mot terrorisme har medvirket til å endre strafferettens karakter og har satt sentrale rettsprinsipper i rettsstaten under press.<sup>12</sup> På denne måten har temaet en berøringsflate mot grunnleggende sivile og politiske rettigheter som retten til privatliv, ytringsfrihet, den

---

<sup>10</sup> Konvensjonen er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven - Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. 21. Mai 1999 nr. 30.

<sup>11</sup> PST (2014)

<sup>12</sup> Husebø (2004) s. 180

strafferettslige uskyldpresumsjonen og legalitetsprinsippet. For avhandlingen vil det være interessant å se på de tiltak som vedtas og deres betydning for balansen mellom hensynet til samfunnssikkerhet og demokrati i en rettsstat.

## 1.2 Rettskildetilfang og metodebruk

I avhandlingen anvendes alminnelig juridisk metode som gjelder på strafferettens område. Rettskildesituasjonen på strafferettens område skiller seg ikke vesentlig fra rettskildesituasjonen på andre lovregulerte områder.<sup>13</sup> Temaet har, så vidt jeg kan se, ikke tidligere vært gjenstand for omfattende diskusjon eller behandling.

Fremstillingen er dels deskriptiv hvor jeg beskriver straffebudene som fremkommer av lovforslaget og dels normativ hvor jeg tar opp rettpolitiske og prisnippille spørsmålet lovforslaget reiser.

En av de store utfordringene med å skrive denne avhandlingen er at fremstillingen av den deskriptive beskrivelsen av lovforslaget er preget av noe begrenset rettskildetilfang. Forslagene er på et tidlig stadium av lovgivningsprosessen og dette vil naturligvis sette sitt preg på rettskildebildet hva gjelder tolkningen av straffebudene. I påvente av Regjeringens proposisjon og Stortingets behandling av lovforslaget er høringsnotatet den eneste rettskilden tilknyttet lovforslaget. Høringsnotatet med forslag til kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt er et forarbeid som innleder lovgivningsprosessen.<sup>14</sup> Lovforarbeidenes vekt kan ikke besvares generelt, men uttalelser om formålet og begrunnelsen bak bestemmelsen bør få betydning for tolkningen av lovforslaget.<sup>15</sup> Idet vi befinner oss på legalitetsprinsippet område vil straffebudenes ordlyd være av særlig rettskildemessig vekt.<sup>16</sup> Av naturlige grunner har vi ikke rettspraksis på området og det er ikke skrevet stort om lovforslaget som fremkommer av høringsnotatet i juridisk litteratur. Reelle hensyn har også sin plass i rettskildebildet. Med reelle hensyn forstås verdier som kan eller skal legges vekt på for å komme frem til et godt resultat.<sup>17</sup> Reelle hensyn har generelt sentral betydning når grensen mellom den straffbare og straffrie atferd skal trekkes.<sup>18</sup> Ved forberedelseshandlinger har lovgiver ofte foretatt en avveining av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

---

<sup>13</sup> Eskeland (2013) s. 167

<sup>14</sup> Eckhoff (2000) s. 66

<sup>15</sup> Ibid. s. 70 flg.

<sup>16</sup> Ibid. s. 127 flg.

<sup>17</sup> Eskeland (2013) s. 130

<sup>18</sup> Høgberg (2000) s. 560

I lys av de folkerettslige forpliktelser leder en vurdering av legalitetsprinsippet i Grunnlovens § 96, til spørsmålet om et tilsvarende krav i EMK artikkel 7. Det blir da relevant å se hen til hvordan EMD selv forstår innholdet i konvensjonsbestemmelsen.

Under den normative beskrivelsen av lovforslaget hvor jeg vurderer de rettpolitiske og prinsipielle spørsmålene, bruker jeg forarbeidene, rettepraksis og juridisk litteratur som finnes på området. De sentrale rettskildene som jeg i hovedsak kommer til å anvende i denne delen av oppgaven er straffeloven av 1902, høyesterettpraksis, forarbeider til straffeloven av 1902, juridisk teori og juridiske artikler.

Jeg kommer til å forholde meg til ordlyden i lovforslaget slik det er gjengitt i høringsnotatet, vel vitende om at gjeldende ordlyd kanskje ikke blir vedtatt. På grunn av begrensede rettskilder og at vi står overfor et lovforslag som ikke er vedtatt vil enkelte drøftelser preges av egne tolkninger. På enkelte punkter er dette mer fremtredende, hvor det har vært nødvendig med en konklusjon.

### **1.3 Den videre fremstilling og avgrensninger**

I del 2 finner jeg det formålstjenlig å gi en kort fremstilling av lovforslaget som kriminaliserer deltagelse i militær virksomhet i en væpnet konflikt og forbund om dette, jf. § 133 a jf. § 133 b. Ved å gjennomgå innholdet i straffebudene som er foreslått, vil man få et bedre innblikk i og forståelse av de mer prinsipiellere spørsmålene som drøftes under punktet 3. Jeg drøfter i denne sammenhengen også skillet mellom internasjonal og ikke-internasjonale konflikter i kapittel 2.1. I del 3 gir jeg en nærmere presentasjon av de prinsipielle spørsmål lovforslaget gir opphav til, under forutsetning av at straffebudene blir vedtatt etter nåværende form. I kapittel 3.3 settes søkelys på de utfordringene som oppstår når kursen endres fra det tradisjonelle strafferettslige utgangspunktet om «re-aktiv» strafferett til «pre-aktiv» strafferett. Under kapittel 3.4 drøftes presisjonskravets side av legalitetsprinsippet med eksempler fra norsk rettspraksis og avgjørelser fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD),<sup>19</sup> hvor praksis er av stor relevans for klarleggingen av konvensjonens innhold og anvendelse. Drøftelsen i dette kapitlet er grunnleggende for å finne ut om straffebudene oppfyller presisjonskravet. Krigshandlinger begått av fremmedkrigere rammes i stor grad av den nåværende straffelovens bestemmelser. Det vil derfor være interessant å vurdere hvorvidt en særskilt kriminalisering av deltakelse i væpnede konflikter er hensiktsmessige eller nødvendig. Vurderingen vil til en viss grad være preget av egne betraktninger og tolkninger. Dette tas opp avslutningsvis under del 4.

---

<sup>19</sup> Norsk lov og rettspraksis presumeres å være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser til den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK)



Jeg har funnet det nødvendig, av hensyn til oppgavens sammenheng og tidsramme, å avgrense avhandlingen til en vurdering av de regelverk som mest mulig direkte har betydning for lovforslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnede konflikter. De avgrensningene jeg har gjort henger videre sammen med et ønske om å gi en rettsdogmatisk vurdering av i hvilken grad et forslag om kriminalisering av fremmedkrigere er nødvendig og i samsvar med grunnleggende prinsipper i en rettsstat.

Jeg avgrenser dermed temaet mitt mot lovforslaget om å kriminalisere angrep på norske og allierte styrker på internasjonale oppdrag og forbund om dette. I høringsnotatet foreslås å endre bestemmelsen i strl. § 133 slik at bestemmelsen omfatter rekruttering både til militær virksomhet for en fremmed stat og ikke-statlige styrker eller grupper. Et generelt rekrutteringsforbud reiser interessante prinsipielle og rettspolitiske spørsmål, men av plassmessige hensyn avgrenses temaet mot dette. Det fremgår av høringsnotatet at det ikke foreslås endringer i straffeloven 2005. Jeg kommer derfor til å avgrense mot straffebestemmelser som omhandler terror i straffeloven 2005. Lovforslaget kan sees i sammenheng med en rekke andre bestemmelser i straffeloven. Disse vil ikke bli nærmere behandlet i oppgaven. Lovforslaget kriminaliserer også medvirkningshandlingene og gir opphav til interessante problemstillinger, men dette temaet vil ikke bli behandlet.

## **2 Forslaget om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt**

### **2.1 Internasjonal væpnet konflikt og ikke-internasjonal væpnet konflikt**

I høringsnotatet og lovforslagene ser vi et gjennomgående skille mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter med hensyn til deltakelsens straffbarhet. I det følgende gjennomgås de forskjellene som har betydning for de spørsmål som drøftes i avhandlingen.

Lovforslaget om kriminalisering av en persons deltakelse i militær virksomhet forutsetter at det faktisk foreligger en «væpnet konflikt». Det fremgår av forslaget til ny bestemmelse i straffeloven § 133 a, alternativ 1 og 2, at den som deltar i militær virksomhet i en «*[internasjonal] væpnet konflikt*» straffes. I straffeloven 2005 er ordlyden «krig» erstattet med «væpnet konflikt» i samsvar med humanitærretten. I straffeloven 2005 kapittel 16 om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelse<sup>20</sup> er også ordlyden «væpnet konflikt» brukt.

---

<sup>20</sup> Straffeloven kapittel 16 av 20. mai 2005 om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelse, som trådte i kraft 7. mars 2008.

Etter forarbeidene til kapittel 16 vil situasjoner hvor stater bruker våpen mot hverandre eller når det foreligger langvarig væpnet vold mellom statens myndigheter og organiserte væpnede grupper, anses som væpnet konflikt. En væpnet konflikt foreligger også der en stat okkuperer en annens territorium, selv om den ikke møter væpnet motstand.<sup>21</sup> Væpnede konflikter kan både være internasjonale og ikke-internasjonale i den enkelte stat.<sup>22</sup>

I internasjonal humanitærrett og krigens folkerett reguleres hvordan krig eller en væpnet konflikt skal utkjempes, og hvordan dette skal balanseres opp mot hensynet til humanitærretten. I humanitærretten er væpnede konflikter definert som en konflikt mellom stater eller grupper som involverer bruk av væpnet makt. Internasjonal humanitærrett bygger på internasjonale konvensjoner og folkerettslige sedvanerett. De viktigste reglene som gjelder for krigføring er nedfelt i de fire Genèvekonvensjonene av 1949<sup>23</sup> og deres tre tilleggsprotokoller av 1979 og 2005.<sup>24</sup> Genèvekonvensjonene bruker uttrykket «væpnet konflikt» som kriterium for når reglene kommer til anvendelse.

Det er to kategorier av væpnet konflikt, internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter. Internasjonale væpnede konflikter er konflikter som foregår mellom to stater, mens ikke-internasjonale væpnede konflikter foregår innad i en stat. Tradisjonelt har det vært et skille mellom internasjonale væpnede konflikter og ikke-internasjonale (interne) væpnede konflikter. Dette skillet er viktig ettersom humanitærretten har noe ulike regler for de to typene væpnet konflikt.<sup>25</sup>

Opprinnelig regulerte humanitærretten først og fremst internasjonale væpnede konflikter mellom stater og i liten grad ikke-internasjonale konflikter, altså hvor minst en av to stridende parter er en ikke-statlig aktør.<sup>26</sup> Rettsutviklingen har imidlertid endret seg betydelig de siste tiårene, og det er slått fast at folkerettens regler om krigføring også skal gjelde i ikke-internasjonale konflikter. Det er også blitt gjort forsøk på å etablere forpliktende folkerettslige regler for ikke-internasjonale væpnede konflikter.<sup>27</sup> Det er imidlertid betydelig uenighet knyttet til hvordan man fastslår det detaljerte innholdet av disse reglene og under hvilke forhold de kommer til anvendelse. Lovforslaget legger opp til et skille mellom deltakelse i væpnede konflikter som reguleres av Genèvekonvensjonene felles artikkel 3 og deltakelse i en intern væp-

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 12.2.1.3 s. 284-285

<sup>22</sup> Ibid. pkt. 5.10.3 s. 87-88.

<sup>23</sup> Genèvekonvensjonene I-IV av 12. august 1949

<sup>24</sup> Tilleggsprotokoll I-III av 10. juni 1977 og 2005 (heretter TP)

<sup>25</sup> Forsvaret (2013) s. 10

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 5.10.3 s. 88

<sup>27</sup> Ruud (2011) s. 263

net konflikt som oppfyller kravene til Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll II artikkel 1. Forslaget til § 133 a kriminaliserer kun deltakelse i en internasjonal væpnet konflikt etter Genèvekonvensjonene felles artikkel 3. Dette kan reise betenkeligheter med hensyn til legalitetsprinsippet og kravet til forutberegnelighet som jeg kommer tilbake til under punkt 3.4.

Felles<sup>28</sup> artikkel 2 i de fire Genèvekonvensjonene bestemmer når konvensjonene kommer til anvendelse i en internasjonal væpnet konflikt. Det er krav om at den væpnede konflikten eller krigen skal ha et visst omfang. De viktigste kriteriene for at denne protokollen skal komme til anvendelse er at opprørerne har kontroll over en del av territoriet i landet, og at statens væpnede styrker er en av de stridende partene i konflikten.<sup>29</sup> I internasjonale væpnede konflikter kommer alle Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokoll nr. 1 til anvendelse,<sup>30</sup> mens hjemmelsgrunnlaget for en ikke-internasjonal væpnet konflikt er nedfelt i Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 3 og tilleggsprotokoll II. Det også et skille mellom ikke- internasjonale konflikter og situasjoner av intern uro, opptøyer og lignende som ikke reguleres av humanitærretten, men av nasjonale regler.

Departementets skille mellom internasjonale væpnede konflikter og ikke-internasjonale væpnede konflikter reiser flere problemstillinger. Det som er relevant for den videre drøftelsen er først og fremst forholdet til legalitetsprinsippet og den vanskelige bevissituasjonen. Det vil alltid være delte meninger, både under og etter konflikten, om hvordan den aktuelle konflikten klassifiseres. Dette vil føre til at det vil være vanskelig for borgerne å vite på forhånd om deltakelsen er straffbar eller ikke. Det er videre uklart hvorfor departementet avgrenser mot ikke-internasjonale konflikter. De ikke-internasjonale væpnede konfliktene vil være like brutale og lovløse som internasjonale konflikter, også faren for radikaliserings av enkeltpersoner vil være likt.

## **2.2 Deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt, jf. § 133 a**

### **2.2.1 Innledende bemerkninger**

Departementet har fremmet to alternative forslag til ny bestemmelse om deltakelse i væpnet konflikt. Straffeloven har en rekke straffebestemmelser som retter seg mot ulike former for ulovlige deltakelser i terror- og kriminelle organisasjoner. De fleste handlingene fremmedkri-

---

<sup>28</sup> Genèvekonvensjonenes felles art. 3 betegnes som «felles» fordi den har lik tekst i alle de fire Genèvekonvensjonene.

<sup>29</sup> Tilleggsprotokoll II artikkel 1 første ledd

<sup>30</sup> Genèvekonvensjonenes felles artikkel. 2 første ledd og tilleggsprotokoll I artikkel. 1 tredje ledd.

gere begår i en væpnet konflikt, vil være straffbare etter gjeldende regler.<sup>31</sup> Men det er ingen konkrete straffebud som generelt kriminaliserer deltakelse i militær virksomhet i en væpnet konflikt, verken i en annen stats væpnede styrke eller en ikke-statlig styrke. Det er heller ikke forbudt å inngå forbund med noen om å delta i væpnet konflikt. Forslaget som er lagt frem overlapper likevel enkelte terrorbestemmelser.<sup>32</sup> Almennelige straffebestemmelser om drap, legemsbeskadigelse, skadeverk og lignende kan også komme til anvendelse.<sup>33</sup> Reglene om folkemord, krigsforbrytelser med mer etter straffeloven 2005 kapittel 16 vil også få anvendelse hvor personene begår disse handlingene i væpnede konflikter. Likevel har departementet lagt frem et lovforslag som generelt kriminaliserer handlinger begått av fremmedkrigere i væpnede konflikt i utlandet. Det kan reises betenkeligheter rundt hensiktsmessigheten og nødvendigheten av ytterligere kriminalisering.<sup>34</sup>

Formålet med lovforslaget er først og fremst å motvirke at norske borgere reiser til konfliktområder for å delta i væpnede konflikter på vegne av ikke-statlig væpnede aktører og grupperinger, for deretter å returnere til Norge med erfaringer og intensjoner som kan utfordre norske interesser. Videre antas det at det vil være enklere å håndheve et mer generelt forbud mot militær deltakelse i væpnede konflikter.<sup>35</sup> Dersom handlinger begått av fremmedkrigere i utlandet skal etterforskes som drap, legemsbeskadigelse, skadeverk og lignende vil, det kreve store ressurser. Etterforskningen vil også være vanskelig ettersom de straffbare forholdene finner sted i andre jurisdiksjoner og under uoversiktlige forhold.<sup>36</sup>

I høringsnotatet er to alternative utkastet til lovforslag lagt fram med følgende formulering:

«Ny § 133 a skal lyde [alternativ 1]:

*Den som [på rettsstridig måte] deltar i militær virksomhet i en [internasjonal] væpnet konflikt straffes med fengsel inntil 6 år med mindre vedkommende deltar på vegne av en statlig [eller en sammenlignbar ikke-statlig] styrke.*

*Medvirkning straffes på samme måte.*

Ny § 133 a skal lyde [alternativ 2]:

*Den som tar aktivt del i fiendtlighetene i en [internasjonal] væpnet konflikt straffes med fengsel inntil 6 år, med mindre vedkommende deltar på vegne av en statlig styrke [som [faller inn under gruppen av stridende som etter folkeretten skal gis strafferettslig immunitet] [deltar på vegne av styrker som nevnt i Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll II av 1977 artikkel 1 nr. 1]].*

*Medvirkning straffes på samme måte.»*

---

<sup>31</sup> Strl. § 104 a, § 147 d, 147 c første ledd bokstav d

<sup>32</sup> Eksempelvis strl. §§ 147 d, 147 c første ledd bokstav d,

<sup>33</sup> Bestemmelsene er gitt universell anvendelse etter strl. § 12 første ledd nr. 3 bokstav a og nr. 4 bokstav a

<sup>34</sup> Se blant annet annet pkt. 3 og 4

<sup>35</sup> Høringsnotat (04.04.14) pkt. 4.3.1 s. 15

<sup>36</sup> Ibid.

Etter første alternativ vil den som «[på rettsstridig måte]» deltar i militær virksomhet i en internasjonal væpnet konflikt bli straffet. Dette gjelder likevel ikke dersom vedkommende deltar på vegne av en «statlig [eller en sammenlignbar ikke-statlig] styrke». Etter andre alternativ vil den som «tar aktivt del i fiendtlighetene» i en internasjonal væpnet konflikt blir straffet. Det foreslås avgrenset mot enten grupper av stridende som skal gis folkerettslig immunitet<sup>37</sup> eller grupper av stridende som etter folkeretten kan gis etterfølgende immunitet.<sup>38</sup>

Det presiseres i høringsnotatet at straffeansvaret i utkast til § 133 a bør avgrenses etter mest mulige objektive kriterier.<sup>39</sup> Etter første alternativ vil den som deltar aktivt i en militær virksomhet i væpnet konflikt, ikke straffefølges dersom vedkommende deltar på vegne av en statlig eller en sammenlignbar ikke-statlig styrke. Straffeansvaret begrenses videre mot rettsstridig deltakelse, jf. uttrykket «rettsstridig måte».

Etter andre alternativ er det forestått å avgrense straffensvart mot grupper av stridende som skal gis folkerettslig immunitet etter Genèvekonvensjonene III og den førstetilleggsprotokollen, eller grupper av stridende som etter folkeretten kan gis etterfølgende immunitet etter den andre tilleggsprotokollen art. 1 nr. 1.

## 2.2.2 Den objektive gjerningsbeskrivelsen

I høringsnotatet fremstilles to alternative utforminger av den objektive gjerningsbeskrivelsen til § 133 a. Det første alternativet krever at gjerningspersonen deltar i «militær virksomhet i væpnet konflikt». Det fremgår av høringsnotatet at vilkåret «militær virksomhet» skal forstås på samme måte som ordlyden «fremmed Krigstjeneste» i gjeldende strl. § 133, samt videreføringen av vilkåret i straffeloven 2005 § 128, hvor vilkåret «fremmed Krigstjeneste» er erstattet med «militær virksomhet for en fremmed stat».<sup>40</sup> Etter forarbeidene til ny straffelov innebærer endringen en utvidelse av bestemmelsens virkeområde, slik at også rekruttering til deltakelse i væpnede konflikter som ikke anses som krig blir rammet.<sup>41</sup> Ordlyden i strl. § 133 knytter seg til fremmed krigstjeneste, verving eller rekruttering til væpnede konflikter som ikke har status som krig etter folkeretten faller utenfor bestemmelsen. Bestemmelsen er ment å dekke både verving til selve kamptjenesten i form av militær styrke, og verving til militære hjelpefunksjoner i form av for eksempel sanitetstjeneste. Og rekrutteringen avgrenses mot

---

<sup>37</sup> Genèvekonvensjonene III og Tilleggsprotokoll I

<sup>38</sup> Tilleggsprotokoll II artikkel. 1 nr. 1

<sup>39</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.1 s. 16

<sup>40</sup> Ibid. pkt. 4.3.2.2 s. 19

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 12.2.2 s. 314.

styrker, organisasjoner eller grupper som ikke opptrer på en stats vegne. Et eksempel på slike grupperinger kan være opprørsgruppe mot en sittende regjering.<sup>42</sup>

Et eksempel som kan trekkes frem etter dagens situasjon er den kurdiske Peshmergaen<sup>43</sup> og deres kamp mot Den Islamske Stat i Irak og Syria (IS). Selv om peshmarge styrkene kjemper på samme side som de statlige styrkene i Irak, har de stor grad av selvstendighet og av mange anses som en ikke- statlig styrke. Dersom norske borgere ønsker å forsvare sin landsmann i de kurdiske selvstyrte områdene mot IS vil de etter forslaget kunne straffeforfølges. Dette eksemplet viser at rekruttering til militær virksomhet i enkelte tilfeller ikke fremstår som straffverdig. Hvilke prinsipielle spørsmål dette kan reise kommer jeg tilbake til under punkt. 3.

Enkelte høringsinstanser anfører at det kan tenkes unntakssituasjoner hvor individuell deltakelse i væpnet konflikt i utlandet kan ha et aktverdig formål og til og med være i norsk interesse.<sup>44</sup> Man mener derfor at det bør være en «sikkerhetsventil» i lovverket (utover det som følger av opportunitetsprinsippet) som gjør at nordmenn som deltar i en væpnet konflikt på samme side som norske militære styrker, ikke risikerer straff.

Det andre alternative utkastet til § 133 a krever at gjerningspersonen «tar aktivt del i fiendtlighetene» i en internasjonal væpnet konflikt. Departementet slår fast at denne formuleringen bygger på tilsvarende begrep i internasjonal humanitærrett.<sup>45</sup> Begrepet det er henvist til er formuleringen «direct participation in hostilities», på norsk «sivile som tar direkte del i fiendtlighetene».<sup>46</sup> Uttrykket benyttes i blant annet Genèvekonvensjonene<sup>47</sup> og tilleggsprotokollene<sup>48</sup> i forbindelse med prinsippet om at personer som ikke deltar direkte i fiendtligheter skal være beskyttet mot angrep. Gjør de det mister de sin beskyttelse som sivile og kan utsettes for direkte angrep. Det foreligger ingen presis definisjon av uttrykket i internasjonal humanitær rett,<sup>49</sup> og det har vært mye diskusjon rundt innholdet av begrepet. ICRC utga i 2009 en studie hvor man har prøvd å gjøre rede for uttrykkets innhold.<sup>50</sup> Studien viser at begrepet ikke er helt entydig og har et upresist innhold. Det må foretas en kokret vurdering av hvorvidt direkte deltakelse kan sies å foreligge i hvert enkelt tilfelle. Handlingen anses som direkte deltagelse i fiendtligheter når handlingen forårsaker skade på militære operasjoner, stridskapasitet, eller skade på beskyttede personer og objekter. Videre må handlingen være gjennomført i den hen-

---

<sup>42</sup> Høringsnotat (04.07.14.) pkt. 3.1 s. 10

<sup>43</sup> Chapman (2011)

<sup>44</sup> Se høringsuttalelse, bl.a. E-tjenesten (21.07.14) s. 2, Forsvaret (30.09.14) s. 3

<sup>45</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.2.1 s. 19,

<sup>46</sup> Forsvaret (2013) s. 51

<sup>47</sup> Fellesartikkel 3 til de fire Genèvekonvensjonene

<sup>48</sup> Tilleggsprotokoll I artikkel 51 nr.3, Tilleggsprotokoll II artikkel 13 tredje ledd.

<sup>49</sup> Henckaerts (2005), Rule 6 s. 22.

<sup>50</sup> ICRC (2009)

sikt å skade den ene parten i konflikten til fordel for en annen.<sup>51</sup> Dette alternativet vil særlig være problematisk i forhold til forberedelseshandlinger etter § 133 b. Det vil være vanskelig å bevise med tilstrekkelig grad av sannsynlighet på et tidlig stadium om gjerningspersonen «*tar aktivt del i fiendtlighetene*» i en internasjonal væpnet konflikt.

Det er også grunn til å spørre om de objektive kriteriene i straffebudet oppfyller presisjon kravet som ligger implisitt i legalitetsprinsippet på strafferetten område. Vurderinger rundt dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.4.

### 2.2.3 Kravet til subjektiv skyld

Skyldkravet i forhold til den objektive gjerningsbeskrivelsen er ikke regulert uttrykkelig i lovforslaget § 133 a. Vi vil derfor falle tilbake på det alminnelige utgangspunktet om at straff forutsetter at gjerningspersonen har utvist en tilstrekkelig grad av skyld i forhold til den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.<sup>52</sup> Hovedreglene er at det kreves forsett etter strl. § 40. Innholdet i ordlyden «Forsæt» har i all hovedsak blitt klargjort av rettspraksis og juridisk teori. Forsett som skyldkrav har ulike former. For det første kan de tilfeller der gjerningspersonen har til hensikt å overtre den objektive gjerningsbeskrivelse i straffebudet oppfylle kravet til forsett. For det andre vil det foreligge forsett dersom gjerningspersonen anser det som sikkert eller overveiende sannsynlig at den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet blir oppfylt.<sup>53</sup> Det finnes også en siste form for forsett som omtales som *dolus eventualis*, hvor gjerningsmannen anser det som mulig at den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet vil bli overtrådt, men velger likevel å foreta handlingen selv om dette skulle skje.<sup>54</sup>

Dersom straffebudene § 133 a og § 133 b blir vedtatt må forsett dekke hele den objektive gjerningsbeskrivelse i straffebudet og skyldkravet må foreligge på gjerningstidspunktet.<sup>55</sup>

## 2.3 **Forbund om deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt, jf. § 133 b**

I tillegg til kriminalisering av deltakelse i militær virksomhet i en væpnet konflikt, ønsker departementet å straffe forberedelser i form av inngåelse av «forbund». Det er sikker rett at ordlyden «forbund» betyr avtale.<sup>56</sup> Begrunnelsen for lovforslaget er at de som planlegger å

---

<sup>51</sup> Forsvaret (2013) s. 52

<sup>52</sup> Andenæs (2004) s. 208

<sup>53</sup> Ibid. s. 233

<sup>54</sup> Rt. 1991 s. 600

<sup>55</sup> Andenæs (2004) s. 210

<sup>56</sup> Husabø (1999) s. 316

reise ned til konfliktområder for å delta i militær virksomhet, på forhånd har hatt kontakt med andre om disse planene. Lovforslagene har følgende formulering:

*«Med fengsel inntil 1 år straffes den som inngår forbund med noen om å begå en straffbar handling som nevnt i § 133 a».*

Norsk straffelovgivning gir som utgangspunkt rom for straffrie forberedelser. Først når man har overtrådt grensen for forsøk, jf. strl. § 49, kan handlingen straffeforfølges.<sup>57</sup>

Lovforslaget gjør det straffbart å forberede seg i form av inngåelse av avtaler med andre om å reise ned til en konflikt område og delta i en militær virksomhet. Denne form for kriminalisering av forberedelseshandlinger er begrunnet med at i det gjerningspersonen inngår avtale om å begå en kriminell handling vil han tre ut av den private sfære.<sup>58</sup> Ved at grensen for straffansvar inntreffer på et tidligere tidspunkt, kan bestemmelsen gi politiet og påtalemyndighet et grunnlag for å gripe inn før personen forlater landet på vei til ulike konfliktområdet. Det vil ikke lenge være utførte handlinger de straffes for, men at de har til hensikt å reise ditt og delta i militær virksomhet. Dette reiser prinsipielle spørsmål som jeg kommer tilbake til under punkt 3.3.

### 2.3.1 Inngåelse av «forbund»

Hva som kreves for å legge til grunn at det er inngått «forbund» om å delta i en militær virksomhet i en væpnet konflikt er ikke vurdert i høringsnotatet. I juridisk litteratur er forbund definert som «...ein avtale med eit bestemt forbrytersk formål.»<sup>59</sup> Det fremgår av forarbeidene til strl. § 147 a fjerde ledd at ordlyden «forbund» skal forstås på samme måte som ellers i straffeloven.<sup>60</sup> I gjeldende strafferett hvor tilsvarende uttrykk er brukt, er det et krav om at det må være inngått et forbund eller avtale mellom to eller flere personer om å begå en bestemt forbrytelse. Et tilsvarende syn er lagt til grunn i rettspraksis<sup>61</sup> hvor Høyesterett legger til grunn at forbundsbestemmelsen i § 147 a fjerde ledd ikke krever annet enn at det må være inngått et forbund om å begå en terrorhandling. Det er ingen krav til skriftlighet. Det må videre foreligge en reell avtale, men det kreves ikke at det skal være avtalte nærmere detaljer omkring terrorhandlingen. Avtalen må imidlertid være endelig og ha som hensikt å begå handling som

---

<sup>57</sup> Se mer om dette under pkt. 3.3.1

<sup>58</sup> Husabø (1999) s. 291

<sup>59</sup> Ibid. s. 316

<sup>60</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) kap. 8.4.1 s. 101

<sup>61</sup> Rt. 2013 s. 789



bryter med et eller flere straffebud. Forbrytelsen anses fullbyrdet når avtalen er inngått. Etter hovedreglene i strafferett vil skyldkravet være forsett, jf. strl. § 40.<sup>62</sup>

## 2.4 Lovforslagets internasjonale bakgrunn

Den 24. september 2014 vedtok FNs Sikkerhetsråd resolusjon 2178 «Threats to International Peace and Security Caused by Terrorist Acts»<sup>63</sup> om bekjempelse av «Foreign terrorist fighters». Norge var et av landene som sto bak forslaget sammen med USA og en rekke andre land. Resolusjonen har som formål å hindre fremmedkrigvirksomhet, organisering og finansiering av slik virksomhet, og å øke innsatsen for å forebygge voldelig ekstremisme. Norge og andre medlemsland er folkerettslig forpliktet til å følge opp resolusjonene som er truffet under FN-paktens kapitel VII.<sup>64</sup> Denne resolusjonen pålegger alle medlemslandene blant annet å vedta ny lovgivning for å forhindre at deres statsborgere reiser til utlandet for å delta i terrorhandlinger. Kriminalisering av reiser og forsøk på reise med terror som formål, er sentrale sider ved resolusjonen, og det gis en rekke bindende rettslige pålegg til medlemsstatene.

Under overskriften «Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations» punkt 6 a-c pålegger resolusjonen forpliktelser knyttet til å kriminalisere og straffeforfølge fremmedkrigere som reiser eller forsøker å reise til:

«...State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality...».

Formålet med reisen skal være å begå, planlegge, forberede eller delta i terrorhandlinger. De som reiser eller forsøker å reise for å yte eller motta terrortrening, er også omfattet. Videre forbys direkte eller indirekte finansiering, organisering og annen tilrettelegging av slike reiser. Medlemsstatene pålegges også forpliktelser knyttet til rekruttering til fremmedkrigervirksomhet. Under punkt 8 pålegger Sikkerhetsrådet medlemstatene å iverksette tiltak som skal forhindre bruken av falske identitetsdokumenter og effektivisere grensekontroll.

Resolusjonen oppfordrer også statene til å styrke internasjonalt strafferettslig samarbeid, herunder relevant bistand til stater som er påvirket av væpnet konflikt og hvor fremmedkrigere oppholder seg og opererer.

Resolusjonen definerer i punkt 5 begrepet «foreign terrorist fighters», i Norge «fremmedkrigere», som «individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts». Fremmedkrig begrepet slik det benyttes i resolusjonen, skiller seg fra det forliggende

---

<sup>62</sup> Bratholm (1995) s. 303

<sup>63</sup> S/RES/2178 (2014)

<sup>64</sup> FN-pakten art. 25

forslaget. På samme måte som det norske lovforslaget avklarer heller ikke resolusjonen hvilken militær virksomhet anses å drive terrorvirksomhet og hvem som kjemper i «den gode tjeneste». Men resolusjonens ordlyd retter seg mot terrorvirksomhet og terrorrelaterte overtredder, mens lovforslaget på sin side kriminaliserer enhver deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt som sådan.

Man kan stille spørsmål om ikke eksisterende norsk lovgivning oppfyller forpliktelsene som følger av resolusjon 2178, og om forslaget om kriminalisering av visse typer handlinger knyttet til væpnet konflikt er unødvendig. I etterkant av vedtagelsen har Regjeringen uttalt at norsk lovgivning allerede dekker alle påbudene i resolusjonen.<sup>65</sup> Det er derfor ikke nødvendig å vedta lovforslaget som et påbud etter FN-pakten artikkel 25.

### **3 Prinsipielle spørsmål - rettpolitiske vurderinger**

#### **3.1 Innledende bemerkninger**

Den etterhvert klassiske definisjonen av straff er at «Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde».<sup>66</sup> Når staten bruker straff som virkemiddel og tilføyer borgerne et onde eller lidelse, bør det være en god begrunnelse for det. I teorien har man tradisjonelt delt straffens begrunnelser og formål i to hovedgrupper: For det første blir straff brukt som virkemiddel for å forebygge fremtidige forbrytelser (prevensjonshensynet). For det andre bruker staten straff for å gjengjelde den krenkelsen lovbruddet representerer (gjengjeldelsesteorien). I dag er prevensjonshensynet den dominerende begrunnelsen for straff i Norge.<sup>67</sup> Det grunnleggende formålet med straff er å hindre uønsket atferd og å styre borgernes atferd i ønsket retning.<sup>68</sup>

Forslaget om kriminalisering av deltakelse i væpnet konflikt i § 133 a er nykriminalisering av et forhold som tidligere ikke var straffbart. Som følge av endrede samfunnsforhold er det nødvendig med nykriminaliseringer på enkelte områder. Men på grunn av straffens inngripende karakter vil det i en rettsstat være nødvendig å stille visse grunnleggende krav til nykriminalisering.<sup>69</sup> Justisdepartementet uttaler i forarbeidene til straffeloven 2005 at nykrimi-

---

<sup>65</sup> Se bl.a. artikkel i NRK 24.09.14 (sitert 30.09.14), FN enige om å stanse «terror-reiser».

<http://www.nrk.no/verden/fn-enige-om-a-stanse-terror-reiser-1.11950542>

<sup>66</sup> Andenæs (2004) s. 10 Selv om dette ikke er en bindende fortolkning av straffebegrepet i Grunnlovens § 96 ga Høyesterett i Rt. 1977 s. 1207 sin tilslutning til denne definisjonen.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 6.1 s.77

<sup>68</sup> Ibid. s. 82

<sup>69</sup> Husabø (1999) s. 368

nalisering må være berettiget og hensiktsmessig. Det må være klart at kriminaliseringen er formålstjenlig og har en preventiv effekt.<sup>70</sup> Dersom nykriminalisering ikke avverger en samfunnsskadelig handling og ikke har en nytteverdi, vil den heller ikke være nødvendig eller hensiktsmessig. I en rettsstat bør straff bare brukes dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige. Videre må nyttevirkningene av ny krminalisering må være klart større enn skadevirkningene.<sup>71</sup>

Lovforslaget om å kriminalisere visse handlinger knyttet til væpnede konflikter er av flere høringsinstanser ansett å være for vidt, på den måten at enkelte sider av deltakelsen i en væpnet konflikt som det ikke er naturlig å belegge med straff, vil omfattes av bestemmelsen dersom den foreslåtte ordlyden blir stående. Det er dessuten trukket i tvil at det foreligger et behov for en bestemmelse som kriminaliserer deltakelse i væpnede konflikter.<sup>72</sup>

Et av hovedhensynene bak lovforslaget er å begrense terrorfaren som fremmedkrigere kan utgjøre ved retur til Norge. Spørsmålet man kan stille er hvilken sammenheng det er mellom trusselvurderingen til PST og E-tjenesten og lovforslaget som på prinsipielt grunnlag forbyr deltakelse i væpnede konflikter. Hvis formålet med bestemmelsen er å hindre terror på norsk jord, er spørsmålet om departementet har tilstrekkelige holdepunkter for å si at et slikt forbud er egnet til å avverge fremtidige terrorhandlinger i Norge. Tar vi utgangspunkt i definisjonen om straff overfor, vil formålet med straffen være at den som deltar i væpnet konflikt ved retur til Norge skal føle et onde. For å slippe dette ondet skal folk la være å delta i væpnede konflikter. Men departementets hovedbegrunnelse med kriminaliseringen er ikke å få gjerningspersonen til å føle et onde, men å avverge fremtidige terrorhandlinger i Norge. Uten detaljert utredning av forholdet og konkrete holdepunkter, er det vanskelig å forstå i hvilken grad strafferettslige midler i form av nykriminalisering kan bidra til bekjempelsen av terrorvirksomhet.

Slik lovforslaget er utformet rammes den rene deltakelse i væpnede konflikter, uavhengig av hvilken side av konflikten man er på. Videre vil kriminaliseringen være uavhengig av hvilke konkrete handlinger man begår som deltaker i en militær virksomhet. Dersom bestemmelsene vedtas i sin foreslåtte form, er det en del vanskelige spørsmål som oppstår. Disse spørsmålene vil bli behandlet i det følgende.

Kriminaliseringen stiller imidlertid lovgiver overfor vanskelige rettspolitiske utfordringer. På den ene siden står hensynet til effektivt rettshåndhevelse og tilstrekkelig samfunnsbeskyttelse, og på den andre siden hensynet til borgernes rettssikkerhet. Som vi skal se nedenfor under

---

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.4 s. 88

<sup>71</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.4 s. 88

<sup>72</sup> Se b.la. høringsuttalelsen til Forsvarsdepartement (24.10.14) s. 3, Generaladvokaten (03.10.14) s. 2

punkt 3.3 og 3.4 vil kriminalisering kunne medføre at de rettsstatlige prinsipper om borgernes rettssikkerhet bli utfordret. Det er lovgivers plikt å ta stilling til hvor langt straffansvaret bør strekkes for å sikre den nødvendige beskyttelse av samfunnet og borgerne.

I det følgende vil det settes søkelys på de utfordringene som oppstår når kursen endres fra det tradisjonelle strafferettslige utgangspunktet om «re-aktiv» strafferett til «pre-aktiv» strafferett. Videre vil det vurderes om lovforslaget oppfyller kravene til legalitetsprinsippet etter Grunnlovens § 96 og EMK artikkel 7. Dessuten vil en av utfordringene ved lovforslaget være manglende faglig analyse og utredning av hvilke behov og tiltak som er nødvendige for å stoppe fremmedkrigere. Slik jeg har vært inne på innledningsvis, vil den videre fremstilling være preget av tolkninger med støtte i strafferettslige prinsipper og enkelte steder, egne antagelser da lovforslaget fortsatt er under behandling.

### **3.2 Kriminalisering av forberedelseshandlinger**

Spørsmålet om å kriminalisere handlinger som ligger på forberedelsesstadiet, har blitt stadig mer aktuelt i de senere årene. Det kan sondres mellom tre stadier i realiseringen av det forbryterske forsett: Den straffrie forberedelse, det straffbare forsøk og den fullbyrdede forbrytelse.<sup>73</sup> Hovedregelen er at forberedelseshandlinger som utgangspunktet er straffrie. Strl. § 49 gir en definisjon av straffbart forsøk. Et forsøk kjennetegnes av at gjerningspersonen har bestemt seg for å begå et lovbrudd, og han har foretatt seg noe som skal lede frem til lovbruddet, men vedkommende har ikke kommet så langt at forbrytelsen er fullbyrdet.<sup>74</sup> Det som rent faktisk gjenstår, er deler av det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet, mens skyldkravet er oppfylt. Begrunnelsen for å kriminalisere forsøk er at gjerningspersonen har utvist et kriminelt sinnelag, og man straffer den forbryterske vilje når denne i tilstrekkelig grad har manifestert seg i en handling på vei mot fullbyrdelsen.<sup>75</sup> Selv om et forsøk ofte vil være mindre samfunnsskadelig enn en fullbyrdet forbrytelse, har gjerningspersonen tatt skritt for å gjennomføre en handling som kan føre til en skade. Strafferammen vil også være lavere ved forsøk enn ved fullbyrdelse, jf. strl. § 51.

I norsk rett har man tradisjonelt villet unngå å kriminalisere rene forberedelseshandlinger som altså ikke rammes av forsøksansvaret. I motsetning til forsøk finnes det ikke noen generell bestemmelse som straffer den som forbereder en straffbar handling. I tidligere lovforarbeider har en generell kriminalisering av forberedelseshandlinger blitt drøftet og avvist. Lovgiveren har ment at selve forberedelsen ligger for langt unna et fullbyrdet lovbrudd og dermed ikke vil

---

<sup>73</sup> Andenæs (2004) s. 345

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 97

<sup>75</sup> Ibid.

være straffverdig. Videre er sannsynligheten større for at gjerningspersonen ombestemmer seg på forberedelsesstadiet, enn ved forsøk.<sup>76</sup> Dessuten vil handlingene ofte være dagligdagse og uskyldige uten en fast forbrytersk vilje.<sup>77</sup> I forbindelse med utarbeidelse av ny straffelov 2005 påpekte Straffelovkommisjonen at det å straffesanksjonere rene forberedelseshandlinger vil ha liten preventiv effekt på grunn av den lave oppdagelsesrisikoen og problemene de ville skape i forhold til vilkåret om subjektiv skyld.<sup>78</sup>

Kommisjonen mente imidlertid at forberedelseshandlinger til enkelte alvorlige lovbrudd burde straffeforfølges ved særskilt behov.<sup>79</sup> Et særskilt behov foreligger ved spesielt alvorlige og samfunnsskadelige handlinger. Visse forberedelseshandlinger er derfor straffbare etter særskilte straffebud. Dette kan være bestemte fysiske forberedelseshandlinger<sup>80</sup> eller forberedelse, i form av inngåelse av forbund (avtale) om å begå nærmere bestemte straffbare handlinger.<sup>81</sup> I enkelte tilfeller kan også deltakelse i kriminelle organisasjoner ses på som en form for forberedelse til straffbare handlinger.<sup>82</sup> Straff på forberedelsesstadiet vil ikke ha den moralske gjenopprettende karakteren som straff etter en fullbyrdet forbrytelse har. På en måte straffer man en handling som ennå ikke er begått andre steder enn i gjerningspersonens hode. Mye av den tradisjonelle moralske begrunnelsen for straff er altså ikke til stede.<sup>83</sup>

I høringsrunden fraråder flere høringsinstanser mot å kriminalisere ren deltakelse i væpnede konflikter. Mange av høringsinstansene frarådet innføringen av en slik regel. Begrunnelsen er først og fremst at det vil bli svært vanskelig å avgrense og definere hva som er straffbart.<sup>84</sup>

### **3.3 «Pre-aktiv» strafferett**

Spørsmålet om å kriminalisere handlinger som ligger enda fjernere fra en fullbyrdet overtredelse enn forsøk, har blitt stadig mer aktuelt i de senere årene. Stortinget vedtok nylig å innføre en generell straffebestemmelse som rammer den som planlegger og forbereder terrorhandlinger, jf. strl. § 147 a femte ledd.<sup>85</sup> En generell kriminalisering av forberedelse til terror bry-

---

<sup>76</sup> Andenæs (2004) s. 347

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 8.4.4 s. 104

<sup>78</sup> NOU 2002:4 pkt. 4.5.3.2.3 s. 106

<sup>79</sup> Ibid. pkt 4.5.1

<sup>80</sup> Som for eksempel strl. § 161

<sup>81</sup> Som for eksempel strl. § 147 a femte ledd.

<sup>82</sup> Som for eksempel strl. § 104 a

<sup>83</sup> Husabø (2003) s. 99

<sup>84</sup> Se bl.a høringsuttalelsen til Kripes (17.10.14) s. 3, Generaladvokaten (03.10.14) s. 2

<sup>85</sup> Tilføydd ved lov 21. juni 2013 nr. 85, trådte i kraft straks.

ter med den tradisjonelle tankegangen om «re-aktiv» strafferett. Tradisjonelt skjer etterforskningen og sanksjoneringen som en reaksjon på en fullbyrdet kriminell handling.<sup>86</sup>

Stadig mer kriminalisering av forberedelseshandlinger viser at strafferetten endrer karakter, og gir opphav til en «pre-aktiv» strafferett. Dette er en ny form for lovgivning som tar sikte på å avdekke eller avverge straffbare handlinger før de skjer. Videre blir stadig nye og flere type etterforskningsmetoder gradvis akseptert og tatt i bruk for stadig nye typer lovbrudd. For å hindre at en forberedelseshandling fullbyrdes, vil det kunne være avgjørende at etterforskning blir satt i verk på et tidlig stadium. Dette har dessuten ført til at den myndighet som tillegger politiet og etterretningstjenesten, utvides og gir anledning til å overvåke privat kommunikasjon og benytte tvangsmidler i lang større utstrekning enn tidligere. Disse forholdene medfører at en kan straffe en person lenge før vedkommende har begått eller forsøkt å begå en straffbar handling.<sup>87</sup> Målet med «pre-aktiv» straff i forbindelse med terrorisme har vært å stanse terrorister før de får utført sine handlinger ved å kriminalisere deres forberedelseshandlinger. I denne prosessen har departementet lagt frem et forslag hvor de ønsker å forby deltakelse i militær virksomhet i en væpnet konflikt. Dette er altså en form for «pre-aktiv» strafferett og innebærer at området for hva som er straffbart utvides.

En slik endring av strafferetten reiser prinsipielle problemstillinger. For det første vil det være interessant å se lovforslaget i lys av den pre-aktive strafferetten. For det andre reiser den pre-aktive strafferetten spørsmål angående legalitetsprinsippets krav om konkretisering som jeg kommer tilbake til under punkt 3.4.

### 3.3.1 Straffansvaret for deltakelse i væpnet konflikt, jf. § 133 a

Dersom § 133 a blir vedtatt med sin nåværende ordlyd, vil all form for deltakelse være straffbart, uavhengig av hvilken handling man begår som deltaker i en væpnet konflikt. Et av hovedhensynene bak lovforslaget er å begrense terrorfaren som fremmedkrigere kan utgjøre ved retur til Norge.<sup>88</sup> Spørsmålet man kan stille er hvilken sammenheng det er mellom trusselvurderingen til PST og E-tjenesten og lovforslaget som på prinsipielt grunnlag forbyr deltakelse i væpnede konflikter.

Som det fremgår av høringsnotatet er utfordringene med fremmedkrigere ikke militær deltakelse i væpnede konflikter som sådan, men først og fremst at radikalisererte personer som retur-

---

<sup>86</sup> Husabø (2003) s. 99

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.2.1 s. 18

nerer til Norge etter opphold hos militante og opprørsgrupper, kan representere en økt risiko for terrorangrep mot norske interesser.<sup>89</sup>

Etter ordlyden vil den fullbyrdede handlingen være deltakelse i militær virksomhet i en væpnet konflikt. Den overordnede begrunnelsen er å hindre at fremmedkrigere ved retur begår terrorhandlinger. Ordlyden som forbyr ren deltakelse og bestemmelsens formål om å avverge fremtidig terrorangrep taler for at den handlingen departementet ønsker å forby reelt sett ikke er deltakelsen i en væpnet konflikt, men det som kan oppstå i kjølvannet av deltakelsen. Det kan bli ilagt straff for all deltakelse uten at det foreligger konkrete holdepunkter for at deltakelsen i fremtiden vil representere en terrorfare i Norge. Som jeg har vært inne på innledningsvis, vil terror- og krigshandlinger omfattes av gjeldende straffebestemmelser. Når fremmedkrigerne vender hjem vil det være mulig, etter strl. § 147 d, å straffeforfølge dem dersom det kan føres bevis for at de har deltatt i terrorhandlinger i utlandet. I så henseende kan man spørre om lovforslaget er nødvendig. Ved å kriminalisere ren deltakelse uavhengig av konkrete handlinger, som i seg selv ikke er skadevoldende, men som rent hypotetisk og i ytterste konsekvens kan være medvirkende årsak til terror på norsk jord, kan anses som en form for «pre-aktiv» strafferett. Det er en form for «pre-aktiv» kriminalisering på den måten at departementet ønsker å gripe inn og forhindre deltakelse i militær virksomhet for å avverge terrorhandlinger før de utføres. Dette viser en ekspansjon av straffelovgivningen, og lovforslaget kan anses som en del av en større endring av strafferetten som sådan.

Det er ikke vanskelig å slutte seg til departementers intensjoner om å beskytte norske borgere mot terrorhandlinger. Det er av stor betydning at terrorhandlinger avverges, før de utføres. Det er imidlertid viktig at den enkeltes grunnleggende rettigheter, som ytringsfrihet, informasjonsfrihet og bevegelsesfrihet også beskyttes. Lovgiver må her ta stilling til hvor langt straffansvaret bør strekkes for å sikre den nødvendige beskyttelse av samfunnet og borgerne.

I høringsnotatet som i all hovedsak bygger på PSTs og E-tjenestens trusselvurdering konstateres at nordmenn eller norsk borgere som reiser til konfliktområder og deltar i væpnede konflikter vil bli ytterligere radikaliseret og inspirert til å begå terror i Norge.<sup>90</sup> Når departementet i denne prosessen vil forby deltakelse i væpnet konflikt, vil de reelt sett forhindre fremtidig inspirasjon til å begå terror. Dette betyr reelt sett at man hindrer mennesker i å motta impulser og informasjon, samt begrenser bevegelsesfriheten. Forestillingen om at det bør være adgang til å forby enhver deltakelse i en militær virksomhet i en væpnet konflikt, uansett hvor fjernt dette er til det endelige målet, med det formål å begrense terrorfaren, samsvarer dårlig med de

---

<sup>89</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.2.2 s. 20

<sup>90</sup> PST (2014) s. 3, E-tjenesten (2014) FOKUS s. 54

idealene som kjennetegner Norge som en demokratisk rettstat. Dersom lovgiver krever at borgerne skal ha en aktverdig grunn til å reise og oppholde seg et sted, vil det begrense bevegelsesfriheten som er en grunnleggende frihet for borgeren. Det å sette oppmerksomheten i mindre grad mot konkrete handlinger og mer på generelle deltakelser som en gang i framtiden kan tenkes å inspirere til ekstreme handlinger og terrorvirksomhet, vil føre til at terskelen for straff senkes. Målet om å gripe inn mot terrorhandlinger på tidlig tidspunkt er på sin plass, men bare så lenge konsekvensene av slik straffelovgivning er i samsvar med våre grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper.

Et straffeansvar må knyttes til konkrete handlinger, og ikke til handlinger som fører til at man får impulser og inspirasjon til en fremtidig straffbar handling. Informasjonsfriheten er en del av ytringsfriheten etter Grunnlovens § 100, og alle borgere har retten til å søke, motta og å dele informasjon og ideer.<sup>91</sup> For enkelte vil det være moralsk forkastelig å delta i væpnet konflikt, men det er likevel ikke nødvendigvis i seg selv straffverdig. Tilstedeværelse på et bestemt sted, og mottakelse av informasjon og inspirasjon, kan ikke være en god begrunnelse for kriminaliseringen av ren deltakelse i militærvirksomhet.

Sammenfatningsvis kan det hevdes at man ikke lenger bare straffer konkrete forberedelses-handlinger, men også handlinger forut for forberedelse av den kriminelle handlingen. Dette er en utvikling i retning mot et straffeansvar rettet mot stadig tidligere stadier i hendelsesforløpet som eventuelt kan lede frem til en fullbyrdet handling. Og det blir stadig viktigere å komme terrorhandlingene i forkjøpet, fremfor å straffeforfølge terrorister etter at et terrorangrep har skjedd. En slik utvidelse av området for hva som skal være straffbart, kan reise betenkeligheter. I forbindelse med ny straffelov har Justisdepartementet uttalt følgende:

«Norsk strafferett bygger på en tradisjon der straffansvar knytter seg til konkrete handlinger, og ikke deltakelse i en organisasjon. Skal det gjøres unntak fra dette, med de rettssikkerhetsmessige ulempene det medfører, krever det en god begrunnelse.»<sup>92</sup>

Lovforslagets begrunnelse er at man frykter at fremmedkrigerne får økt kapasitet gjennom erfaring med våpenbruk, kamphandlinger, og i noen tilfeller også mer spesialiserte terrorferdigheter. Foreløpig har fremmedkrigere ikke utgjort en direkte trussel mot Norge og norske interesser. Man spekulerer og frykter at disse ferdighetene og en ytterligere radikalisering vil føre til terror på norsk jord. Dersom hensynet til å begrense terrorfaren brukes som begrun-

---

<sup>91</sup> Informasjonsfriheten er også vernet i EMKs ytringsfrihetsartikkel, artikkel 10, der det heter at man ikke bare skal ha frihet til å meddele, men også til å motta opplysninger og ideer.

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 8.8.2.4 s. 195



nelse for kriminaliseringen av deltakelse i væpnet konflikter, vil spørsmålet bli om lovgivningsteknikken kan sies å være i samsvar med norsk rettskultur.

Når begrunnelsen og formålet bak kriminaliseringen ikke reflekterer straffebudets ordlyd, skaper dette rettssikkerhetsmessige utfordringer. Skyldkravet etter § 133 a er forsett, jf. strl. § 40. Gjerningspersonen må ha forsett om at han rettsstridig deltar i en militær virksomhet i en væpnet konflikt. Overtredelse av bestemmelsen forutsetter ikke at gjerningspersonen på dette tidspunktet har forsett om å delta i militær virksomhet for senere å begå terrorhandlinger i Norge. Dette innebærer at også personer som deltar i militær virksomhet i væpnet konflikt uten noe form for terrorforsett rammes. Dersom departementet med en sådan kriminalisering ønsker å ramme og avverge etterfølgende terrorhandlinger, trenger påtalemyndigheten ikke å bevise at vedkommende vil begå terror i fremtiden for å kunne straffeforfølge forholdet.

Slik departementet begrunner kriminaliseringen må en som minstekrav kreve at det blir gjort grundig utredning om det i praksis er holdepunkter for å fastslå om personer som deltar i væpnet konflikt ved retur vil begå terror. Det er videre rimelig å kreve at ordlyden i lovforslaget blir endret. Det bør først og fremst tas sikte på å avgrense mot aktverdig deltakelse. Av hensyn til legalitetsprinsippet bør det også fremkomme at det er deltakelse i terrororganisasjoner man vil ramme.

I tillegg til hensynet til å avverge fremtidige terrorhandlinger ønsker departementet å forby all deltakelse, fordi man ikke ønsker at norske borgere skal delta i væpnede konflikter. En konsekvens av denne form for kriminalisering er at også legitime deltakelser i væpnet konflikt vil rammes av ordlyden.<sup>93</sup> Det fremgår av høringsnotatet at «Nykriminaliseringer på et slikt område bør ha en mest mulig prinsipiell begrunnelse, og ikke være innrettet mot spesifikke miljøer, grupper eller situasjoner». Av den grunn har departementet utformet bestemmelsen slik at den rammer også deltakelser som opinionen mener er i «det godes tjeneste» eller i Norges interesse.

Dersom vi tar utgangspunkt i begrunnelsen for kriminaliseringen, mener departementet objektivt sett at en gruppe som deltar i væpnet konflikt kan lettere begå terrorhandlinger. Det er sunn fornuft å hevde at en gruppe av fremmedkrigere rent statistisk vil inneholde flere terrorister enn en tilfeldig gruppe av befolkningen. Det rettspolitiske spørsmålet som er interessant her er om dette likevel er en god nok begrunnelse for kriminaliseringen. Er det rimelig å kriminalisere all deltakelse, både aktverdig og rettstridig, fordi man erfaringsmessig mener at noen i denne gruppen kanskje vil begå terror i Norge? Jo lengre man går i å oppstille straff for

---

<sup>93</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 1.4 s. 5

atferd som står i et fjernt forhold til konkrete terrorhandlinger, jo større er sjansen for å utsette personer for strafforfølgning selv om de ikke har gjort noe straffverdig.

### 3.3.2 Straffansvar for å inngå avtale om å delta i en væpnet konflikt, jf. § 133 b

I tillegg til at kriminaliseringen at den fullbyrdede handlingen kan anses som en form for «pre-aktiv» kriminalisering, ligger kriminaliseringen av forberedelseshandlinger i kjernen av den «pre-aktiv» strafferett. For å hindre at personer deltar i militært i ulike konfliktområder, har departementet foreslått at også inngåelse av forbund om militær deltakelse i væpnet konflikt skal rammes av lovforslaget, jf. § 133 b. Etter ordlyden er den straffbare forberedelseshandlingen beskrevet ganske konkret som å «inngå forbund» og markerer tydelig den nedre grensen for forberedelsen som er enigheten om å delta i en militær virksomhet i en væpnet konflikt. Skyldkravet er forsett, jf. strl. § 40. I likhet med den fullbyrdede handlingen i «primærforbrytelsen» kreves at partene forsettlig må ha inngått avtale om å delta i en væpnet konflikt.<sup>94</sup> Avtalepartene må ha ansett det klart eller overveiende sannsynlig at det er inngått en avtale om å delta militært i en væpnet konflikt. Dersom det blir inngått en avtale om å delta i væpnet konflikt, er det skjedd en fullbyrdet overtredelse av § 133 a.

Et særtrekk ved dette straffeansvaret er at det kan pådras i lang tid forut for den fullbyrdede deltakelsen. Straffeansvaret pådras også før gjerningspersonen er på forsøksstadiet. Et forsøksansvar ville først oppstå når gjerningspersonen bestemmer seg for å delta i en væpnet konflikt også foretar seg noe aktivt som skal lede frem til deltakelsen. I dette tilfelle kan man si at forsøksstadiet begynner når gjerningspersonen kjøper billetter, kontakter smuglere, skaffer seg falske ID-dokumenter osv. På forberedelsesstadiet vil man i realiteten kriminalisere selve viljen til å begå en fremtidig handling, før viljen engang har materialisert seg i et påbegynt forsøk.<sup>95</sup> Kravet om at det må vært inngått en avtale for å bli straffet for forberedelse til deltakelse i væpnet konflikter er begrunnet i at viljen må ha kommet til uttrykk utenfor den enkeltes eget sinn. Likevel vil det stille rettsapparatet og rettsikkerheten overfor store utfordringer å skulle bevise et slikt forsett. Bestemmelsen favner svært vidt, og det er mye som kan subsumeres under straffebudet. Det kan være problematisk å sette grenser for hva som faller innenfor og utenfor bestemmelsen når tilsynelatende så mye kan betegnes som forbund.<sup>96</sup> Når lovgiver i mindre grad trekker opp grensen for straffeansvaret ved klare objektive kriterier, og i stor grad lar denne grensedragninger bero på gjerningspersonenes sinn, vil dommerskjønnet få en mer avgjørende rolle i grensedragningen mellom den straffbare og straffefri atferd. Denne uklarheten rundt straffeansvarets rekkevidde i lovforslagets § 133 b vil kunne representere et rettssikkerhetsproblem.

---

<sup>94</sup> Se pkt. 2.2.3 om det alminnelige forsettkravet

<sup>95</sup> Wessel-Aas (2012) s. 119

<sup>96</sup> Se i denne forbindelse pkt. 3.3.2. og 3.3.3

Etter ordlyden er det ikke forberedelse til terror man ønsker å forby, men forberedelse til deltakelse i væpnet konflikt. Grunnen til at man vil forby forberedelseshandlinger er at man vil hindre at primærforbrytelsen blir fullbyrdet. Hvis vi anvender samme resonnement som ovenfor, at begrunnelsen for kriminaliseringen er frykten for inspirasjon til å begå terror, vil inngåelsen av avtalen på forberedelsesstadiet være enda fjernere fra hva man ønsker å ramme.

### 3.3.3 Subjektivisering av straffansvaret

En annen tendens ved den pre-aktive utviklingen i strafferetten er økende «subjektivisering» av straffansvaret enn det som ellers er vanlig i norsk strafferett. Grensen mellom straffbar og straffri atferd beror i større grad på gjerningspersonens subjektive innstilling eller sinnelag i form av forsett, hensikt eller motiv. Det subjektive vilkåret kommer i tillegg til det ordinære kravet om at et straffebud først er overtrådt dersom personen utviser skyld, som hovedregel forsett.<sup>97</sup> Gjerningspersonene objektive handlingsmønster vil bli et mindre viktig element i grensen mellom den straffbare og straffrie atferden.<sup>98</sup> Man har blant annet vært kritisk til å kriminalisere forberedelseshandlinger på grunn av denne grensedragningen. Det fremgår av forarbeidene til straffeloven 2005 at det at «grensen mellom forberedelseshandlinger og forberedelser til helt uskyldige handlinger i stor grad beror på sinnelaget til personen som begår dem, taler med tyngde imot at slike handlinger skal kriminaliseres.»<sup>99</sup>

Dette vil føre til at fokuset flyttes fra de objektive gjerningsbeskrivelsene i straffeбудet over til vedkommendes innstilling om å begå en forbrytelse. Subjektive forhold er generelt vanskelig å bevise og kan ikke uten videre utledes av den ytre handlingen. Det er dermed nærliggende at kriteriet som miljø rundt personen blir brukt, og i kombinasjon med bruk av «pre-aktiv» etterforskning og sanksjonering kan dette lede til svært uheldige brudd på mistenktes rett til privatliv.<sup>100</sup> Jeg kommer tilbake til dette under punkt 3.3.4.

For ytterligere å forhindre deltakelse i væpnet konflikt foreslår departementet å kriminalisere forberedelse i form av inngåelse av forbund om å delta i militær virksomhet i en væpnet konflikt. I forbindelse med tidligere straffelovgivning om kriminalisering av forberedelseshandlinger, konstateres det at kravet om avtaleinngåelse vil føre til mindre subjektiviseringen av straffeansvaret. Det vil foreligge objektive holdepunkter som vil gjøre det enklere å fastslå det

---

<sup>97</sup> Husabø (2004) s. 185

<sup>98</sup> Ibid. s. 184

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Ibid.

forbryterske forsett.<sup>101</sup> Men for å kunne straffedømme noen for å ha inngått avtale om å delta i en væpnet konflikt, må det objektivt sett bevises at det foreligger en avtale mellom partene.<sup>102</sup> I praksis vil dette være vanskelig å bevise. Det er nødvendigvis ikke alltid slik at det er en sammenheng mellom de ytre observerbare handlingene og den mentale forestillingen.<sup>103</sup> Selv om subjektiviseringen av straffeansvaret ikke vil være like fremtredende som i en generell kriminalisering av forberedelseshandlinger, vil bevisproblematikken medføre at grensen mellom straffbar og straffri adferd i større grad beror på gjerningspersonens subjektive innstilling eller sinnelag. Dette vil særlig være tilfelle hvor primærforbrytelsen, § 133 b, ikke er helt entydig og har et uklart innhold.<sup>104</sup> Det er mye som kan subsumeres under § 133 b, og det blir vanskelig å sette grenser for hva som faller innenfor og utenfor bestemmelsen når så mye tilsynelatende kan betegnes som forbund. Foreligger det avtale dersom to personer uttrykker et ønske om å delta i en væpnet konflikt, selv om man skulle angre på det i etterkant? Er det nok å bevise at partene har googlet flybilletter til land i nærheten av et konfliktområde? I slike situasjoner blir fokuset rettet mot hva personen har tenkt å gjøre fremfor hva personen har gjort, siden det blir forsettet eller motivet bak handlingen som avgjør om handlingens straffbarhet.

Når straffeansvaret subjektiviseres gjøres også bevistemaet vanskeligere, og dermed øker også faren for uriktige avgjørelser.<sup>105</sup> For påtalemyndigheten og domstolene vil en persons sinnelag og tanker være et meget vanskelig bevistema. Desto lengre man strekker straffansvaret for forberedelseshandlinger, desto større blir risikoen for uriktig domfellelse. Det samme vil være tilfelle hvor et straffebed er utformet vidt. På denne måten vil vernet mot vilkårlig straffefølgning minskes.

### 3.3.4 Respekt for privatlivet

Selv om en avtale mellom partene kan brukes som grunnlag for å vurdere om nødvendig fullbyrdelsesforsett foreligger hos gjerningspersonen, vil det å straffe noen på dette stadiet være prinsipiell problematisk. Konsekvensene av slik straffelovgivning kommer først og fremst når den sees i sammenheng med de prosessuelle reglene om når politiet kan iverksette tvangsmidler.

---

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) pkt. 8.5 s. 55

<sup>102</sup> Husabø (1999) s. 379

<sup>103</sup> Husabø (2004) s. 185

<sup>104</sup> Se pkt. 3.4

<sup>105</sup> Husabø (1999) s. 377

Som ledd i etterforskning av straffbare handlinger kan politiet benytte seg av tvangsmidler i form av etterforskningsmetoder i henhold til straffeprosesslovens fjerde del (heretter kalt strpl.). Adgangen til bruk av ulike tvangsmidler styres i betydelig grad av hvilken strafferamme det aktuelle straffebudet har. Strafferammen for deltakelse i militær virksomhet i væpnede konflikter er foreslått til 6 år, jf. § 133 a. Som hovedregel vil politiet ha adgang til å bruke teknisk peileutstyr etter strpl. § 202 b, kontroll av kommunikasjonsanlegg etter § 216 b, samt skjult fjernsynsovervåking etter § 202 a. Strafferammen for å bruke disse tvangsmidlene ved mistanke om lovbrudd er satt til 5 år eller mer. Ved endringen av politiloven i 2005 ble PST gitt hjemler til bruk av tvangsmidler i sin forebyggende virksomhet, jf. politiloven § 17 d.<sup>106</sup> Etter denne bestemmelsen er det tilstrekkelig at det er «grunn til å undersøke», uten krav til mistanke overhode, om noen *forbereder å forberede* en terrorhandling. Departementet mener forslagene til § 133 a og § 133 b har fellestrekk med strl. §§ 147 a-147 d, og forslår derfor å tilføye straffebudene i politiloven § 17 b nr. 5. Dette betyr at forberedelse til å delta i væpnet konflikt utløser PSTs rett til overvåking og kommunikasjonskontroll. Denne vide fullmakten er blitt utsatt for kritikk fra ulike hold.<sup>107</sup>

Disse endringene illustrerer følgene av «pre-aktiv» strafferett, hvor vi har fått flere og mer omfattende regler om ekstraordinære etterforskningsmetoder som rom- og telefonavlytting, hemmelig beslag og lignende.<sup>108</sup> Gjennom å kriminalisere forberedelseshandlinger får påtalemyndigheten mulighet til å gripe inn på et tidlig stadium før en faktisk handling foreligger. Dette innebærer en betydelig økning i adgangen til å benytte tvangsmidler allerede på det forberedende stadiet. Politiets arbeid vil riktignok kunne lettes og det vil være et effektivt middel i kampen mot kriminalitet, men det vil samtidig kunne føre til en betydelig kontroll av folks privatliv. I ytterste konsekvens kan dette føre til at en persons tanker, overbevisning og tilhørighet til en politisk gruppe eller religiøs miljø blir avgjørende for spørsmålet om etterforskning skal iverksettes i kriminalitetsforebygging.<sup>109</sup>

Dersom forslaget blir vedtatt vil PST få mulighet til å stanse personer som er på vei til å delta i en væpnet konflikt. Følgelig må det bevises at det foreligger en avtale mellom to eller flere parter. For at PST skal kunne fastslå at det foreligger en avtale må det sette i verk omfattende overvåking for å avdekke hvem som egentlig er i ferd med å delta eller la seg verve til å bli fremmedkrigere. Dette innebærer et stort inngrep i den personlige handlefrihet ettersom en

---

<sup>106</sup> Tilføyd ved endringslov av 17. juni 2005 nr 87.

<sup>107</sup> Wessel-Aas (2012) s. 119, NOU 2009:15 pkt. 4.3.1 s. 448. Under Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker, konkluderes det med at bestemelsen er i strid med Grunlovens §102.

<sup>108</sup> Husabø (2004) s. 97

<sup>109</sup> Engene (2013) s. 243

slik bestemmelse vil oppstille begrensninger i hva folk har lov til å gi uttrykk for og hva de har lov til å avtale.

I den siste tiden har vi sett flere innslag og artikler i media hvor personer utenfor de radikale islamistmiljøene og personer som har et ønske om å forsvare sitt fedreland mot angrep fra terrorister har reist til Syria for å kjempe mot IS.<sup>110</sup> Videre fremgår det av høringsnotatet at ansatte i sikkerhetsselskaper som utøver funksjoner på vegne av væpnede grupper under en væpnet konflikt vil bli berørt av lovforslaget.<sup>111</sup> Forberedelseshandlinger vil i slike tilfeller ramme en stor del av befolkningen, uten at den enkelte har noen mulighet til å forutberegne når og under hvilke omstendigheter vedkommende kan bli gjenstand for skjult kontroll og overvåkning. Det vil ikke lenge være konkrete utførte handlinger en etterforskes for, men at en har til hensikt å reise for å delta enten i lovlig eller ulovlig aktivitet. Dersom politiet for eksempel finner spor av kommunikasjon mellom en person bosatt i Norge og en militær organisasjon i Syria, kan vedkommende hindres i å reise, bli fengslet eller avhøres. Når det er tilstrekkelig at det foreligger mistanke om at noen planlegger å begå en vagt definert og fremtidig handling, er risikoen stort for at uskyldige blir overvåket. Et viktig spørsmål i denne sammenheng er hvor langt borgerne er villige til å tillate offentlig overvåking og kontroll for å verne om felles trygghet og sikkerhet i samfunnet<sup>112</sup>

Disse forholdne reiser prinsipielle spørsmål i et demokratisk samfunn, blant annet med hensyn til personvern, ytringsfrihet og forsamlings- og organisasjonsfrihet. Det kan også stilles rettsikkerhetsmessige spørsmål i forhold til uskyldspresumsjonen.<sup>113</sup>

Retten til privatliv er vernet etter EMK artikkel 8. Statene er pålagt å respektere privatlivet, og kan som utgangspunkt ikke gjøre inngrep i privatlivet uten hjemmel i lov. Siden forberedelse til deltakelse i væpnet konflikt inntreffer på et tidlig stadium blir den private handlefriheten innskrenket, spesielt når det er dagligdagse handlinger som omfattes av kriminaliseringen. Inngrep vil kunne skje på et tidlig tidspunkt og da ofte med en lavere inngrepsterskel. Tanker og utvekslinger av informasjon mellom to parter betyr nødvendigvis ikke at det er kommet i stand en avtale. Det kan i enkelte tilfeller åpne for bruk av tvangsmidler og partene bli utsatt for inngrep i den personlige rettighetsfare.

---

<sup>110</sup> Se bl.a. artikkel i VG 18.11.14 (sisert 19.11.14), «Nordmann drept i kamp mot IS». En 28 år gammel norsk statsborger ble drept i kampen mot IS i en syrisk grenseby. <http://www.vg.no/nyheter/utenriks/is/nordmann-drept-i-kamp-mot-is/a/23338770/> og NRK 15.0914 (sisert 17.11.14) «Nordmenn kjemper mot IS: - Det handler om å forsvare sitt eget hjem» <http://www.nrk.no/ostlandssendingen/nordmenn-kjemper-mot-is-1.11928747>

<sup>111</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.1. s 17

<sup>112</sup> Husabø (2003) s. 104

<sup>113</sup> Jacobsen (2009) s. 386

Det fremgår videre av høringsnotatet at et viktig formål med forslaget er å imøtekomme den betydelige bevisproblematikken som foreligger i straffeforfølgningen av terror- og krigshandlinger i utlandet. Ved å kriminalisere ren deltakelse vil bevismessige utfordringer endres, men ikke nødvendigvis lettes.<sup>114</sup> Man vil unngå utfordringene ved å måtte bevise konkrete terrorhandlinger i form av for eksempel drap, legemsbeskadigelse og lignende. Men det vil likevel være vanskelig å bevise at selve deltakelsen har funnet sted uten å ha konkrete handlinger å vise til. Fordi man vil unngå denne problematikken kan det ikke være heldig å kriminalisere ren deltagelse som kan medfører overvåking og kontroll over stor skala. Det er videre ikke tilstrekkelig å kriminalisere et forhold bare for å få økt adgang til å ta i bruk tvangsmidler. Dette vil øke faren for at uskyldige blir utsatt for inngrep i den personlige sfære ettersom mistanken ofte må bygges på hva mistenkte har villet og tenkt.

### **3.4 Det strafferettslige legalitetsprinsipp og klarhetskravet**

#### **3.4.1 Innledende bemerkninger**

I en rettsstat er det et ideal at det skal være forutberegnelig hvilke handlinger eller unnlatelser som er straffbare. Innbyggerne må kunne være trygge på at en ikke kan straffeforfølges eller dømmes for noe som ikke er ansett som ulovlig i henhold til formell lov.<sup>115</sup> Legalitetsprinsippet på strafferettens område kommer til uttrykk i Grunnlovens § 96 og EMK artikkel 7, og er begrunnet med en rekke hensyn, herunder hensynet til borgernes selvbestemmelse og demokrati, hensynet til borgernes forutberegnelighet og rettssikkerhet samt hensynet til den politiske og offentlige kontroll.<sup>116</sup>

Legalitetsprinsippet krever for det første at det faktisk eksisterer et rettsgrunnlag og at rettsgrunnlaget oppfyller visse kvalitetskrav.<sup>117</sup> Kvalitetskravet går ut på krav til klarhet, tilgjengelighet og presisjon i rettsgrunnlaget for å skape forutberegnelighet for borgerne.<sup>118</sup> For at det skal være mulig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling må lovgiver uttrykkelig beskrive hvilken adferd de ønsker å sanksjonere.<sup>119</sup> Hvordan dette kravet skal forstås, har betydning for hvor konkret straffebestemmelser utformes.

---

<sup>114</sup> Høringsuttalelse (03.11.14) Generaladvokaten s. 2

<sup>115</sup> NOU 2004:6 pkt. 5.2, Andenæs (2004) s. 104

<sup>116</sup> Høgberg (2011) s. 12

<sup>117</sup> Andenæs (2004) s. 167

<sup>118</sup> Strandbakken (2004) pkt. 3.2 og 3.3

<sup>119</sup> Prop. 131 L (2012–2013) pkt. 8.4.1

Det fremheves i høringsnotatet at forslagene til straffebud er utformet slik at de favner bredt, og at kriminaliseringen på et slikt område bør ha en mest mulig prinsipiell begrunnelse, og ikke være innrettet mot spesifikke miljøer, grupper eller situasjoner.<sup>120</sup> Dette innebærer at departementet med sitt forslag ønsker å ramme fremmedkrigere i alle væpnede konflikter, uavhengig av den enkeltes motivasjon og uavhengig av opinionens eventuelle oppfatning av deltakelsen. Bestemmelsen generaliserer så sterkt at også aktverdig innsats vil rammes. Det er dessuten slått fast at det vil bero på en konkret vurdering om handlinger som faller under bestemmelsen om deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikter skal straffeforfølges.<sup>121</sup> Alt som dekkes av den foreslåtte gjerningsbeskrivelsen vil med andre ord ikke anses straffbart. Departementet vil løse dette gjennom påtalemyndighetens bruk av opportunitetsprinsippet og viser til den generelle bestemmelsen i straffeprosessloven § 69 første ledd som har følgende ordlyd:

«Selv om straffeskyld anses bevist, kan påtale unnlates såfremt slike særlige forhold er til stede at påtalemyndigheten etter en samlet vurdering finner at overveiende grunner taler for ikke å påtale handlingen.»

Etter bestemmelsen kan påtalemyndigheten unnlate å reise tiltale for en ellers straffbar handling etter en avveining av de hensyn som taler for i mot påtale. Opportunitetsprinsippet gir påtalemyndigheten adgang til å utøve skjønn når det gjelder hensiktsmessigheten og rimeligheten av å iverksette straffeforfølgning, og til å unnlate å reise sak for domstolene selv om både de rettslige og faktiske forutsetningene for det er til stede.<sup>122</sup>

Etter lovforslaget er utgangspunktet at all deltakelse i militær virksomhet i en væpnet konflikt er straffbar. I en konkret vurdering av om det straffbare forholdet skal påtales, har departementet angitt noen relevante hensyn som kan tas med vurderingen.

For det første vil mistenktes tilknytning til Norge være relevant. Jo større tilknytning personen har til det norske samfunnet, jo mer taler det for å unnlate straffeforfølgning av vedkommende. Arten av vedkommendes deltakelse er også relevant. Dersom personen deltar i en velorganisert væpnet gruppe som gjennomgående retter seg etter humanitærretten, vil det tale for påtaleunnlattelse. Dersom det er utstedt amnesti i konfliktlandet eller det pågår fredsforhandlinger der amnesti er på dagsorden, vil den som deltar i den militære virksomheten ha en mulighet til å slippe straff. Og til slutt vil statusen for vedkommende væpnede gruppe være et

---

<sup>120</sup> Høringsnotat (04.07.2014) pkt. 1.4 s. 6

<sup>121</sup> Ibid. pkt. 4.3.1 s. 16

<sup>122</sup> Kjelby (2012) s. 135



relevant hensyn. Dette er også forhold som vil kunne ha betydning for om det er bevismessig eller rettslig grunnlag for straffeforfølgelse i det enkelte tilfellet.

En del høringsinstanser er kritiske til at det skal være opp til påtalemyndigheten å avgjøre om man vil straffeforfølge og påtale saker etter § 133 a jf. § 133 b. Kripos mener det ikke bør være påtalemyndighetens rolle å vurdere hva som politisk er å anse som aktverdig krigsdeltakelse, da slike vurderinger vil være avhengig av en rekke politiske faktorer.<sup>123</sup> Andre høringsinstanser mener straffebudets innhold, med tanke på forutberegnelighet og presisjon og de prinsipielle sidene ved begrunnelsen, ikke tilfredsstillende legalitetsprinsippet.

Spørsmålet er imidlertid om et slikt vidt formulert og lite presist lovforslag er i overenstemmelse med legalitetsprinsippet etter Grunnlovens § 96 og lovkravet etter EMK art. 7, jf. menneskerettsloven § 3. Ved den nærmere vurderingen av spørsmålet er det viktig å undersøke hva det innebærer i praksis å kunne forutberegne sin rettsstilling, og hvilken grad av klarhet og presisjon i lovteksten en bør kunne vente. Jeg vil i det følgende foreta en vurdering av hvorvidt lovforslaget er i overenstemmelse med legalitetsprinsippet. Lovforslaget i § 133, § 133 a og § 133 b er materielle straffebestemmelser. Legalitetsprinsippet, herunder hensynet til forutberegnelighet og klarhet, tilsier at det utformes bestemmelser der innholdet blir minst mulig utydelig og upresist.

### 3.4.2 Presisjonskravet etter norsk rett og EMK

Legalitetsprinsippet er grunnleggende i norsk rett, og er på strafferettens område nedfelt i Grunnlovens § 96 første ledd, hvor det heter: «Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom...».<sup>124</sup>

Prinsippet har i juridisk teori blitt ansett å ha to sider, den formelle og den materielle siden ved legalitetsprinsippet.<sup>125</sup> Den formelle siden er lovkravet/lovprinsippet som går ut på at ingen kan straffes uten hjemmel i lov. Med «lov» i § 96 forstås formell lovgivning (eller proviso-

---

<sup>123</sup> Høringsuttalelse, Kripos (17.10.14) s. 2. International Law and Policy Institute (ILPI) (03.10.14) s. 9

<sup>124</sup> Som et ledd i Stortingets forberedelser av grunnlovsjubileet i 2014 nedsatte Stortingets presidentskap den 18. juni 2009 et utvalg til å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det formål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett. Stortinget vedtok 6. mai. 2014 en språklig fornyelse og enkelte endringer av Grunnloven. Etter Dokument 16 (2011-2012) pkt. 24.2.4 s. 128 og Innst. 169 S (2012–2013) er endringene i § 96 en videreføring av lovkravet på strafferettens område og innebærer ikke endring i rettstilstanden.

<sup>125</sup> Strandbakken (2004) pkt. 3.2 og 3.3

risk anordning) vedtatt i samsvar med reglene i Grunnlovens §§76-79.<sup>126</sup> Begrunnelsen for lovkravet er at borgerne skal sikres mot vilkårlighet fra domstolenes side. Etter maktfordelingsprinsippet er det ikke domstolenes oppgave å trekke opp grensen for hva som skal være straffbart, dette må bestemmes av lovgiver.

Den materielle siden av legalitetsprinsippet, også omtalt som klarhetskrav eller presisjonskrav (i det følgende vil jeg bruke disse begrepene om hverandre), er nærmere presisert gjennom rettspraksis. Det stilles krav til hvordan lovgiver utformer en straffebestemmelse. Kvalitetskravene som stilles er blant annet krav til at straffebud er tilstrekkelig klare, presise og tilgjengelige.<sup>127</sup> Tanken bak kravet om klar hjemmel for ileggelse av straff, er at lovgiver må beskrive den straffbare handlingen som man ønsker å sanksjonere på en måte som vil skape forutberegnelighet og rettssikkerhet for borgerne.<sup>128</sup> En presis og klar beskrivelse av den straffbare handlingen vil også oppstille begrensninger i domstolenes dømmende virksomhet i tolkningen av et straffebud.<sup>129</sup> Domstolene og påtalemyndigheten bør være varsomme med å straffe forhold som ligger utenfor straffebudets ordlyd.<sup>130</sup> Hensynet til at borgerne skal kunne innrette sin adferd etter loven, tilsier at det bør stilles materielle krav til utformingen av straffebudene.<sup>131</sup> For å tilgodese dette hensynet må det oppstilles et krav om at straffebudene utformes med tilstrekkelig klarhet og presisjon, slik at det går frem av bestemmelsene hvilke handlinger som er gjort straffbare. Det kan imidlertid ikke alltid stilles særlig strenge krav til klarhet og presisjon, da det ikke er mulig å gi helt presise regler på alle områder hvor det er behov for regulering.<sup>132</sup> Om straffebudene §§ 133 a og 133 b kvalitativt sett holder mål, det vil si om de har et tilstrekkelig presisjonsnivå og klarhetsnivå til å tilfredsstille krav til forutberegnelighet i legalitetsprinsippet, kommer jeg tilbake til under punkt 3.4.2.1 og 3.4.2.2.

Legalitetsprinsippet på strafferettens område er adressert til både lovgiver, domstolene og påtalemyndigheten. Lovgiveren må sørge for å utforme straffelovgivningen tilstrekkelig presist, og rettsanvenderne kan bare idømme straff dersom handlingen som skal pådømmes, virkelig faller inn under lovens ordlyd. For individet handler legalitetsprinsippet i korthet om at

---

<sup>126</sup> Ibid. med videre henvisninger. Kravet om formell lov for å straffe etter Grunnlovens § 96, er ikke like absolutt i EMK. I forbindelse med tolkningen av EMK artikkel 8 ble formuleringen «in accordance with the law» tolket slik at det også omfatter hjemler som har sitt fundament i sedvane, rettspraksis og administrativ praksis. Dette ble slått fast i blant annet Sunday Times mot Storbritannia (Klagesak nr. 6538/74) para. 47. Dette er begrunnet med at konvensjonenes lovbegrep er autonomt.

<sup>127</sup> Aall (2011) s. 119

<sup>128</sup> Husabø (1999) s. 370, NOU 2003: 18 s.66

<sup>129</sup> Andenæs (2004) s. 122

<sup>130</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 14.2.2

<sup>131</sup> Strandbakken (2004) s. 195

<sup>132</sup> NOU 1983:57 s. 116, Aall (2011) s. 120

inngrep i individets rettsstilling skal ha hjemmel i lov.<sup>133</sup> Dersom lovforslaget blir fremmet for Stortinget og vedtas uten endringer blir spørsmålet om lovgiver har utformet straffelovgivningen tilstrekkelig presist.

Til tross for at prinsippet er hjemlet både i Grunnloven og EMK, har lovgiver valgt å ta legalitetsprinsippet uttrykkelig inn i den nye straffeloven 2005 § 14 med følgende ordlyd: «Straffelovrettslige reaksjoner, jf. §§ 29 og 30, kan bare ilegges med hjemmel i lov».

Man kan argumentere for at en slik bestemmelse er unødvendig, men Straffelovkommisjonen fant at legalitetsprinsippet har en så sentral posisjon i strafferetten at det fortjener plass i straffeloven.<sup>134</sup> Dette viser viktigheten av legalitetsprinsippet i norsk rett.

Klarhetsregelen etter Grunnlovens § 96 er ikke den eneste hjemmelen som setter skranker overfor lovgiver med tanke på klare og presise straffebud.<sup>135</sup> Bestemmelsen i EMK artikkel 7 er en konvensjonsfesting av strafferettens legalitetsprinsipp og gjelder utelukkende på strafferettens område.<sup>136</sup> Etter sin ordlyd gjelder EMK artikkel 7 forbud mot å gi lovbestemmelser tilbakevirkende kraft. Tilbakevirkningsforbudet er på samme måte som i Grunnlovens § 97 begrunnet i hensynet til forutberegnelighet for borgere. Selv om bestemmelsen forbyr illeggelse av straff for handlinger som ikke var straffbare på gjerningstidspunktet, må det anses som sikker rett at bestemmelsen også forbyr å dømme noen til straff uten at det foreligger en hjemmel som klart beskriver den straffbare handlingen.<sup>137</sup>

I likhet med forståelsen i norsk rettspraksis av klarhetsreglen i Grunnlovens § 96, er også presisjonskravet i EMK artikkel 7 utviklet gjennom praksis i EMD. Domstolen har i ulike avgjørelser uttalt at straffebud må være formulert slik at borgeren i rimelig grad er i stand til å forutse hvilken atferd som er straffbar.<sup>138</sup>

I relasjon til straffebud rettet mot deltakelse i væpnede konflikter og forbund om dette vil straffebudene, § 133 a og § 133 b, tilfredsstillende kravet til formell lov, dersom de vedtas i Stortinget i henhold til Grunnlovens §§76-79. Det sentrale spørsmålet blir hva som er påkrevd i praksis for å si at straffebudene oppfyller presisjonskravet. For det første ønsker departemen-

---

<sup>133</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 14.2.2

<sup>134</sup> NOU 2002: 4 s. 210, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) kap. 14.2.2 s. 194-196

<sup>135</sup> Det ligger for øvrig også et krav om lovhjemmel for straff i EMK artikkel 6 (2) og SP artikkel 14 (2), men hovedtyngden av rettspraksis fra EMD angående manglende eller uklar lovhjemmel ved straff dreier seg om artikkel 7.

<sup>136</sup> Jacobs (2010) s. 162

<sup>137</sup> Prop. 131 L (2012-2013) 8.4.1 s. 51

<sup>138</sup> Ibid.

tet å overlate de nærmeste avgrensningene i straffebudene til påtalemyndigheten gjennom opportunitetsprinsippet. Videre rammes all deltakelse i væpnede konflikter uten at den straffbare handlingen beskrives nærmere i de enkelte straffebud. Disse sidene ved bestemmelsen kan være problematiske med hensyn til kravet om klarhet og forutsigbarhet.

Den videre vurderingen av hvorvidt lovforslaget utfordrer legalitetsprinsippet, vil dreie seg om legalitetsprinsippets presisjonskrav. Dette fordi det i all hovedsak er kravet til presisjon som kan by på utfordringer ved utforming av en vid og lite presis lov.

#### *3.4.2.1 Presisjonskravet etter norsk rettspraksis og EMDs praksis*

I Norge er rammene rundt presisjonskravet etter Grunnlovens § 96 utformet gjennom Høyesteretts og EMDs praksis. For å kunne vurdere om straffebudene § 133 a og § 133 b oppfyller kravene til presisjon og klarhet, er det nødvendig å se hva Høyesterett og EMD legger i legalitetsprinsippet. Høyesterett har i flere saker understreket presisjonskravets betydning, både under henvisning til Grunnlovens § 96 og EMK artikkel 7.

Allerede i 1933 uttalte Høyesterett at: «Særlig hvor det gjelder den almindelige straffelov maa landets borgere ha krav paa at faa klar beskjed om, hvad de kan straffes for». <sup>139</sup> Dette utgangspunktet er senere lagt til grunn i en rekke andre avgjørelser. I den såkalte Telefonsjikanedommen <sup>140</sup> opphevet Høyesterett dommen fra byretten med utgangspunkt i at handlingene ikke var straffbare og falt utenfor bestemmelsens tilsiktede virkeområde. Retten var imidlertid enig i at handlingene i prinsippet var forkastelige og burde vært belagt med straff, men dette anså de ikke som tilstrekkelig for straff.

Det påpekes i forarbeidene til straffeloven 2005 at prinsippet om lovhjemmel innebærer «...at en handling bare kan medføre straff hvis den omfattes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Beskrivelsen av det straffbare forhold i straffebudet bør ikke være for upresis». <sup>141</sup> I juridisk teori har innholdet i presisjonskravet blitt formulert som et krav om at lovgiver må angi den straffbare atferd så presist som mulig. <sup>142</sup>

Høyesterett har i flere saker i den senere tid understreket presisjonskravets betydning, både under henvisning til Grunnlovens § 96 og EMK artikkel 7. Fra nyere tid kan det vises til

---

<sup>139</sup> Rt. 1933 s. 212 avsnitt 213

<sup>140</sup> Rt. 1952 s. 989

<sup>141</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 14.2.2

<sup>142</sup> Jacobsen (2009) s. 334 med videre henvisninger,

Rt. 2012 s. 313. Saken gjaldt i hovedsak lovanvendelsen ved grovt kreditorsvik og grov hvitvasking av utbytte fra egne straffbare handlinger. Interessant i denne sammenheng er at førstvoterende, etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, legger til grunn en forskjell mellom første og andre ledd i strl. § 317. Videre sier førstvoterende at det ikke kan utelukkes at lovgiver kan ha ment at det ikke skal være en slik forskjell, men med utgangspunkt i presisjonskravet uttales følgende:

«Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovkravet i Grunnlovens § 96 og i EMK artikkel 7, slik dette er forstått blant annet i Rt. 2011 side 469.[... ] hvor det fremheves at straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpest ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det.»<sup>143</sup>

Intensjonene bak lovforslaget kan ikke sies å ha kommet til uttrykk i § 133 a og § 133 b. Og departementets ønske om å hindre fremtidige terrorhandlinger i Norge mangler støtte i ordlyden.

I en dom som ble avsagt, Rt. 2014 s. 238, slutter Høyesterett seg til uttalelsen i sistnevnte dom og påpekte samtidig at de senere år har skjedd en utvikling i retning av strengere krav til klarhet og større forankring i ordlyden. I avsnitt 24 konkluderer førstvoterende med:

«Jeg er etter dette kommet til at verken ordlyden eller bestemmelsen lest i sammenheng taler for at det kan innfortolkes et tilleggsvilkår [...]. Hva som eventuelt måtte ha vært lovgivers intensjon, er uansett på bakgrunn av lovkravet i Grunnlovens § 96 og EMK artikkel 7 slik dette er tolket i nyere høyesterettspraksis - ikke avgjørende. Er loven ved en glipp blitt annerledes enn forutsatt, må dette rettes opp ved en lovendring.»<sup>144</sup>

Selv om praksis viser at presisjonskravet og hensynet til forutberegnelighet er grunnleggende for rettssikkerheten, er det lagt til grunn at man ikke kan stille krav om at borgerne skal kunne forutse hvilken atferd som er straffbar med absolutt sikkerhet. Endrede samfunnsforhold og behovet for stadig rettslig regulering av enkelte områder bør i denne sammenheng hensynstas. I folkeretten er dette slått fast i avgjørelsen *Sunday Times*: «[...] whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with the changing circumstances».<sup>145</sup> Det fremgår også av forarbeidene til den norske straffeloven at det må [...] skje en avveining mellom hensynet til forutberegnelighet og behovet for å

---

<sup>143</sup> Rt. 2012 s. 313, avsnitt 29

<sup>144</sup> Rt. 2014 s. 238, avsnitt 24

<sup>145</sup> *Sunday Times v. The United Kingdom*, para. 49

ramme straffverdige handlinger».<sup>146</sup> Det kan være utfordrende å utarbeide straffebestemmelser knyttet til fremmedkrigere og deres handlinger i en væpnet konflikt. Man må derfor et stykke på vei akseptere en viss uklarhet rundt bestemmelsene.

Videre vil andre viktige hensyn være av betydning når rekkevidden av presisjonskravet skal fastlegges. Dersom straffebudet eksempelvis skal begrense ytringsfriheten, som er en grunnleggende menneskerett, kreves det en enda klarere og presis regel.<sup>147</sup> Dette kan også formuleres på en annen måte: jo større inngrep, jo strengere krav kan en stille til presisjon og klar hjemmel.<sup>148</sup> Dette fremgår også av EMDs praksis. Om dette presiserte Domstolen, i Groppera Radio AG and ors. v. Sveits at kravet til forutsigbarhet og klarhet beror på typen av rettighet det gripes inn i. Videre vil det være av betydning hvor inngripende myndighetsutøvelsen er og hvem inngrepet retter seg mot.<sup>149</sup> Dette er indikasjoner på at presisjons- og lovkravet etter legalitetsprinsippet vil være strengere med inngrepets intensitet.<sup>150</sup> Presisjonskravets rekkevidde vil således være gjenstand for forskjellige vurderinger, alt ettersom hvilket straffebud man har med å gjøre.

EMD har i flere avgjørelser uttalt at den formelle loven eller uskrevet rett («common law») må være formulert slik at borgerne i rimelig grad kan forutse hvilken atferd som er straffbare. I en avgjørelse fra 1979, Sunday Times mot Storbritannia, som gjald inngrep i ytringsfriheten i form av publiseringsforbud, fastslår EMD at loven må være presis for at individet skal kunne forutberegne sin rettsstilling og innrette seg deretter. Og i den grad som er rimelig i det konkrete tilfellet, skal det være mulig å forutse konsekvensene som utledes av bestemmelsen. I saken uttaler retten:

«...a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with *sufficient precision* to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail» (min uth.).<sup>151</sup>

Andre avgjørelser som underbygger dette synet i forhold til det strafferettslige lovkravet etter artikkel 7 er Kafkaris mot Kypros.<sup>152</sup> EMD i storkammer fant at bestemmelsen om livstids-

---

<sup>146</sup> Prop. 131 L (2012-2013) s. 52.

<sup>147</sup> Rt. 2012 s. 1211, avsnitt 17

<sup>148</sup> Aall (2011) s. 109

<sup>149</sup> Groppera Radio AG and others v. Switzerland, para. 69

<sup>150</sup> Lorenzen (2003) s. 52-53

<sup>151</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, para. 49

<sup>152</sup> Kafkaris v. Kypros, para.150

straff, som klageren var idømt, ikke var klart nok definert i loven og derfor ikke tilfredsstilte kravet i EMK artikkel 7 om forutsigbarhet. Retten uttaler:

«The Court considers, therefore, that there is no element of retrospective imposition of a heavier penalty involved in the present case but rather a question of “quality of law”. In particular, the Court finds that at the time the applicant committed the offence, the relevant Cypriot law taken as a whole was not formulated with sufficient precision as to enable the applicant to discern, even with appropriate advice, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty of life imprisonment and the manner of its execution. Accordingly, there has been a violation of Article 7 of the Convention in this respect.»

Senere praksis fra Strasbourg har gjentatt dette utgangspunktet i de fleste dommer angående artikkel 7.

#### *3.4.2.2 Innfrir § 133 a kravet til presisjon*

Spørsmålet her blir om lovforslaget til ny § 133 a kvalitativt sett holder mål, det vil si om de har et tilstrekkelig presisjonsnivå og klarhetsnivå til å tilfredsstille krav til forutberegnelighet i legalitetsprinsippet.

Departementets henvisning til at kriminaliseringen av deltakelsen bør ha mest mulig prinsipiell begrunnelse og ikke være innrettet mot spesifikke miljøer, grupper eller situasjoner, reiser utfordringer i forhold til legalitetsprinsippets klarhetskrav. Det fremgår ikke direkte av straffebudet hvilken type deltakelse og handlinger som er straffbare. Det er videre ikke foretatt en nærmere analyse av hvilke grupper eller situasjoner som vil være omfattet av forslaget. Norske borgere og personer med tilknytning til Norge vil således ikke være i stand til å lese av bestemmelsen hvilken handling det knytter seg sanksjoner til, og kan ikke forutberegne sin rettsstilling. Dette synes å være i strid med legalitetsprinsippets krav om presisjon. Det er derfor avgjørende at departementet foretar en nærmere analyse av hvilke situasjoner som vil være omfattet av forslaget før disse sendes til Stortinget.

At bestemmelsen også omfatter aktverdige deltakelse, taler for at straffebudet ikke oppfyller presisjonskravet i legalitetsprinsippet. Fordi straffebudet må inneholde objektive kriterier, vil også deltakelse som etter en subjektiv vurdering anses som rettmessig og i noen tilfeller også ønskelig, være straffbare. Dette viser at straffebudet rammer for vidt. Dette er uheldig da det kan føre til at handlinger som overhodet ikke anses som straffeverdige blir belagt med straff. En bestemmelse som tar i seg aktverdige og kanskje til og med ønskelig atferd, kan ikke sies å

---

oppfylle presisjonskravet. Det blir for vidtrekkende å kriminalisere deltakelse som gjøres i «den gode tjeneste». Hensynet til forutberegnelighet som begrunner presisjonskravet kan tale for at straffebudet er i strid med legalitetsprinsippet.

Vi ledes her over i spørsmålet om departementets henvisning til opportunitetsprinsippet som en avgrensende faktor mot aktverdig deltakelse kan forsvares i lys av legalitetsprinsippet. Etter opportunitetsprinsippet har påtalemyndigheten adgang til å utøve skjønn når det gjelder hensiktsmessigheten og rimeligheten av å iverksette straffeforfølgning, og til å unnlate å reise sak for domstolene selv om både de rettslige og faktiske forutsetningene for det er til stede. I norsk rett er det lovgivers oppgave å angi rekkevidden av straffebestemmelser,<sup>153</sup> og grensen for når en risikerer å utsettes for straffeforfølgelse bør ikke trekkes av påtalemyndigheten. Når departementet gir anvisning på en konkret skjønnsmessig vurdering fra påtalemyndighetenes side, vil det nemlig i realiteten si at det ikke selv trekker opp en skarp grense mellom straffbart og ikke straffbart forhold, men at det bevisst overlater den nærmere gresedragningen til påtalemyndigheten. Forholdet man kan straffes for er lite egnet for en objektiv påtalemessig vurdering, og hører hjemme hos lovgiver som siste instans gjennom lovgivningsprosessen. Videre vil verken påtalemyndigheten eller domstolene ha kompetanse til å trekke opp grensen for hva som skal være straffbart, dette må bestemmes av lovgiver. Hensyn til forutberegnelighet og likebehandling taler for også for at lovgiver, så langt det er mulig, angir bestemmelsens anvendelsesområde og ikke overlater dette til andre organer.

En annen side av dette er at upresise og skjønnsmessige lovbestemmelser fort blir gjenstand for tolkning. Påtalemyndighetens varierende forståelse av straffebudet kan krenke tiltaltes rettssikkerhet før domstolene etablerer rettspraksis. Den enkle løsningen på problemet er at lovgiver utformer mer konkrete ordlyd, men likevel beholder en rimelig fleksibilitet. Dette kan tale for at straffebudene som er sendt ut på høring ikke harmoniserer så godt med den tanken som er kommet til uttrykk i Grunnlovens § 96.

Det neste spørsmålet som melder seg er om lovforslagets upresise og uklare utforming kan forsvares med hovedformålet og intensjonene om å avverge en alvorlig kriminell handling som terror. Som det er redegjort nærmere under punkt 3.3.1 og 3.3.2 er hovedformålet med å forby deltakelse i væpnede konflikter, å avverge fremtidige terrorhandlinger i Norge. Men dette fremkommer ikke av ordlyden da det ikke nødvendigvis er terrorhandlinger en blir straffet for.

---

<sup>153</sup> Jf. Maktfordelingsprinsippet og Grunnlovens § 96. Andenæs (2006) s. 402. Grunnloven er likevel ikke til hinder for at lovgiver gjennom delegert lovgivningsmyndighet gir forvaltningen kompetanse til å gi nærmere handlingsnormer ved forskrift. Selve straffetrukselen må imidlertid være gitt i den formelle lov.



Det kan heller ikke utelukkes at politikerne ved å fremme dette forslaget vil vise handlekraft og forsikre offentligheten at noe blir gjort med fremmedkriger - problematikken. Forslaget som er lagt frem kan derfor tenkes å ha et symbolsk eller psykologisk formål, fremfor en effektiv håndhevelse av straffebestemmelsen. Selv om det i Norge er lange og sterke tradisjoner for rettførdig straffefølgning, kan rettsstatens prinsipper settes under press ved denne form for kriminalisering.

For øvrig kan skjønsmessige uttrykk reise problemer i forhold til det materielle kravet til lov. Det fremgår av straffebudet § 133 a alternativ 1 at den som på «*rettsstridig*» måte deltar i militær virksomhet i en væpnet konflikt straffes. Rettsstridsreservasjonen er en rettslig standard som i prinsippet må klarlegges ved tolkning før meningen kan fastlegges.<sup>154</sup> Det er ikke uvanlig at lovgivningen inneholder særskilte rettsstridsreservasjoner og generalklausuler som vilkår for straff.<sup>155</sup> På strafferettens område vil rettslige standarder og generelt utformet ordlyd, hvis nærmere innhold må klarlegges gjennom tolkning, kunne by på problemer i forhold til presisjonskravet. Dette er uttrykkelig uttalt i Rt. 2005 s. 1628:<sup>156</sup>

«Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblematisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnlovens § 96.»

Straffelovkommisjonen har lagt til grunn at det er nesten umulig å unngå å bruke rettelige standarder og skjønsmessige uttrykk, men at disse må brukes med varsomhet.<sup>157</sup> Det er uklart hva departementet legger i rettstridsreservasjonen. I norsk rett har vi en generell ulovfestet rettstridsreservasjon som innebærer at ethvert straffebud må vurderes opp mot rettstridigheten ved overtredelsen. Dette er uavhengig av om det fremkommer direkte av det enkelte straffebud.<sup>158</sup> Dette er en nærmest selvsagt, men like fullt viktig, sikkerhetsventil. Uten nærmere føringer for hvilken deltakelse som skal være rettsstridig og hvilken som skal være lovlig, kan det være utfordrende for domstolen og påtalemyndigheten å håndheve bestemmelsen. Det må midlertid påpekes at slike føringer og klassifiseringer vil være vanskelig å gi på et generelt grunnlag og bør derfor gis for den enkelte konflikt eller det enkelte tilfelle. Således kan man si at når departementet uttrykkelig henviser til rettstridig deltakelse i konflikten, bidrar det ikke til å presisere innholdet i bestemmelsen ytterligere.

---

<sup>154</sup> Andenæs (2004) s. 154

<sup>155</sup> Aall (2011) s. 123

<sup>156</sup> Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 16

<sup>157</sup> NOU 2002: 4 s.83

<sup>158</sup> Andenæs (2004) s. 156

### 3.4.2.3 Innfri § 133 b kravet til presisjon

Presisjonskravet i legalitetsprinsippet kan by på utfordringer når lovgiver vil kriminalisere forberedelseshandlinger. Ved forberedelseshandlinger vil det være større avstand mellom den kriminaliserte handlingen og den fullbyrdede forbrytelsen. Fokus i den strafferettslige vurderingen blir da flyttet fra en objektivt konstaterbar handling til gjerningmannens intensjoner og bare en svak manifestering av disse. Dette fører til at det generelt blir vanskelig å kriminalisere forberedelseshandlinger og samtidig oppnå en tilfredsstillende konkretisering av gjerningsbeskrivelser som utgjør den straffbare forberedelsen. Men som det er konstatert i både norsk rettspraksis og EMDs praksis, er presisjonskravet noe lovgiver til en viss grad skal ta hensyn til ved utformingen av straffebud som kriminaliserer forberedelseshandlinger.<sup>159</sup> Tradisjonelt har hensynet til legalitetsprinsippet vært en av årsakene til at man generelt har vært tilbakeholden med å kriminalisere forberedelseshandlinger.<sup>160</sup>

Ved kriminalisering av deltakelse i væpnede konflikter viser departementet til lovgivningsteknikken man har brukt på andre områder i norsk strafferett ved å kriminalisere forberedelseshandlinger i form av inngåelse av forbund. Det fremgår av høringsnotatet at vilkåret om å inngå forbund med noen om å delta i væpnede konflikter vil bidra til et skille mellom forberedelseshandlinger til lovlige gjøremål og forberedelseshandlinger til å delta i væpnet konflikter.<sup>161</sup> Selv om vi har tradisjoner i norsk rett som kriminaliserer forberedelse i form av forbund, vil forslaget til § 133 b åpne for vanskelige vurderinger når det kommer til bevissspørsmål og håndhevelse for øvrig. Det oppstår raskt vanskelige grensetilfeller. Om det er inngått forbund kan sies å være et konkret og konstaterbart bevisstema, men generelt så er forberedelsesregler relativt vidtrekkende. Dette kan illustreres med et eksempel:

Dersom to kamerater blir enige om å reise ned til et konfliktområde for å delta i væpnet konflikt, vil det være en fjern handling fra situasjonen hvor man faktisk deltar i konflikten. Til tross for et fullbyrdesforsett om å delta i en væpnet konflikt er muligheten for å ombestemme seg og likevel ikke delta i konflikten stor. Dersom kravet til forsett er oppfylt vil enigheten mellom kameratene være nok til å si at man er i den straffrie forberedelsen. Selv om avtaleinngåelse vil være den objektive gjerningsbeskrivelsen og et konkret bevisstema så er det fortsatt et stort «subjektivt» overskudd i denne bestemmelsen som gjør det vanskelig å forut-

---

<sup>159</sup> NOU 2002:4 pkt. 4.5.3.7.3

<sup>160</sup> Prop. 131 L (2012-2013) pkt. 8.2.4. s. 48. I 2013 ble det likevel vedtatt en bestemmelse i straffeloven som kriminaliserer forberedelseshandlinger til terrorisme.<sup>160</sup> Ved vedtakelsen av straffebudet ble det forsøkt å utforme bestemmelsen slik at den skulle innfri kravene til klarhet og presisjon i Grunnlovens § 96 og EMK artikkel 7. Slik bestemmelsen er utformet i dag, gjelder den kun forberedelseshandlinger som «legger til rette for og peker mot gjennomføringen» av en terrorhandling. Departementet mente at denne avgrensningen vil oppfylle presisjonskravet. Det gjenstår å se om Høyesterett og EMD er enig i dette.

<sup>161</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.4 s. 21

beregne hvilke handlinger som kan rammes. Satt på spissen kan straffebudet oppfattes slik at alle former for overveielse, enhver kontakt med andre og enhver handling uansett fjernhet til det endelige mål, skal straffes når formålet er å delta i en militær stryke i en væpnet konflikt. Det er derfor viktig at straffbarheten ikke inntre på et tidspunkt hvor det gjennomgående vil være vanskelig å bevise gjerningspersonens forsett om en fullbyrdet handling. I lys av legalitetsprinsipielt kan man argumentere for at straffebudet vil virke vilkårlig og svekke forutberegneligheten.

### 3.4.3 Kort oppsummering

Som det fremgår av EMDs praksis jeg har gjengitt overfor, kan det ikke oppstilles krav om at borgere skal kunne forutberegne sin rettsstilling med absolutt sikkerhet. I forhold til enkelte uønskede handlingstyper lar det seg dessuten vanskelig gjøre å utforme straffebud som kan håndheves på en måte som i tilstrekkelig grad tar hensyn til presisjons- og klarhetskravet i legalitetsprinsippet. Virkeligheten rundt fremmedkrigere og væpnede konflikter kan være kompleks, samtidig som samfunnsmessige hensyn kan gjøre det uakseptabelt ikke å innføre straffebestemmelser. Man må derfor et stykke på vei akseptere skjønnsmessige straffehjemler.<sup>162</sup> Og innenfor visse grenser må det også aksepteres at straffebudet ikke alltid vil oppfylle de ideelle krav til presisjon.<sup>163</sup> Men dette betyr ikke at lovgiver har adgang til å utforme upresise, lite tilgjengelige og vage straffebud. I forbindelse med utformingen av terrorparagrafen uttalte Straffelovkommisjonen at utfordringene med å utforme en presis og klar regel, samt lovtekniske hensyn, utgjør en tilstrekkelig begrunnelse for å avstå fra kriminalisering.<sup>164</sup>

Med støtte i rettspraksis og de hensyn jeg har trukket frem, vil det være forsvarlig å slutte at slik straffebudene § 133 a og § 133 b er utformet, kan de vanskelig sies å oppfylle kravene etter legalitetsprinsippet. Hensynet bak prinsippet må veies opp mot formålet med kriminaliseringen.

## 3.5 Manglende dokumentasjon eller sannsynliggjøring av effekten av kriminaliseringen

Som jeg har nevnt overfor er utgangspunktet at straff er et alvorlig virkemiddel som bare skal benyttes når det er nødvendig og velbegrunnet.<sup>165</sup> Nykriminalisering forutsetter at det fremstår som klart at den aktuelle kriminaliseringen er formålstjenlig, enten ved ytterligere preventiv

---

<sup>162</sup> Alla (2011) s. 120

<sup>163</sup> Strandbakken (2004) s. 198

<sup>164</sup> NOU 2002:4 pkt.4.2.3.4

<sup>165</sup> NOU 2002:4 pkt. 4.1, Ot.prp. nr. 90 (2003.2004) pkt. 7.1

effekt, eller ved at kriminaliseringen gjelder kjerneverdier i samfunnet som tidligere ikke har vært vernet gjennom straffebud.<sup>166</sup> Det er derfor å forvente at Justisdepartementet som fagorgan på området, drøfter og sannsynliggjør at forslaget om å kriminalisere deltakelse i væpnede konflikter vil ha en markant effekt i å avverge terrorhandlinger i Norge.

Enkelte høringsinstanser er kritiske til den manglende utredningen og rettssikkerhetsmessige utfordringer. Det kriminalitetsforebyggende råd er en av instansene som understreket at en slik generell bestemmelse ikke vil ha den ønskede effekt og anbefalte å avvende utviklingen, og vurdere behovet nærmere.<sup>167</sup>

Siden lovforslaget berører grunnleggende rettssikkerhetsmessige prinsipper, er det behov for konsekvensutredninger og forhåndsvurdering om forslagets treffsikkerhet og effekt. Det er behov for en mer generell analyse av hvordan behovet for en mer «pre-aktiv» strafferett kan forsvares opp mot legalitetsprinsippet og hvordan subjektiveringen av straffeansvaret påvirker bevisvurderingen og håndhevelsen i straffesaker.<sup>168</sup> Det fremgår av høringsnotatet at: «Et nytt straffebud kan ha signalvirkninger som kan bidra til å skape større avstand mellom storsamfunnet og personer som allerede er radikalisert.»<sup>169</sup> Man velger likevel å kriminalisere deltakelse og rekruttering til væpnede konflikter. Røde Kors påpeker i sin høringsuttalelse at denne form for kriminalisering vil bli oppfattet som at norske myndigheter har som mål å ramme politiske og religiøse sympatier som avviker fra det storsamfunnet anser som normale.<sup>170</sup>

## 4 Er lovforslaget nødvendig?

Avslutningsvis vil jeg vurdere hensiktsmessigheten av å kriminalisere enkelte handlinger knyttet til væpnede konflikter. Formålet med avhandlingen var å vurdere noen av de vanskelige prinsipielle og rettpolitiske spørsmål lovforslaget reiser.

Intensjonene bak lovforslaget om å avverge terrorhandlinger er etter min mening gode og kan i høyeste grad forsvares. Jeg har også forståelse for og deler bekymringen om at enkelte deltakelser i væpnede konflikter fører til radikalisering som kan utgjøre en fare for terror i Norge. Men jeg ser samtidig at forslaget reiser viktige praktiske og prinsipielle spørsmål.

---

<sup>166</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 16-77

<sup>167</sup> Høringsuttalelse, Det kriminalitetsforebyggende råd (03.10.14), s. 3

<sup>168</sup> Husabø (2004) s. 191

<sup>169</sup> Høringsnotat (04.07.14) pkt. 4.3.1 s. 17

<sup>170</sup> Høringsuttalelse, Røde Kors (29.09.14) s. 2

Det er åpenbart at terrorhandlinger må også bekjempes med strafferettslige virkemidler, men spørsmålet blir hvor langt man skal strekke straffeansvaret. Et sted går det en grense, og man risikerer gjennom straffelovgivningen å krenke borgernes grunnleggende rettigheter. Man kan reise prinsipielle innvendinger mot en stadig økende strafferettslig regulering av handlinger som ikke tidligere har vært belagt med straff. Ved å kriminalisere all deltakelse risikerer man å trekke inn handlinger som egentlig ikke burde anses som straffbare.

Tolkningen av straffebudene § 133 a og § 133 b og begrunnelsen for lovforslaget viser at man ikke lenger straffer bare konkrete forberedelseshandlinger, men også handlinger som i fremtiden kan føre til at man blir inspirert til å begå terror. En mulig konsekvens av slik kriminalisering kan være at man etter hvert senker terskelen ytterligere for hva som skal være straffbart. Lovforslaget som er lagt frem kan forstås som et uttrykk for at man ønsker å straffe den onde vilje i seg selv, slik at den praktiske forberedelseshandlingen blir uvesentlig.

Det er viktig at lovgiver i den videre lovgivningsprosessen har et realistisk forhold til hva man rent faktisk kan klare å forebygge ved hjelp av straffebud knyttet til problematikken rundt fremmedkrigere. Straffebud rettet mot strømmen av fremmedkrigere til konfliktområder hvor de deltar i terrororganisasjoner, vil neppe ha særlig effekt på en person som allerede har bestemt seg for å delta i en terrororganisasjon, noe som allerede rammes av straffebestemmelser med høy strafferamme.

Videre kan lovforslaget, slik departementet selv beskriver, virke radikaliserende på enkelte grupper. Enkelte grupper kan oppfatte reglene som diskriminerende og vil føle at kriminaliseringen retter seg direkte mot dem. Dette hensynet må Stortinget, dersom de får forelagt saken, veie mot den sikkerhetsgevinsten kriminaliseringen kan gi. Det blir imidlertid interessant å se om lovforslaget blir fremmet i sin nåværende form og om det blir vedtatt. Hvordan reglene da blir håndhevet vil i fremtiden vise oss om man oppnår det som er målet med kriminaliseringen.

Både hensynet til hvordan straffebudene forholder seg til våre strafferettslige prinsipper, straffebudenes innhold med tanke på forutberegnelighet og presisjon, og de prinsipielle sidene ved begrunnelsen, har vært avgjørende for min gjennomgående skepsis mot lovforslaget. Hensiktsmessighetskravet kan således ikke anses oppfylt.

## 5 Litteraturliste

### Lovregister

Grunnloven 1814	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamling paa Eidsvold (Grunnloven) 17. mai 1814 saaledes som den er lydende ifølge siden foretagne Ændringer, senest Grundlovsbestemmelse af 21ste Mai 2012
Straffeloven 1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
Lov angående forholdsregler for å hindre deltagelse i krig i fremmed land 1937	Lov angående forholdsregler for å hindre deltagelse i krig i fremmed land av 19. mars 1937 nr. 1 (Oppheves ved lov 20. mai 2005 nr. 28 (ikr. fra den tid som fastsettes ved lov))
Straffeprosessloven 1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981
Menneskerettsloven 1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai. 1999 nr. 30 Vedlegg 2. Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse).
Straffeloven 2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 (ikke trådt i kraft)

### Traktater og internasjonale konvensjoner

De forente nasjoners pakt (FN-pakten)	Charter of the United Nations, San Francisco 26. juni 1945
Genève-konvensjon I	Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Genève 12. august 1949

Genève-konvensjon II	Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Ship-wrecked Members of Armed Forces at Sea, Genève 12. august 1949
Genève-konvensjon III	Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Genève 12. august 1949
Genève-konvensjon IV	Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Genève 12. august 1949
Tilleggsprotokoll I	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Genève 8. juni 1977
Tilleggsprotokoll II	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Genève 8. juni 1977
Den europeiske menneskerettskonvensjonen	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. November 1950
<b>FNs sikkerhetsrådsresolusjon</b> S/RES/2178 (2014)	United Nations Security Council Resolution 2178 (2014) Adopted by the Security Council at its 7272 <sup>nd</sup> meeting, on 24 September 2014
<b>Forarbeidere</b>	
Innst.169 S (2012–2013)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Innst.186 S (2013–2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter

Dokument 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011
Dokument 12:30 (2011–2012)	Grunnlovsforslag om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter
Ot.prp. nr. 8 (2007-2008)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)
Ot.prp.nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp. nr. 60 (2004-2005)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)
Prop. 131 L (2012–2013)	Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak). Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m.)
NOU 2002:4	Straffelovkommisjonens delutredning VII. Straffelovkommisjonen ble oppnevnt ved kgl.res av 26. september 1980 med oppgave å utarbeide et forslag til ny straffelov.
NOU 2004:6	Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed. Utredning fra Politimetodeutvalget oppnevnt av Kongen i statsråd ved kgl.res av 4. juli 2001
NOU 2009:15	Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker
NOU 1983:57	Straffelovgivning under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I. Straffelovkommisjonen ble oppnevnt ved kgl.res av 26. september 1980.



Høringsnotat (04.07.14)

Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat av 4. juli 2014 om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (Fremmedkrigere)

### **Høyesterettspraksis**

Rt. 1933 s. 212

Rt. 1952 s. 989

Rt. 1991 s. 600

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 2012 s. 313

Rt. 2012 s. 1211

Rt. 2013 s. 789

Rt. 2014 s. 238

### **Utenlandsk rettspraksis**

Groppera Radio AG  
and others v. Switzerland

Groppera Radio AG and others v. Switzerland, 10890/8, Judgment of 23th March 1990

Kafkaris v. Kypros

Kafkaris v. Kypros, 21906/04, Judgment of 12th February 2008

Sunday Times v.  
The United Kingdom,

Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, Judgment of 26th April 1979

### **Juridisk litteratur**

Aall (2011)

Aall, Jørgen. Rettsstat og menneskerettigheter. Bergen, 2011

Andenæs (2004)

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. 3. uagave, 2. opplegg. Oslo, 2004.

- Andenæs (2006) Andenæs Johs. og Fliflet Arne. Statsforfatningen i Norge 10. utgave Oslo, 2006
- Bratholm (1995) Bratholm Anders og Matningsdal Magnus. Straffeloven med kommentarer. Anden Del. Forbrydelser, Oslo,1995
- Chapman (2011) Chapman, Dennis P. (2011). Security Forces of the Kurdistan Regional Government. California, 2011
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgensen. Oslo, 2001.
- Eskeland (2013) Eskeland, Ståle. Strafferett. 3. revidert utgave. Oslo, 2013
- Husabø (1999) Husabø, Erling Johannes. Straffansvarets periferi : medverking, forsøk, førebuing. Bergen, 1999
- Husabø (2009) Husabø, Erling Johannes og Bruce, Ingvild. Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation: Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law. Leiden/Bosten, 2009
- Jacobs (2010) Francis G. Jacobs, Robin C.A White og Clare Ovey. The European Convention on Human Rights. Oxford, 2010
- Jacobsen (2009) Jacobsen, Jørn R. T. Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten. Bergen, 2009
- Kjelby (2012) Kjelby, Gert Johan. Mellom rett og plikt til straffeforfølging. Bergen, 2012

- Lorenzen (2003) Lorenzen Peer, Rehof Lars Adam, Trier Tyge, Holst-Christensen Nina og Vedsted Jens-Hansen. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 1-10) 2.utgave . København 2003.
- Ruud (1980) Ruud, Morten. Innføring i krigens folkerett. Oslo, 1980
- Ruud (2011) Ruud, Morten og Ulfstein Geir. Innføring i folkerett. 4. utgave. Oslo, 2011
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn. Uskyldspresumsjonen: in dubio pro. Bergen, 2003

### **Juridiske artikler og rapporter**

- Engene (2013) Engene, Jan Oskar. Mer overvåking, mer kontroll – Noen utviklingstrekk etter 22. juli. Tidsskrift for samfunnsforskning (2013) s. 233-244. (Sitert fra idunn.no)
- Henckaerts (2005) Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press, International Committee of the Red Cross (2005)
- Husabø (2003) Husabø, Erling Johannes. Pre-aktiv strafferett. Tidsskrift for Strafferett. (2003) 96-107.
- Husabø (2004) Husabø, Erling Johannes. Strafferetten og kampen mot terrorisme. Nordisk Tidsskrift for Kriminlvidenskap (2007), s. 180-193.

Husabø/Aall (2005)	Husabø, Erling Johannes og Aall, Jørgen. Bekjempelse av terrorisme og forsvar for rettsstaten - et britisk eksempel. Lov og Rett (2005) s. 515-530. (Sitert fra idunn.no)
Høgberg (2000)	Høgberg, Alf Petter. Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffbare handlinger. Tidsskrift for Rettsvitenskap. (2000) s. 525-649 (Sitert fra idunn.no)
Strandbakken (2004)	Strandbakken, Asbjørn. Grunnloven § 96. Jussens Venner (2004) s. 166-215. (Sitert fra idunn.no)
Wessel-Aas (2012)	Wessel-Aas, Jon. Krigen mot terror og den norske rettsstaten. Internasjonal politikk. (2012) s. 114-121 (Sitert fra idunn.no)
Justis- og beredskapsdepartementet (10. juni 2014)	Justis- og beredskapsdepartementet. Handlingsplan mot radikaliserings og voldelig ekstremisme. 10. juni 2014.
ICRC (2009)	Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law. International Committee of the Red Cross (2009)
PST (2014)	Politiets Sikkerhetstjeneste, Åpen trusselvurdering 2014
E-tjenesten (2014)	Etterretningstjenesten, FOKUS 2014

## **Aviser**

Aanensen, Kristian og Holm, Gro.

Aanensen, Kristian og Holm, Gro. FN enige om å stanse «terror-reiser». NRK. Publisert 24.09.2014 (sitert 30.09.2014).

Acharki, Fouad og Holth, Anette Hansen

Acharki, Fouad og Holth, Anette Hansen. Nordmenn kjemper mot IS: - Det handler om å forsvare sitt eget hjem. NRK. Publisert 15.09.14 (sitert 17.11.14)

Foss, Amund Bakke

Foss, Amund Bakke. Nordmann drept i kamp mot IS. VG. Publisert 18.11.14 (sitert 19.11.14).

## **Høringsuttalelser**

E-tjenesten (21.07.14)

Røde Kors (29.09.14)

Forsvaret (30.09.14)

Generaladvokaten (03.10.14)

International Law and Policy Institute (ILPI)  
(03.10.14)

Det kriminalitetsforebyggende råd (03.10.14)

Kripos (17.10.14)

Forsvarsdepartement (24.10.14)