

UiO : **Det juridiske fakultet**

Regjeringens plikt til å innhente Stortingets samtykke til norske militæroperasjoner

Særlig om Grunnloven § 26

Kandidatnummer: 210

Leveringsfrist: 10. april 2018

Antall ord: 38 907



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og hovedproblemstilling	1
1.2	Aktualitet	3
1.2.1	Eksempelsaker	3
1.2.2	Nærmere om norske bidrag i Libya 2011	3
1.2.3	Nærmere om norske bidrag i Irak fra 2015	4
1.3	Rettskildebildet	5
1.3.1	Utgangspunkt	5
1.3.2	Samfunnsutvikling, stats- og høyesterettspraksis	5
1.3.3	Forarbeider og formål	6
1.3.4	Juridisk teori og tolkningsuttalelser	7
1.3.5	Folkerett ved grunnlovstolkning	7
2	FORHOLDET MELLOM GRL. §§ 25 OG 26	8
2.1	Innledende om kommandomyndighet og krigsrett	8
2.2	Debatten om krigsdeltakelse – Grl. § 26 er fraværende	9
2.3	Nærmere om Grl. § 25	10
2.4	Grl. § 26 skal vurderes her	12
3	KRIGSBEGREPET I GRL. § 26	13
3.1	Nærmere om uttrykket «krig»	13
3.2	Det tradisjonelle krigsbegrepet	14
3.2.1	Væpnet kamp mellom stater	14
3.2.2	Regler om krig utvikles	14
3.2.3	Det tradisjonelle krigsbegrepet defineres	14
3.3	Formålet – Grl. § 26 første ledd	16
3.3.1	Bakgrunnen for Kongens ubegrensede krigsrett	16
3.3.2	Krigsretten begrenses	17
3.3.3	Fra tradisjonell krig til våpenmakt mer generelt	18
3.4	Utvikling i folkerettslige regler om maktbruk	19
3.4.1	Fra krigsforbud til maktforbud	19
3.4.2	Er det tradisjonelle krigsbegrepet utdatert?	21
3.5	Krigsbegrepet i formell lov	21
3.5.1	Hvordan tolkes «krig» i formell lov?	21
3.5.2	Høyesteretts vurdering av «krigstid» i Quisling-saken	22
3.5.3	Krigsbegrepet ved landssvik	23

3.5.4	Sammenfatning	25
3.6	Norsk debatt om krigsbegrepet	25
3.6.1	Militæroperasjoner og krig	25
3.6.2	Diskusjon om krig og konflikt i Afghanistan 2001-2014	26
3.6.3	Uenighet om krigsbegrepet	27
3.6.4	Sammenfatning av debatten – et politisert krigsbegrep?	28
3.7	Hvilket krigsbegrep legges til grunn i § 26?	28
3.8	Nærmere om krigens grense nedad	29
3.8.1	Et mulig utgangspunkt – konflikttyper i humanitærretten	29
3.8.2	Hovedlinjer – konflikttyper i humanitærretten	29
3.8.3	Sammenfatning – krigsbegrepets grense.....	34
4	FORSVARSBEGREPET I GRL. § 26 FØRSTE LEDD	35
4.1	Forsvar som rettslig skranke	35
4.2	Utgangspunkt i litteraturen – tolkninger av krig til «forsvar»	35
4.3	Forarbeidene fra 1917 – formålet med forsvarskrig.....	36
4.4	Tre typetilfeller.....	38
4.4.1	Innledende om operasjonstypene som drøftes	38
4.4.2	Atlanterhavspakten artikkel 5	38
4.4.3	Militæroperasjoner med mandat fra FNs sikkerhetsråd	42
4.4.4	Humanitære intervensjoner	50
5	TRAKTATBEGREPET I GRL. § 26 ANDRE LEDD	54
5.1	Uttrykket «traktater»	54
5.2	Ordlyd og formål – krav til forhåndssamtykke	55
5.3	Rekkevidden av § 26 andre ledd – Østgrønlandssaken.....	55
5.3.1	Traktater – eller folkerettslige regjeringshandlinger generelt?	55
5.3.2	Nærmere om Østgrønlandssaken	56
5.3.3	Ingen riksrett, men Odelstinget beklaget	56
5.3.4	Har prinsippet fra Østgrønlandssaken betydning i dag?	57
5.4	Rettslige utgangspunkter for «traktater»	59
5.4.1	Definisjon og formkrav	59
5.4.2	Når er avtalen eller erklæringen folkerettslig forpliktende?	61
5.4.3	Ensidige forpliktelseserklæringer omfattes.....	62
5.4.4	Fremgangsmåte	62
5.5	Tre typetilfeller og to eksempelsaker	63
5.5.1	Hvilke «avtaler» eller «enigheter» kan regnes som «traktater» etter § 26?.....	63
5.5.2	Invitasjon som grunnlag for en militæroperasjon	63
5.5.3	Koalisjon av villige stater	66

5.5.4	Særlig om vedtak i NATO-rådet.....	68
6	SAK AV «SÆRLIG STOR VIKTIGHET» I GRL. § 26 ANDRE LEDD.....	76
6.1	«Særlig stor viktighet»	76
6.2	Formål og bakgrunn – terskel for traktatfremleggelse	77
6.3	Traktatsaker og momenter i viktighetsvurderingen	78
6.3.1	Hvordan vurderes en traktatsaks viktighet?	78
6.3.2	Utenrikspolitiske forhold	79
6.3.3	Økonomiske forhold	79
6.3.4	Rettslige forhold.....	80
6.3.5	Eksempelsaker – generelle trekk av særlig stor viktighet.....	81
6.3.6	Manglende behandling i Stortinget.....	83
7	FRA GRUNNLOVENS ORD TIL ULOVFESTET RETT	84
7.1	Grensen for § 26 – spørsmålet om konstitusjonell sedvanerett.....	84
7.2	Konstitusjonell sedvanerett	84
7.2.1	Konstitusjonsbegrepet og konstitusjonell sedvanerett	84
7.2.2	Vilkår for konstitusjonell sedvanerett	85
7.2.3	Analysens grunnlag.....	85
7.3	Nærmere om praksis – hovedlinjer på 90-tallet	86
7.3.1	Golfkrigen 1990-1991	86
7.3.2	Irak 2003-2005	87
7.3.3	Kosovo 1999	88
7.3.4	Afghanistan 2001-2014.....	89
7.3.5	Libya 2011 og Irak fra 2015	90
7.4	Utgjør den omtalte praksisen konstitusjonell sedvanerett?	91
7.4.1	Foreligger praksis over tilstrekkelig tid?	91
7.4.2	Ensartethet.....	91
7.4.3	Foreligger opinio juris?	92
7.4.4	Er praksisen konstitusjonell?	94
7.5	Sammenfatning og helthetsvurdering.....	94
8	AVSLUTNING	96
9	KILDELISTE	98
9.1	Litteratur.....	98
9.2	Fagartikler	100
9.3	Lover og traktater	101
9.4	Lovforarbeider og stortingsdokumenter.....	102

9.5	Rettsavgjørelser	103
9.6	Resolusjoner og brev	104
9.7	Avisartikler	105
9.8	Nettsider	105
9.9	Notater og tolkningsuttalelser	107
9.10	Øvrige kilder	107

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstilling

Tema for denne avhandlingen er forholdet mellom regjeringen og Stortinget etter Grunnloven (Grl.) § 26 ved beslutning om norsk militærbistand i krig og væpnet konflikt utenfor Norge. Det vil bli gitt en nærmere analyse av Grl. § 26 første og andre ledd for å avklare hvilke begrensninger bestemmelsen pålegger statsmaktene ved beslutninger om krigsdeltagelse. Avhandlingens hovedproblemstilling er om regjeringen etter Grl. § 26 må innhente samtykke fra Stortinget før Norge kan bistå militært i krig og væpnet konflikt utenlands.

Grl. § 26 lyder som følger:

«Kongen har rett til å innkalle tropper, begynne krig til forsvar av landet og slutte fred, inngå og oppheve forbund, sende og motta sendemenn.

Traktater om saker som er av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning, blir først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil.»

Som det fremgår av § 26 første ledd er utenriksstyret, inkludert retten til å erklære krig, plassert hos Kongen. Utenriksstyret beskrives gjerne som et kongelig prerogativ, det vil si en enekompetanse lagt til Kongen som i dag utøves av regjeringen.¹ Et sentralt spørsmål for oppgaven er om Grunnlovens ordlyd setter snevrere grenser for deltagelse i militæroperasjoner utenfor Norge enn utviklingen av praksis og enkelte utsagn i juridisk teori legger til grunn i dag.² Det tas dermed sikte på å klargjøre ordlyden i § 26.

I drøftelsen av § 26 første ledd vil det først sees på regjeringens kompetanse til å begynne «krig» til «forsvar» av Norge. Tolkningen av uttrykket «krig» avgjør hvilke konflikter § 26 første ledd omfatter. Hovedvekten i analysen ligger på «krig», og spørsmålet er hvilke hovedtyper av konflikter og militærdeltagelse som omfattes av Grunnloven § 26 i dag. Det tradisjonelle krigsbegrepet der to eller flere stater erklærte krig mot hverandre er ikke lenger like aktuelt for Norge som det var i 1814. Drøftelsen i oppgaven vil vise at uttrykket krig i § 26 må tolkes videre enn det historiske krigsbegrepet. Dermed vil norsk innsats i flere typer væpnet konflikt være omfattet av § 26. Som fremstillingen vil vise kan grensedragningen for hvilke konflikter som omfattes av lovens begrep være krevende å trekke, se nærmere kapittel 3.

¹ Høgberg (2016) s. 61, Andenæs (2017) s. 218 samt 361-363, Smith (2017) s. 237-238.

² Eksempelvis Holmøyvik (2012), S.tid nr. 146 (2001) som behandles nærmere i det følgende.

³ S/RES/1973 (2011).

⁴ Eksempelvis Holmøyvik (2012), S.tid nr. 146 (2001) som behandles nærmere i det følgende. Gade/Hilde (2016) s. 84.

⁵ Redegjørelsen i stortingsmøtet tirsdag den 29. mars 2011 kl. 10, Stoltenberg (2016) s. 442.

Norge deltar tidvis i internasjonale operasjoner av forskjellig art, fra å sende fredsbevarende styrker og valgobservatører til direkte militærdeltagelse med kampfly i intensive krigslignende konflikter. Det siste er gjerne mer politisk sensitivt og kontroversielt enn de rene fredsbevarende og humanitære operasjonene. Det er den norske innsatsen i krigslignende og væpnede konflikter som er interessant å ta utgangspunkt i, og det er disse situasjonene som vil bli brukt som eksempler i drøftelsene.

Uttrykket «forsvar av landet» i § 26 begrenser på sin side regjeringens kompetanse til å beslutte deltagelse i krig og væpnet konflikt, se nærmere kapittel 4. For det første drøftes hvor langt forsvarsbegrepet kan strekkes. Derneft oppstår spørsmål knyttet til prosessen ved militæroperasjoner som ikke er til forsvar av Norge, samt hvordan disse skal behandles internt. Det sentrale er hvorvidt militæroperasjoner som ikke er til forsvar av Norge kan sies å være absolutt forbudt, eller om gjennomføring kan skje dersom både Kongen (Regjeringen) og Stortinget treffer nødvendige vedtak.

For drøftelsen av Grl. § 26 andre ledd reises spørsmålet om avtaler som omhandler, eller er knyttet til, militæroperasjoner kan regnes for å være «traktater» av «særlig stor viktighet», se nærmere kapittel 5 og 6. Dersom dette er tilfelle, krever avtalene Stortingets samtykke. Hovedvekten av analysen ligger på uttrykket «traktater», som vil belyses ved eksempelsaker. Det faller derimot utenfor denne oppgaven å vurdere når traktater etter Grunnloven «nødvendigjør en ny lov eller stortingsbeslutning», jf. § 26 andre ledd.

For å avklare de rettslige spørsmål oppgaven reiser, må det trekkes opp en grense mot hvilke tilfeller som reguleres av Grl. § 25, samt om noen tilfeller kan sies å være regulert av ulovfestet rett. Forholdet mellom Grl. § 25 og § 26 vil bli nærmere avklart i kapittel 2. Spørsmålet om regjeringen har fått en utvidet kompetanse til å beslutte deltagelse i militæroperasjoner, utenfor § 26, etablert ved konstitusjonell sedvanerett, vil bli drøftet avslutningsvis i kapittel 7.

Det presiseres at der uttrykkene «Kongen», «regjeringen» og «den utøvende makt» benyttes i denne avhandlingen siktes det til regjeringen innenfor rammene av Grl. § 28. Grl. § 28 fastslår at saker av viktighet skal behandles i statsrådet, men de nærmere grensene for når det er nødvendig med statsrådsbehandling vil ikke bli tatt stilling til. Grensene i Grl. § 115 om tilslutning til internasjonale organisasjoner med overnasjonal myndighet faller også utenfor oppgaven. Regelen i Stortingets forretningsorden § 16, om behandling av utenrikssaker i den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen, behandles heller ikke nærmere.

1.2 Aktualitet

1.2.1 Eksempelsaker

For å belyse tema for avhandlingen er det særlig konfliktene i Libya 2011 og i Irak fra 2015 som vil bli benyttet. I begge tilfeller har Norge deltatt militært. Det gjøres ikke en fullstendig vurdering av militærbidragene i disse sakene, men sakene benyttes som eksempler ved flere av problemstillingene som oppstår i drøftelsen av § 26. For å illustrere hvordan samtykkekravet har utviklet seg i praksis vil det også underveis i oppgaven benyttes eksempler fra regjeringens behandling av Østgrønlandsaken i 1931-1932, samt norske militærbidrag i Golfkrigen 1990-1991, Kosovo 1999, Afghanistan fra 2001-2014 og Irak fra 2003-2005. Sakene gjelder deltagelse i krigslignende tilstander, hvor Norge har hatt en militær funksjon. Østgrønlandsaken skiller seg ut fordi det er en okkupasjonssak og fordi den er betraktelig eldre enn de andre.

1.2.2 Nærmere om norske bidrag i Libya 2011

Den 17. mars 2011 vedtok FNs sikkerhetsråd resolusjon 1973 som autoriserte «all necessary means» for å beskytte sivile i Libya mot angrep fra det sittende libyske regimet under ledelse av Muammar Al-Gaddafi.³ Bakgrunnen var et opprør som oppstod i februar samme år, og som senere hadde utviklet seg til en borgerkrig mellom opprørere og regimet. Sikkerhetsrådet hadde tidligere prøvd å innføre våpenembargo, frosset Gaddafi-familiens midler i utlandet og innført reiseforbud for medlemmer av regimet - uten at forholdene hadde stabilisert seg.⁴ Etter gjentatte kamper mellom regimet, demonstranter og opprørere, fryktet Sikkerhetsrådet at Gaddafi-regimet skulle bruke makt mot sivile. Dermed kom resolusjon 1973 på plass.

Daværende statsminister i Norge, Jens Stoltenberg, var invitert til et toppmøte hos den franske daværende presidenten Nicholas Sarkozy 19. mars 2011, det vil si to dager etter at resolusjon 1973 ble vedtatt. På møte skulle det avgjøres hvilke land som kunne bidra i en intervensjon i Libya.⁵ I den daværende koalisjonsregjeringen, som bestod av Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti (SV), hadde SV vært kritisk til deltagelse i en internasjonal offensiv.⁶ SV støttet til slutt beslutningen om at Norge skulle bidra med seks kampfly i intervensjonen.⁷ På toppmøtet 19. mars formidlet dermed statsminister Stoltenberg at Norge ønsket å bidra i operasjonen. Det ble fra samme dag iverksatt tre operasjoner, en fransk, en engelsk og en amerikansk.⁸

³ S/RES/1973 (2011).

⁴ Gade/Hilde (2016) s. 84.

⁵ Redegjørelsen i stortingsmøtet tirsdag den 29. mars 2011 kl. 10, Stoltenberg (2016) s. 442.

⁶ Gade/Hilde (2016) s. 84-85.

⁷ Gade/Hilde (2016) s. 84-85.

⁸ Gade/Hilde (2016) s. 84.

Norske fly sto allerede 21. mars 2011 klare på Kreta.⁹ Stortingets utvidede utenriks- og forsvarskomite møttes den 22. mars, og en kongelig resolusjon som autoriserte det norske Libya-bidraget kom på plass dagen etter, den 23. mars 2011.¹⁰ Det første norske bombeoppdraget ble deretter gjennomført neste dag, 24. mars 2011.¹¹ Stortinget ble samlet til sitt første møte om saken 29. mars, det vil si etter at norske fly hadde gjennomført sitt første oppdrag i Libya.

1.2.3 Nærmere om norske bidrag i Irak fra 2015

Den 20. september 2014 anmodet Irak om hjelp for å bekjempe den militante islamistgruppen Den islamske staten (IS)¹² gjennom et brev til FNs sikkerhetsråd.¹³ Det ble bedt om at USA skulle lede en internasjonal koalisjon som kunne ramme IS-mål, men den konkrete innsatsen skulle skje etter Iraks uttrykkelige samtykke. Formålet med den internasjonale innsatsen mot IS skulle være å fjerne den konstante trusselen mot Irak, beskytte Iraks befolkning og bevæpne irakiske styrker slik at de igjen ville være i stand til å få kontroll over irakiske grenser.

Den norske regjeringen besluttet i oktober 2014 at Norge skulle bidra med norsk militært personell for å drive kapasitetsbygging av irakiske styrker i Erbil i Nord-Irak og i Bagdad.¹⁴ Norske soldater skulle utdanne og trene opp irakiske styrker, men ikke delta direkte i kampf handlinger, utenom bruk av makt i selvforsvar.¹⁵ Som begrunnelse for regjeringens beslutning ble det vist til at IS fikk stadig større territoriell kontroll i Irak og Syria, gjennom massive og bestialske overgrep på den sivile befolkningen i landene.¹⁶

Statsminister Erna Solberg orienterte Stortinget om beslutningen 5. november 2014, og Stortingets organer ble ifølge statsministeren konsultert uken før.¹⁷ Statsministeren pekte på at Norge ville delta i Irak «etter anmodning fra irakiske myndigheter» som folkerettslig grunnlag, og at det norske bidraget skulle gjennomføres i nært samarbeid med myndighetene. Da de norske styrkene skulle sendes tok det tid å forhandle frem en statusavtale med Irak, det vil si en avtale som regulerer norske styrkers rettigheter på irakisk territorium.¹⁸ Norge fikk på plass en enighet med irakiske myndigheter ved noteveksling om at norsk militærbistand skulle sen-

⁹ Gade/Hilde (2016) s. 84, Johansen (2011).

¹⁰ Kongelig resolusjon 23.03.2011, Gade/Hilde (2016) s. 84, Johansen (2011).

¹¹ Gade/Hilde (2016) s. 84, Johansen (2011).

¹² Gruppen er også kjent som ISIS, ISIL og DAESH, og kontrollerer områder i Irak og Syria, jf. FN-sambandets nettsider om IS (2017).

¹³ Brev fra den permanente representanten for Irak i FN til FNs sikkerhetsråds president, 20. september 2014 S/2014/691, se Hellestveit (2016).

¹⁴ Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10.

¹⁵ Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10.

¹⁶ Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10.

¹⁷ Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10.

¹⁸ Hellestveit (2016).

des til Irak med beskyttelse av Wien-konvensjonen om diplomatisk samkvem.¹⁹ To kontingenter med norske soldater var på plass i Irak fra april 2015.²⁰

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Utgangspunkt

Ved fortolkningen av de aktuelle grunnlovsbestemmelsene har tolkningen mye til felles med vanlig lovtolkning.²¹ Utgangspunktet tas i en naturlig forståelse av ordlyden basert på vanlig språkbruk, belyst ved relevante rettskildefaktorer.²² Hvilken vekt den enkelte rettskildefaktor får, beror på konkrete forhold ved denne, samt Grunnlovens særtrekk.²³ De konkrete forhold og særtrekk som gjør seg gjeldende ved fortolkningen av Grl. § 26, vil bli kommentert i det følgende.

1.3.2 Samfunnsutvikling, stats- og høyesterettspraksis

For å kunne danne et bilde av hvordan bestemmelsene om krigsretten har vært forstått og skal forstås, er det nødvendig å se på de store linjene over tid. Krigsrettens utvikling og alle endringer i § 26, fra tilblivelsen og frem i dag, vil gjennomgås. Andenæs og Fliflet påpeker at Grunnloven som andre lover må tolkes i lys av forestillinger og oppfatninger som er gjeldende i samfunnet.²⁴ Ordlyden i Grunnloven ble sjelden endret og måtte derfor tåle en viss fleksibilitet ved fortolkningen. Dersom grunnlovsendringer i nyere tid forekommer hyppigere enn før, kan behovet for fleksibilitet bli mindre, og det er større grunn til å ta Grunnloven på ordet.²⁵ Flere av begrepene i § 26, eksempelvis «krig», er imidlertid ikke endret siden det kom til i 1814. Krigsbegrepet må dermed særlig sees i lys av folkerettslig og nasjonalrettslig utvikling for å kunne gis en mening i dag.

Både statspraksis og rettspraksis er relevante rettskildefaktorer ved grunnlovstolkning.²⁶ Grl. § 26 retter seg mot statsorganene regjeringen og Stortinget. Praksis som foreligger hos disse organene er derfor relevant. Statspraksis får vekt som tolkningsmoment også der den ikke er fast og langvarig nok til at det foreligger konstitusjonell sedvanerett.²⁷ Vilkårene for konstitusjonell sedvanerett behandles i kapittel 7, i tilknytning til spørsmålet om en slik sedvanerett er etablert. Høyesterettspraksis er i hovedsak kun brukt for metodespørsmålene i dette kapitlet.

¹⁹ Dette behandles nærmere under drøftelsen av «invitasjon» som folkerettslig grunnlag under traktatbegrepet i kapittel 5.

²⁰ Hellestveit (2016).

²¹ Andenæs (2017) s. 54, Smith (2017) s. 96.

²² Andenæs (2017) s. 54, Høgberg (2016) s. 19, Smith (2017) s. 96.

²³ Andenæs (2017) s. 54, Høgberg (2016) s. 19.

²⁴ Andenæs (2017) s. 56.

²⁵ Andenæs (2017) s. 57.

²⁶ Andenæs (2017) s. 59, Smith (2015) s. 126 og 127.

²⁷ Andenæs (2017) s. 59.

1.3.3 Forarbeider og formål

I en dom om Opplysningsvesenets fond, se Rt. 2010 s. 535, viser Høyesterett at de eldste forarbeidene og den historiske bakgrunnen skal tas i betraktning ved tolkning av Grunnloven.²⁸ Høyesterett fant det nødvendig å gjennomgå den historiske bakgrunnen, grunnlovsforslag og debattinnlegg i Riksforsamlingen i mai 1814. I oppgaven her vil det sees på komitéinnstillinger og stortingsdebatter der disse sier noe om formålet og bakgrunnen for endringen i Grl. § 26. Fra Grunnlovens tilblivelse i 1814 foreligger ikke alminnelige forarbeider.²⁹ Bakgrunnen for krigsretten i Grl. § 26 slik den ble utformet i 1814 forklares ved å se på Riksforsamlingens protokoller, tidlige forslag til Grunnloven og tekster fra Eidsvollsmennenes dagbøker. Forarbeider til Grunnloven kan spille en mindre rolle om tiden har løpt fra dem, eller dersom de er sparsomme.³⁰ Enkelte av forarbeidene som anvendes i oppgaven er naturligvis svært gamle, men anvendbare. De vil ses i lys av samfunnsutviklingen, slik at formålet kan føres videre i en ny samfunnsmessig kontekst.

En innvending mot bruk av forarbeider er at de innholdsmessig ikke nødvendigvis samsvarer med Grunnlovens endelige mening. Argumentet er at tiden mellom et grunnlovsforslag settes frem og vedtagelsen kan medføre at forarbeidene ikke gir uttrykk for meningen med bestemmelsen som til slutt vedtas.³¹ Dette er fordi reglene om grunnlovsendringer innebærer at det må være et mellomliggende stortingsvalg etter forslaget er lagt frem og før vedtagelsen av det, jf. Grl. § 121. Det går derfor en viss tid før forslaget vedtas, og mye kan endres i mellomtiden. Dette slår imidlertid ikke til ved tilblivelsen av Grl. 1814. Når det gjelder de senere innstillinger som benyttes, legges det til grunn at innstillingen gir uttrykk for viljen bak forslaget, da heller ikke noe annet er synlig av debattene i Stortinget.

Smith nevner at det ofte foreslås mange ulike vedtaksmuligheter, med enkeltsetninger som muliggjør mange forskjellige versjoner av det opprinnelige forslaget.³² Sammenhengen mellom bakgrunnen og endelig forslag kan derfor bli uklar. I så fall blir også forarbeidene mindre passelige som bakgrunn. Slike holdepunkter bør vurderes ved forarbeidsbruk. Problemet er imidlertid ikke like aktuelt her, fordi det ikke har vært store utredninger fra regjeringen, som i senere tid, eksempelvis ved fornyelsen av Grl. § 100. Forarbeidene som anvendes her, fra tidlig 1900-tall, bygger ikke på så mange forslag. Dette er derfor ikke en særlig aktuell innvending her.

²⁸ Saken gjaldt tolkningen av daværende Grl. § 106.

²⁹ Andenæs (2017) s. 58.

³⁰ Kierulf (2016) s. 133.

³¹ Smith (2015) s. 122.

³² Smith (2015) s. 123, med henvisning blant annet til NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted».

Dersom forarbeidene til en bestemmelse er utredet uten faglig bistand, vil innholdets vekt kunne svekkes. En slik kritikk har vært rettet spesielt mot grunnlovsforarbeider fordi de ikke alltid har vært like grundig utredet av fagpersoner.³³ Andre rettskildefaktorer blir da viktigere ved tolkningen. En del av de nyere grunnlovsbestemmelsene har omfattende forarbeider og utredninger bak seg, eksempelvis kapittel E om menneskerettigheter.³⁴ Forarbeidene i oppgaven her er derimot særlig innstillinger, som beror på arbeid i Stortinget og gir uttrykk for Stortingets syn. Ettersom bestemmelsen i § 26 gjelder arbeidsfordelingen mellom regjeringen og Stortinget kan Stortingets syn nettopp være viktig. Det foreligger riktignok ikke mange forarbeider, men § 26 har ikke gjennomgått innholdsmessige endringer etter andre ledd kom til i 1931.

1.3.4 Juridisk teori og tolkningsuttalelser

Faglige vurderinger har vært søkt hentet i juridisk litteratur og tolkningsuttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling og Utenriksdepartementets rettavdeling. Disse er relevante rettskildefaktor, men vekten beror hovedsakelig på deres argumentasjonsverdi.³⁵ En kan bli påvirket av en juridisk forfatters autoritet og omdømme, eller av lovavdelingens dyktige jurister, som regnes for å være regjeringens innflytelsesrike ekspertorgan.³⁶ Der det er få kilder, og mindre praksis, vil en uttalelse kunne være retningsgivende dersom den er grundig fundert, eventuelt fungere som støtteargument.³⁷ I tillegg kan uttalelsene vise hvilke vurderinger departementene og regjeringen har vektlagt før norske styrker kan delta i en militæroperasjon utenfor Norge.

1.3.5 Folkerett ved grunnlovstolkning

Ved fortolkningen av uttrykkene «krig» og «traktat» trekkes folkerett og folkerettslig utvikling inn som tolkningsmoment. Det norske rettssystemet er dualistisk, noe som innebærer at folkerett i utgangspunktet kun kan få direkte virkning gjennom nasjonal rett.³⁸ Dette modifiseres ved at norsk lov tolkes i samsvar med folkeretten.³⁹ Denne måten å tolke på kalles presumsjonsprinsippet og kommer til anvendelse både ved alminnelig folkerett og der Norge er bundet av en konvensjon. Prinsippet har sine begrensninger, eksempelvis på legalitetsprinsippets område, og presumsjonsprinsippet er omdiskutert dersom det er gjennomført en bevisst

³³ Eckhoff (2001) s. 66.

³⁴ Eksempelvis Menneskerettsutvalgets rapport i dokument 16 (2011-12), Eller før forslaget om ny Grl. § 100, se NOU 1999 nr. 27.

³⁵ Eckhoff (2001) s. 231 og 270, Boe (2010) s. 348.

³⁶ Eckhoff (2001) s. 231 og 270.

³⁷ Boe (2010) s. 348.

³⁸ Eckhoff (2001) s. 316, jf. Rt. 2000-1118.

³⁹ Eckhoff (2001) s. 316, jf. Rt. 2000-1118.

motstrid i nasjonal rett.⁴⁰ Ved tolkning av *Grunnloven* påpeker Smith at det derimot ikke presumeres at lovreglene tolkes overens med folkeretten. Grunnloven skal tolkes autonomt og «uavhengig av hva tilsvarende ord og uttrykk skal bety i andre tekster særlig traktater [...]».⁴¹

En del av Grunnlovens rettighetsbestemmelser er bygget på Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og må etter norsk høyesterettspraksis tolkes med *utgangspunkt* i EMK. I Holship-saken fra 2016 behandlet Høyesterett i plenum spørsmålet om lovligheten av en boikott Norsk Transportarbeiderforbund hadde varslet av selskapet Holship Norge.⁴² Høyesterett vurderte hvorvidt boikotten kunne være beskyttet i Grl. § 101 første ledd om foreningsfrihet, og uttalte at bestemmelsen måtte tolkes «med utgangspunkt i» den tilsvarende bestemmelsen i EMK art. 11 om forsamlings- og foreningsfrihet.⁴³ Høyesterett bemerket at § 101 var blitt utformet med den tilsvarende retten etter EMK som forbilde.⁴⁴ Etter utgangspunktet slått fast i disse sakene kan ikke prinsippet om autonom tolkning hevdes generelt for Grunnlovens rettighetsbestemmelser.

Oppgaven gjelder derimot Grl. § 26 som ikke er en rettighetsbestemmelse, men en intern arbeidsordning mellom Stortinget og regjeringen. Det er imidlertid gode grunner for at også § 26 bør kunne trekke på folkerett og folkerettslig utvikling. Uttrykket «krig» i § 26 første ledd er et begrep som sikter til en folkerettslig tilstand, og den folkerettslige reguleringen av maktbruk og utviklingen av disse er derfor av relevans ved fortolkningen av begrepet. Folkerettslige utvikling gir i tillegg uttrykk for samfunnsmessig utvikling mer generelt. Begrepet «traktat» i § 26 andre ledd skal etter norsk statsrettslig lære bero på om Norge blir forpliktet folkerettslig. Derfor har beskrivelsen av folkerettslige avtaler i Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969 samt folkerettslig praksis og teori om definisjonen av traktatbegrepet relevans ved tolkningen av Grl. § 26.

2 Forholdet mellom Grl. §§ 25 og 26

2.1 Innledende om kommandomyndighet og krigsrett

Retten til å erklære krig etter § 26 henger nært sammen med at Kongen (Regjeringen) er øverste leder av og har befalingsmyndighet over Forsvaret, jf. § 25. For en fullgod vurdering av Kongens (Regjeringens) utenriks- og forsvarsmakt må forholdet mellom Grl. § 25 og § 26 avklares. Grunnloven § 25 lyder som følger:

⁴⁰ jfr. Grl. §§ 96 og 113. Se Eckhoff (2001) s. 318, Smith (2015) s. 156.

⁴¹ Smith (2017) s. 142.

⁴² HR-2016-2554-P.

⁴³ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 11, jfr. menneskerettsloven 1999 §§ 2 og 3.

⁴⁴ HR-2016-2554-P se avsnitt 81.

«Kongen har høyeste befaling over rikets land- og sjømakt. Den må ikke forøkes eller forminskes uten Stortingets samtykke. Den må ikke overlates i fremmede makters tjeneste, og ingen fremmede makters krigsfolk, unntatt hjelpetropper imot fiendtlig overfall, må gis adgang til riket uten Stortingets samtykke.

Landvernet og de øvrige tropper som ikke kan henregnes til linjetroppene, må aldri uten Stortingets samtykke brukes utenfor rikets grenser.»

Grl. § 25 regulerer viktige spørsmål om forsvarsmakten. Fra 1814 og frem til 1917 var det krav om Stortingets samtykke ved beslutning om angrepskrig i § 25, men dette ble fjernet i 1917 da uttrykket «forsvar» ble satt inn i § 26 første ledd.⁴⁵ Innføringen av uttrykket forsvar behandles i kapittel 4. I dette kapitlet er det sentralt å få frem at selve beslutningen om å delta i krig har utgangspunkt i § 26, og at eventuelle militæroperasjoner norske styrker skal delta i, må vurderes opp mot grensene i denne bestemmelsen.

2.2 Debatten om krigsdeltakelse – Grl. § 26 er fraværende

Regjeringens beslutninger om deltagelse i krig og konflikt utenfor Norge har vært diskutert i Stortinget og i offentligheten. Diskusjonene har fokusert på Grl. § 25, og det er denne bestemmelsen som har blitt drøftet utførlig.⁴⁶ Et eksempel på dette er grunnlovsdebatten i forbindelse med det norske militærbidraget til Afghanistan i 2001.⁴⁷ Spørsmålet om Norge skulle sende militære styrker ble debattert i Stortinget. Regjeringens prerogativ på utenriksfeltet ble diskutert. Representanter fra SV og FrP mente at Stortinget positivt måtte gi sitt samtykke *før* regjeringen kunne sende norske tropper avgårde.⁴⁸ Det var ikke flertall for dette synet i Stortinget, og det ble derfor ikke fattet noe positivt vedtak. Debatten gjaldt Grunnloven § 25. Eventuelle rettslige skranker i § 26 ble ikke nærmere vurdert.⁴⁹

Samme tendens fremgår av bakgrunnen for et grunnlovsforslag fra 2011 knyttet til eventuell norsk krigsdeltakelse utenfor Norge.⁵⁰ Forslagsstillerne ville innføre som vilkår i § 25 at regjeringen måtte innhente Stortingets uttrykkelige samtykke for å kunne sende norske styrker

⁴⁵ Indst. S. LI (1917).

⁴⁶ S.tid nr. 146 (2001) s. 603 følgende, se notat rettsavdelingen Utenriksdepartementet 27. november 2001, notat konstitusjonell avdeling Stortinget 4. desember 2001.

⁴⁷ S.tid nr. 146 (2001) s. 603 følgende.

⁴⁸ Medlemmene fra SV og FrP i den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen krevet saken behandlet i Stortinget. Etter forretningsordenen § 16(8) skal dette skje når minst seks komited medlemmer krever det. Det ble derfor den 5. desember holdt et åpent møte, og en redegjørelse i Stortinget om saken.

⁴⁹ SV fremmet forslag ikke om å sende militære styrker til Afghanistan under amerikansk kommando. Dette ble nedstemt med 96 mot 15 stemmer.

⁵⁰ Dokument 12:3 (2011–2012).

til kriger utenlands.⁵¹ Formålet var blant annet å få bukt med det forslagsstillerne omtalte som regjeringens problematiske og hemmelige «praksis» som var «etablert» med referanse i Grl. §§ 25 og 26. Som bakgrunn for praksisen viser forslagsstillerne til to ikke helt nye notater, fra Utenriksdepartementets rettsavdeling og konstitusjonell avdeling på Stortinget om Grl. § 25 og dens grenser for deltagelse i koalisjonsoperasjoner.⁵²

Det sentrale er at både notatene og bakgrunnen for grunnlovsforslaget utelukkende gjør nærmere rede for grensene knyttet til *kommandomyndigheten* i Grl. § 25. Det er usikkert om de rettslige skrankene i § 26 er drøftet når det gjelder norsk deltagelse i krig og konflikt i utlandet. Statlige myndighetsorganer ser ut til å bygge på at det er Grl. § 25, og ikke § 26, som er vurderingstema i spørsmål om krigsdeltakelse.⁵³ Dette til tross for at ordlyden legger retten til å erklære krig til Kongen i § 26. Det kan synes å herske noen grad av rettslig forvirring med hensyn til kommandomyndigheten i § 25 og krigsretten i § 26. Det er dermed viktig å se nærmere på hvilke spørsmål som reguleres i § 25 slik at forholdet mellom §§ 25 og 26 tydeliggjøres.

2.3 Nærmere om Grl. § 25

Grl. § 25 regulerer Kongens militære kommandomyndighet, og defineres gjerne «som befalingsmyndighet til å gjennomføre militære vedtak og ordre».⁵⁴ Kommandomyndighet og befalingsmyndighet ser ut til å benyttes som synonymer i litteraturen om § 25. Av Grl. § 25 følger det ett absolutt forbud som skranke for statsmaktene. I tillegg oppstilles tre forbud for den utøvende makt, men hvor gjennomføring likevel kan skje med Stortingets samtykke. I disse tre situasjonene kreves det derfor at både regjeringen og Stortinget er innstilt på å gjennomføre beslutningen.

For det første kan ikke forsvarsmakten forøkes eller forminskes uten Stortingets samtykke. For det andre kan ikke «fremmede makters krigsfolk» slippe inn i Norge uten Stortingets samtykke. Dersom «fremmede makters krigsfolk» skal hjelpe til ved fiendtlig angrep mot Norge kan de likevel slippe inn uten Stortingets samtykke. Disse forbudene drøftes sjelden i forbindelse med deltagelse i krig og konflikt og er derfor ikke relevante her.

For det tredje kan ikke norske tropper legges inn under «fremmede makters tjeneste», jf. § 25 første ledd. Dette vil si at norske militærstyrker ikke kan legges inn under et annet lands

⁵¹ Utenfor forsvar av Norge.

⁵² Notat rettsavdelingen Utenriksdepartementet 27. november 2001, notat konstitusjonell avdeling Stortinget 4. desember 2001.

⁵³ Mailutveksling rettsavdelingen, Utenriksdepartementet, 11. oktober 2017.

⁵⁴ Sitat hentet fra Andenæs (2017) s. 392-393, ellers omtalt i Smith (2015) s. 263, Castberg (1947) s. 187.

kommando.⁵⁵ Forbudet har vært i Grl. § 25 siden vedtagelsen 17. mai 1814. Formålet var å forby bortleie av tropper mot økonomisk vederlag, noe som ikke var uvanlig da Grunnloven kom til.⁵⁶

Forbudet mot å overlate forsvarsmakten i fremmede makters tjeneste er absolutt. Selv ikke med Stortingets samtykke kan det norske forsvaret overlates til en annen stat, uten grunnlovs-
endring.⁵⁷ Det er likevel antatt at norske tropper kan stilles under felleskommando i koali-
sjonsoperasjoner gjennom FN eller NATO.⁵⁸ Konstitusjonelle spørsmål om dette ble grundig
drøftet da NATOs kommandosystem ble vedtatt.⁵⁹ Forbudet er altså fortolket innskrenkende.

Hvorvidt det foreligger en felleskommando eller om norske styrker reelt er stilt under frem-
med makts myndighet kan være tvilsomt når *ett* annet land alene har kommandomyndighet
over norske styrker.⁶⁰ I følge Smith er spørsmålet vanskelig og fortjener debatt.⁶¹ Her holder
det å påpeke at kommandoen over styrkene skiller seg fra spørsmålet om beslutningen om
deltakelse i krig kan skje uten Stortingets samtykke. Kongens (Regjeringens) overordnede
beslutning om faktisk å delta i krig reguleres av § 26, derfor må også disse begrensningene
vurderes.

For det fjerde kan landvernet, og andre tropper som ikke er linjetropper, kun brukes utenfor
Norge ved Stortingets samtykke, jf. § 25 andre ledd. Uten Stortingets samtykke kan dermed
kun de såkalte linjetroppene brukes utenlands. Bestemmelsen var ikke del av 17. mai-
Grunnloven 1814, men kom inn i senere samme år i Novembergrunnloven som følge av unio-
nen med Sverige.⁶² Formålet var å forhindre at Forsvaret ble brukt til unionelle interesser slik
at Norge risikerte å bli stående med et svakt landvern.⁶³ Regelen ble stående også etter
unionsoppløsningen.

Begrepene landvern og linjetropper i Grl. § 25 viser imidlertid til Hærens inndeling i 1814.⁶⁴
Ifølge forarbeidene til forsvarsloven av 2016 er denne inndelingen foreldet, og dagens Forsvar

⁵⁵ Andenæs (2017) s. 393.

⁵⁶ Se Grl. av 17 mai 1814 § 25, Castberg (1964) s.146-147, Andenæs (2017) s. 392.

⁵⁷ Andenæs (2017) s. 392-393.

⁵⁸ Andenæs (2017) s. 393, Smith(2017) s. 238.

⁵⁹ Andenæs (2017) s. 393 og St.meld. 80 (1951) og Innst. s. nr. 40 (1951).

⁶⁰ Smith(2017) s. 238.

⁶¹ Smith(2017) s. 238.

⁶² Jf. Grl. 17. mai 1814 § 25 og Grl. 4. november 1814 § 25.

⁶³ Andenæs (2017) s. 393, Castberg (1947) del 2 s. 191.

⁶⁴ Castberg (1947) del 2 s. 191.

bruker en annen inndeling.⁶⁵ Dette reiser spørsmål om hvilken betydning Hærens inndeling får for Grl. § 25. Det rettslige utgangspunktet i litteraturen er at regjeringen og Stortinget kan endre Hærens organisasjon etter dagens behov, så lenge grunnhensynene i § 25 ivaretas samt at deltakelse i militæroperasjoner i utlandet sees i lys av «et bredere internasjonalt perspektiv enn før».⁶⁶ Det kan imidlertid spørres om det i lovs form kan bestemmes en organisering der forsvarets *hoveddel* skal brukes utenfor Norges grenser. Spørsmålet vil være hvor grensen går opp mot grunnprinsippene i Grl. § 25, som ikke kan endres i lov form.⁶⁷ Den nærmere grensen for grunnprinsippene i § 25 skal ikke omtales nærmere her, ettersom § 26 er tema. I denne sammenhengen må det slås fast at uansett hvilken inndeling regjeringen og Stortinget beslutter, kan ikke militærtroppene anvendes i krig utenfor Norge i strid med § 26.

2.4 Grl. § 26 skal vurderes her

Reguleringen av kommandomyndighet og landvern i § 25 har vært jevnlig diskutert i forbindelse med deltakelse i krig og væpnet konflikt utenlands.⁶⁸ At regjeringen har kommandomyndighet over det norske forsvaret, innebærer ikke at forsvaret kan befales til å delta i krig eller væpnet konflikt utenfor de rettslige skrankene i § 26. Grl. § 26 må omtales og vurderes i det enkelte tilfellet. Det er kun det avgrensede spørsmålet om å sette norske styrker under felles kommandomyndighet som kan løses på grunnlag § 25.⁶⁹ Det er ikke funnet dokumentasjon på at myndighetene har foretatt nærmere beskrivelser av grensene i § 26. Fokus har misvisende vært rettet mot § 25.

Spørsmålet om regjeringen kan treffe beslutning om norsk deltakelse i militæroperasjoner uten Stortingets samtykke kan på langt nær besvares på grunnlag av § 25 alene. Som det vil fremgå videre i avhandlingen er § 26 utgangspunktet for retten til å beslutte deltagelse i krig og krigslignende konflikter. Hvor bredt anvendelsesområdet er for § 26, og i hvilken grad bestemmelsen begrenser regjeringens kompetanse til å beslutte deltakelse i krig og væpnet konflikt, skal derfor utforskes i det følgende.

⁶⁵ Se forarbeidene til forsvarsloven prop. 102 L (2015-2016) s. 32.

⁶⁶ Sitat fra Andenæs (2017) s. 393, tilsvarende er også diskusjonen hos Castberg (1947) del 2 s. 191.

⁶⁷ Castberg (1947) del 2 s. 191 mener man ikke kunne være forpliktet til å opprettholde den samme hærordningen fra 1814 i senere tid, men gir ikke et presist svar på hvor grensen for omorganisering kan gå.

⁶⁸ S.tid nr. 146 (2001) s. 603 følgende, notat rettsavdelingen Utenriksdepartementet 27. november 2001, notat konstitusjonell avdeling Stortinget 4. desember 2001.

⁶⁹ Eksempelvis notat fra Utenriksdepartementets rettsavdeling 27. november 2001, samt notat fra Stortingets konstitusjonelle avdeling 4. desember 2001.

3 Krigsbegrepet i Grl. § 26

3.1 Nærmere om uttrykket «krig»

I dette kapittelet drøftes uttrykket «krig» og hvorvidt norsk militærdeltagelse i væpnet konflikt kan regnes for å være omfattet av krigsbegrepet i § 26 første ledd. Det følger av bestemmelsens ordlyd at Kongen (Regjeringen) kan begynne «krig» til «forsvar av landet». I uttrykket «forsvar» kan det ligge en begrensning på hvilke kriger eller konflikter militærmakt kan anvendes, men begrensningen gjelder etter ordlyden bare der det er aktuelt «å begynne krig». Dersom bistand til en væpnet konflikt ikke regnes som krig, trenger heller ikke formålet å være forsvar av Norge. Krigsbegrepet og hvordan dette avgrenses blir derfor avgjørende for bestemmelsens anvendelsesområde.

Ordet «krig» har ikke én enkelt definisjon, men er gjennom historien og i forskjellige samfunn beskrevet på ulike måter.⁷⁰ Fagdisipliner anvender ulike metoder for å definere og analysere krigsbegrepet. Eksempelvis bruker fredsforskere og samfunnsvitere en samfunnsvitenskapelig definisjon med vekt på krigshandlinger og antall døde for å klassifisere en krigssituasjon.⁷¹ Disse definisjonene overlapper bare delvis med den juridiske definisjonen av krig. Et brudd på Grunnloven § 26 utgjør brudd på en konstitusjonell plikt som kan føre til riksrettsansvar for medlemmer av statsrådet, jfr. Grl. § 86. Det er altså den juridiske definisjonen av krig som skal vurderes i det følgende.

Ordlyden i § 26 første ledd omtaler krig generelt. Den har ikke spesifisert krigsbegrepet eller definert hvilke krigshandlinger eller faktiske situasjoner som omfattes. Det er uklart om bestemmelsen kun sikter til statskriger eller hvorvidt eksempelvis borgerkriger er inkludert. Dette siste vil være et klassisk eksempel på en intern væpnet konflikt.

Krigsbegrepets innhold ser heller ikke ut til å være kommentert i eidsvollsmennenes dagbøker fra Grunnlovens tilblivelse.⁷² Temaet i diskusjonen om krigsretten på Eidsvoll i 1814 var hvorvidt krigsretten skulle ligge til Kongen alene, eller om en eventuell krigserklæring skulle være begrenset ved krav om samtykke fra statsrådet eller Stortinget.⁷³ Det nærmere innholdet i krigsretten er derimot ikke kommentert. For å forstå innholdet i det opprinnelige krigsbegrepet må man derfor begynne med å se på hva som var den vanlige tolkningen av krigsbegrepet i Europa på den tiden Grunnloven ble skrevet.

⁷⁰ Neff (2005) s. 14-15, Ruud (1980) s. 14-15.

⁷¹ Østerud (2009) s. 8-9, Frostad (2010) s. 346.

⁷² Ordlyd, debatter og litteraturen om krigsbegrepet undersøkt i denne oppgaven har ikke pekt på en skriftlig definisjon, ei heller i dagbøkene om § 26 som fremheves i Fure (2013) s. 164-166.

⁷³ Jf. nedenfor om kongens ubegrensede krigsrett.

3.2 Det tradisjonelle krigsbegrepet

3.2.1 Væpnet kamp mellom stater

Etter at det hadde vokst frem sterke nasjonalstater på 1700-tallet, og suverenitetsprinsippet ble ytterligere styrket utover 1700- og 1800-tallet, var hovedsynet på den tiden at stater hadde en ubetinget rett til å gå til krig som del av sin suverenitet.⁷⁴ En stat som erobret en annen stat fikk eierskap til den.⁷⁵ Frostad påpeker at krigsbegrepet må sees i sammenheng med dannelsen av stater i Europa, fordi krigsbegrepets hovedfunksjon på den tiden var å skille mellom den lovlige offentlige krig, og de ulovlige private feidene.⁷⁶ Krigsbegrepet ble derfor definert med utgangspunkt i en tilstand mellom stater. Både Holmøyvik og Skodvin legger til grunn at krigsbegrepet i Grunnloven var koblet til det tradisjonelle krigsbegrepet, en formelt erkjent krigstilstand mellom to eller flere stater.⁷⁷ Akkurat hvilke minstekrav som utgjorde krig i 1814 er ikke sikkert, men antagelig var den rådende oppfatningen at krig involverte voldelig kamp mellom to eller flere stater.

3.2.2 Regler om krig utvikles

Etter Haag-konvensjon III om krigens regler fra 1907 måtte åpning av fiendtligheter eksplisitt varsles ved krigserklæring eller ved ultimatum med betinget krigserklæring.⁷⁸ Stater har tidvis ønsket unngå å erklære krig, eksempelvis for å unngå enkelte regler som gjelder i krig eller simpelthen for å kunne overraske motparten.⁷⁹ Fleischer peker på at bestemmelsen i stor grad har vært overtrådt, eksempelvis ved Tysklands angrep på Norge i 1940.⁸⁰

Det første mer generelle multilaterale forbudet mot krig kom i Briand-Kellogg-pakten 1928 og forpliktet statene til å: «condemn recourse to war for the solution of international controversies, and [to] renounce it as an instrument of national policy in their relations with one another».⁸¹ Krigsbegrepets innhold har imidlertid ikke blitt innholdsmessig definert i en multilateral traktat, og begrepet er til stadighet gjenstand for juridiske og politiske diskusjoner.⁸²

3.2.3 Det tradisjonelle krigsbegrepet defineres

Den definisjonen av «krig» som fremgår av Oppenheims/Lauterpachts verk om internasjonal rett anvendes ofte som et utgangspunkt for å forklare eller diskutere det tradisjonelle folke-

⁷⁴ Ulfstein (2011) s. 192, Frostad (2010) s. 346.

⁷⁵ Brownlie (2012) s. 744.

⁷⁶ Frostad (2011) s. 46.

⁷⁷ Holmøyvik (2012) s. 186-187, Skodvin (2018).

⁷⁸ Haag-konvensjon (III) om åpning av fiendtligheter 1907, Freedman (2012) s. 19.

⁷⁹ Freedman (2012) s. 19, Fleischer (2005) s. 231.

⁸⁰ Fleischer (2005) s. 231.

⁸¹ Briand-Kellogg-fredspakt artikkel 1, jf. Brownlie (2012) s. 745, Ulfstein (2011) s. 192.

⁸² Juridiske diskusjoner i bla. Dinstein (2011) s. 4, Freedman (2012) s. 19, Frostad (2010) s. 345, Ruud (1980) s. 15-17. Den politiske diskusjonen om begrepet kommenteres nedenfor.

rettslige krigsbegrepet.⁸³ Krig defineres der som «the contention between two or more States through their armed forces, for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions for peace as the victor pleases». «Contention» presiseres som «a violent struggle through the application of armed force».

Definisjonen inneholder fire sentrale hovedelementer. Krig må skje ved voldelig kamp av en viss styrke, det må foreligge en krigshensikt om å overvinne motparten, og det er sentralt at krigen skjer mellom to eller flere stater. Det påpekes også at ensidige handlinger rettet mot en stat uten forutgående krigserklæring ikke er krig i seg selv, med mindre disse besvares ved handlinger fra den andre siden, eller ved en erklæring om at den andre siden anser handlingene som en krigshandling.⁸⁴

Det nærmere innholdet i det folkerettslige krigsbegrepet, samt Oppenheims/Lauterpachts utgangspunkt, diskuteres løpende i juridisk litteratur. Både Dinstein, Fleischer og Ruud tar i likhet med Oppenheim/Lauterpacht utgangspunkt i at en krig er en tilstand mellom stater. Folkeretten ble utviklet som regler *mellom* stater, og Ruud peker på dette som begrunnelse for at krigsbegrepet bare omfatter mellomstatlige konflikter, ikke interne.⁸⁵ Når det gjelder voldens intensitet, er det ikke klart hvor grensen for voldens intensitet bør gå i det enkelte tilfellet, men «a violent struggle» tilsier at det benyttes væpnede styrker i voldelig kamp.⁸⁶

Ved uklarhet om det foreligger krig mener Fleischer man kan støtte seg på *partenes egen oppfatning* av situasjonen.⁸⁷ Hos Oppenheim/Lauterpacht nevnes *krigshensikt*, som må omfatte omtrent det samme. Hvilken betydning partenes oppfatning av handlingene eller partenes krigshensikt skal ha har imidlertid vært noe omdiskutert. Ruud mener formålet med krigføring ikke bør få for stor betydning.⁸⁸ Dette fordi reelle bakenforliggende formål kan være vanskelig å påvise.⁸⁹ Partenes formål og hensikt med krigshandlinger ser altså ut til å ha vært av større betydning tidligere enn det er i dag.⁹⁰

⁸³ Oppenheim (1952) s. 202, Dinstein (2011) s. 4, Freedman (2012) s. 19, Frostad (2010) s. 347.

⁸⁴ Oppenheim (1952) s. 203.

⁸⁵ Ruud (1980) s. 16.

⁸⁶ Fleischer (2005) s. 231 uttaler at dersom «to avdelinger i et omstridt grenseområde har støtt sammen, vil man gjerne ikke omtale [dette] som krig», i samme retning Ulfstein/ Ruud (2011) s. 251.

⁸⁷ Fleischer (2005) s. 231.

⁸⁸ Ruud (1980) s. 16-17, Ulfstein og Ruud (2011) s. 251.

⁸⁹ Ruud (1980) s. 16-17, og opprettholdt i Ulfstein og Ruud (2011) s. 251, som påpeker at krigshensikt kan få betydning, men ikke være det avgjørende for om krig foreligger.

⁹⁰ Freedman (2012) s. 20 mener senere definisjoner tendert mot å gå bort fra dette. Ulfstein/ Ruud (2011) s. 251 at dette ikke kan være det eneste avgjørende.

Dette viser at definisjonene ikke nødvendigvis gir et entydig svar på spørsmålet om kriger foreligger, ettersom det tidvis er uenigheter om hvordan vurderingen skal gjennomføres. Gjennomgåelsen viser som et minste utgangspunkt at den tradisjonelle definisjonen hos Oppenheim/Lauterpacht utelukker flere former for væpnet konflikt fra betegnelsen krig. Væpnede angrep av mindre intensitet, interne konflikter som borgerkriger eller kamper mellom væpnede grupper, omfattes ikke av dette krigsbegrepet.⁹¹

Spørsmålet er om krig i § 26 må forstås med samme begrensede anvendelsesområde som det tradisjonelle folkerettslige krigsbegrepet til Oppenheim/Lauterpacht, og hvordan dette relaterer seg til militæroperasjonene i Libya 2011 og i Irak fra 2015.

3.3 Formålet – Grl. § 26 første ledd

3.3.1 Bakgrunnen for Kongens ubegrensede krigsrett

Eidsvollsmennenes formål ved tilblivelsen av § 26, endringen i Novembergrunnloven samt den senere endringen av § 26 i 1917, kan i noen grad bidra til å kaste lys over forståelsen av krigsbegrepet i dag. Allerede da den grunnlovgivende forsamlingen, Riksforsamlingen, samlet seg på Eidsvoll i 1814 ble det diskutert hvordan retten til å erklære krig skulle utformes.⁹² Riksforsamlingens konstitusjonskomité hadde utarbeidet et endelig utkast til Grunnlov som ble diskutert i plenum.⁹³ Komiteen hadde foreslått en ubegrenset krigsrett og ville gi en stor militær myndighet til Kongen.⁹⁴

I 1814 var nettopp det rettslige utgangspunktet i flere av datidens monarkier at retten til å erklære krig ble lagt til øverste statsleder.⁹⁵ Flere medlemmer av Riksforsamlingen på Eidsvoll, samt grunnlovsutkastene som var vurdert, ser ut til å ha bygget på svært «kongevennlige» fremstillinger av den engelske forfatningen, ifølge Holmøyvik.⁹⁶ Tanken var at myndighet som ikke hørte direkte under den dømmende eller lovgivende makt ble plassert hos den utøvende makten.⁹⁷ Det ble uttrykkelig vist til England i debatten i Riksforsamlingen, der eidsvollsmennene Christian Diriks og Herman Wedel Jarlsberg påpekte at det frie engelske folk hadde gitt sin konge en ubetinget rett til å erklære krig.⁹⁸

⁹¹ Holmøyvik (2012) s. 186, Frostad mener Oppenheims krigsbegrep fortsatt er retningsgivende for dagens diskusjoner om det folkerettslige krigsbegrepet, så lenge begrepet tillater at de krigførende har begrensede målsettinger, og situasjoner der kamphandlinger enda ikke har funnet sted jf. Frostad (2011) s. 45.

⁹² Fure (2013) s. 164, Holmøyvik (2012) s. 466.

⁹³ Riksforsamlingens forhandlinger 1814 bind 1.

⁹⁴ Riksforsamlingens forhandlinger 1814 bind 1 s. 443§ 33 i forslaget gjaldt Kongens krigsrett.

⁹⁵ Castberg (1947) 151, Castberg viser at bestemmelsen har sin historiske kilde i kongeloven av 1665 artikkel 5.

⁹⁶ Holmøyvik (2012) s. 215-216 og s. 466 nevner fremstillingene til Lolme og Blackstone som inspirasjon.

⁹⁷ Holmøyvik (2012) s. 466.

⁹⁸ Fure (2013) s. 166.

Forslaget om at krigsretten skulle ligge ubegrenset til Kongen var imidlertid omdiskutert på Eidsvoll. Hele 8 av 16 grunnlovskomiteer hadde vurdert inneholdt et forbud mot angrepskrig.⁹⁹ Eksempelvis foreslo Major Valentin Sibbern at dersom statsrådet enstemmig gikk imot Kongens ønske om å erklære krig, skulle Kongen bare få erklære krig dersom Stortinget samtykket til det.¹⁰⁰ Dette var begrunnet i faren for misbruk av krigsretten - om Norge i fremtiden ville få en uansvarlig og herskesyk regent.¹⁰¹

Et hensyn som særlig ble trukket frem mot Sibberns argumentasjon var at det kunne være upraktisk og direkte skadelig dersom den tallrike lovgivende forsamling skulle blande seg inn i spørsmål om å begynne krig.¹⁰² Andre trakk frem at krigsretten uansett ville være begrenset av Stortingets bevilgningsmyndighet, men Sibbern mente at bevilgningsretten vil ha lite å si dersom en krig først var påbegynt. Etter debatten ble krigsretten i § 26 lagt udelt til Kongen, med 90 mot 14 stemmer.¹⁰³

3.3.2 Krigsretten begrenses

Allerede høsten 1814 ble det lagt til visse begrensninger på krigsretten i Grunnloven. Som følge av Kieltraktaten i 1814 ble Norge overgitt fra den danske til den svenske kongen, og tvunget inn i union med Sverige.¹⁰⁴ Norge fikk beholde 17. mai-Grunnloven og en høy grad av selvstendighet, men Sverige dominerte unionens utenrikspolitikk. Høsten samme år ble det derfor gjort flere viktige endringer i bestemmelsene om Kongens militære myndighet, gjennom Novembergrunnloven 1814.

Grunnloven § 26 om Kongens rett til å erklære krig ble stående, men det ble tilført et annet ledd som blant annet slo fast at Kongen måtte konferere med både det norske og det svenske statsråd før han tok sin beslutning.¹⁰⁵ Etter unionsoppløsningen i 1905 ble imidlertid denne bestemmelsen fjernet - fordi bestemmelsen ifølge konstitusjonskomiteen utelukkende hadde kommet inn som følge av unionen.¹⁰⁶

I Novembergrunnloven var det også lagt til en begrensning på krigsretten gjennom at norske tropper ikke kunne brukes til angrepskrig uten Stortingets samtykke, i et nytt § 25 tredje ledd,

⁹⁹ Holmøyvik (2012) s. 466, eksempelvis Nikolai Wergelands forslag med forbud mot angrepskrig i Riksforsamlingens forhandlinger 1814 bind 3 s. 273 § 58.

¹⁰⁰ Fure (2013) s. 166.

¹⁰¹ Fure (2013) s. 164-165, Eksempelvis fremgår det at Sibbern skrev i dagboken sin at ingen rett var farligere enn regentens ubetingede krigsrett, krigsretten var «en Sæbeboble, som, Regenten hvert Øieblik kan udblæse».

¹⁰² Holmøyvik (2012) s. 466.

¹⁰³ Holmøyvik (2012) s. 466.

¹⁰⁴ Se Kieltraktaten av 14. januar 1814.

¹⁰⁵ Grunnloven 4. november 1814 § 26.

¹⁰⁶ Se Grunnloven 18. november 1905 § 26, jf. Indst. S. nr. 28 (1905-1906) s.37-38.

som nevnt i punkt 2.1.¹⁰⁷ Denne regelen om hadde kommet inn i Novembergrunnloven, men ved unionsoppløsningen ble ikke bestemmelsen fjernet. Da bestemmelsen om konferering med statsrådet i § 26 ble opphevet etter unionsoppløsningen, ga ikke konstitusjonskomiteen noen merknader om samtykkeregelen i § 25.¹⁰⁸ Bestemmelsen om at Stortingets samtykke var påkrevet ved angrepskrig i § 25, ble derimot stående i Grunnloven frem til 1917.

I 1917 kom så en annen begrensning på krigsretten inn i stedet. Ordlyden om krig til «forsvar» av landet ble satt inn i § 26, og samtykkekravet ved angrepskrig i § 25 ble derfor fjernet.¹⁰⁹ At Kongen kan erklære krig til «forsvar» av Norge, er blitt stående frem til i dag, og det er altså det nærmere innholdet i denne begrensningen som undersøkes i kapittel 4. Her skal det kun påpekes at selve retten til å erklære krig har blitt mer begrenset enn den var tenkt opprinnelig våren 1814. Formålet med «krig» må derfor sees i lys av formålet med § 26 som helhet og de endringer som er gjennomført. Som det vil fremgå nedenfor i avsnitt 3.3.3, belyses uttrykket krig av enkelte uttalelser ved innføringen av «forsvar» i 1917.

3.3.3 Fra tradisjonell krig til våpenmakt mer generelt

Ved innføringen av ordlyden «forsvar» i 1917 innstilte konstitusjonskomiteen på at formålet med den nye ordlyden var å «gjøre selvforsvar med vaabenmagt til det eneste krigsbegrep, vor grundlov overhodet kjender og tar sigte paa».¹¹⁰ Innstillingen er tydelig preget av første verdenskrig som fortsatt var pågående, og ga uttrykk for at «folket er gjennomtrængt av avsky og rædsel for krig».¹¹¹ Det ble derfor uttalt at hensynet bak den nye ordlyden var å kun bidra til forsvarskrig, å forby angrepskrig. Ellers ble det uttrykt at Norge skulle bidra til fredelig tvisteløsning internasjonalt.¹¹²

Komiteen opererer ikke med et klart definert krigsbegrep. Det sentrale i denne sammenheng er at hensynet med § 26 skal forhindre våpenmakt utenfor selvforsvarstilfellene. Våpenmakt viser dermed til maktbruk mer generelt, og muligens frykt for at en situasjon utvider seg til en større konflikt, som kan føre til store kostnader og tap av menneskeliv. Etter dette var ikke formålet med Grl. § 26 å regulere de formelle krigserklæringer, men mer generelt «bruken av norske styrker til noko anna enn forsvar av landet», ifølge Holmøyvik.¹¹³

¹⁰⁷ Grunnloven 4. november 1814 § 25.

¹⁰⁸ Indst. S. nr. 28 (1905-1906).

¹⁰⁹ Indst. S. LI (1917) s. 7.

¹¹⁰ Indst. S LI (1917) s. 7.

¹¹¹ Indst. S LI (1917) s. 6.

¹¹² Indst. S LI (1917) s. 6.

¹¹³ Holmøyvik (2012) s. 188.

I forlengelsen av disse utgangspunktene, kan det reises spørsmål om reguleringen av § 26 kun omfatter «tradisjonell krig», i den forstand at det foreligger erklært krig mellom to eller flere stater. Innføringen av uttrykket krig til «forsvar» av landet, belyst ved uttalelsene i innstillingen, tilsier imidlertid at det er voldsbrukens skadeomfang mer generelt og om andre muligheter for konfliktløsning er forsøkt, som er avgjørende, og ikke de formelle kravene etter det tradisjonelle krigsbegrepet. Dersom «krig» i § 26 kun skal omfatte situasjoner som tilsvarer den eldre folkerettslige definisjonen av tradisjonell krig, vil § 26 kunne uthules i strid med sitt formål om å regulere og begrense beslutninger om våpenmakt. Dette tilsier at krigsbestemmelsen kommer til anvendelse ved flere former for væpnet konflikt enn det tradisjonelle krigsbegrepet tar høyde for.

I innstillingen til § 26 i 1917 da vilkåret om «forsvar av landet» ble tilført ble det uttalt at det var viktig at krigsbestemmelsene i Grunnloven ikke ble antikverte og stående igjen som ærverdige minner om eldre tider, men at «de i stedet søker omredigert og omskiftet i overensstemmelse med nyere tiders bevissthet, behov og krav».¹¹⁴ Nå har ikke bestemmelsen blitt aktivt fornyet ved grunnlovsendring. For å finne frem til dagens krigsbegrep må Grunnlovens ordlyd og formålet sees i lys av samfunnsmessig og folkerettslig utvikling.

3.4 Utvikling i folkerettslige regler om maktbruk

3.4.1 Fra krigsforbud til maktforbud

FN-pakten gjelder lovligheten av maktbruk (jus ad bellum).¹¹⁵ Maktforbudet i FN-pakten artikkel 2(4) innebærer at FNs medlemmer skal avholde seg fra «threat or use of force» mot noen stats territoriale integritet eller politiske uavhengighet eller på noen annen måte som er i strid med FNs formål. Forbudet er omtalt som en hjørnestein i FN-pakten og gjelder som internasjonal sedvanerett.¹¹⁶

Ordlyden i maktforbudet «use of force» tillater at forbudet kommer til anvendelse i situasjoner uavhengig av om kamphandlinger har mindre intensitet eller det mellomstatlige elementet er svakere.¹¹⁷ Maktforbudet innebærer altså et videre forbud enn det tidligere forbudet mot krig i Briand-Kellogg-pakten fra 1928, se punkt 3.2.2 ovenfor. Maktforbudet i FN-pakten samsvarer med at internasjonal maktbruk forekommer i andre former og situasjoner som ikke nødvendigvis passer til det eldre tradisjonelle krigsbegrepet. Et hensyn bak utbyggingen av

¹¹⁴ Indst. S LI (1917) s. 6.

¹¹⁵ Latin og betyr «rett til krig».

¹¹⁶ Brownlie (2012) s. 746.

¹¹⁷ Brownlie (2012) s. 747-748.

krigsbegrepet har ifølge Ruud nettopp vært å unngå usikkerhet om det uklare vilkåret «krig» var oppfylt, eller ikke.¹¹⁸

Bruk av makt etter artikkel 2(4) er kun tillatt i samsvar med FN-paktens unntak. For det første har statene rett til individuelt eller kollektivt forsvar etter artikkel 51, der dette er nødvendig og proporsjonalt.¹¹⁹ For det andre kan FNs Sikkerhetsråd vedta tiltak for å opprettholde eller gjenopprette internasjonal fred etter FN-pakten kapittel 7, som følge av trussel mot freden, fredsbrudd eller angrepshandling.¹²⁰ Mener Sikkerhetsrådet at en situasjon krever væpnet makt kan det treffe nødvendige tiltak etter artikkel 42 om stridskrefter i luften, til lands og til sjøs for å gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet. Libya-saken er et eksempel på hvordan det ble prøvd med handelsrestriksjoner, frysning av kontomidler og våpenembargo, før Sikkerhetsrådet deretter vurderte det som nødvendig å autorisere bruk av makt.¹²¹

Humanitærretten regulerer parters opptreden i en pågående krigssituasjon (*jus in bello*).¹²² Den får anvendelse uansett om maktbruk er lovlig eller ulovlig fordi dens hovedformål er å bistå krigens ofre og minimere lidelse i en krigssituasjon.¹²³ Humanitærretten fremkommer av de fire Genèvekonvensjonene av 1949, deres tre tilleggsprotokoller samt praksis fra internasjonale domstoler og tribunaler.¹²⁴

Humanitærrettens anvendelsesområde beror på om det foreligger erklært krig eller væpnet konflikt.¹²⁵ Væpnede konflikter i humanitærretten kategoriseres som enten internasjonale konflikter eller ikke-internasjonale konflikter. Konfliktenes kategoriseres i tre hovedtyper, hvor det stilles ulike krav til kamphandlingenes intensitet, og til konfliktpartene for at humanitærrettens regelsett skal komme til anvendelse. Å legge inn væpnet konflikt i regelverket innebærer at grensen rundt krigsbegrepet ikke er avgjørende for at humanitærretten kommer til anvendelse.¹²⁶ Denne delen av krigens folkerett kan her beskrives som synonymt med de væpnede konflikters folkerett.¹²⁷

¹¹⁸ Ruud (1980) s. 18.

¹¹⁹ Brownlie (2012) s. 748.

¹²⁰ FN-pakten art. 39.

¹²¹ Se punkt 1.2 om Libya-saken, samt Ulfstein (2011) s. 216.

¹²² Latin og betyr «rett i krig».

¹²³ ICRC-booklet (2015).

¹²⁴ Genèvekonvensjonene nr. 1-4 av 1949. En stor del av reglene gjelder imidlertid som internasjonal sedvanerett, som også er bakgrunnen for utarbeidelsen av Genèvekonvensjonene.

¹²⁵ Se nærmere omtale nedenfor i punkt 3.8 nedenfor.

¹²⁶ Ulfstein (2011) s. 252.

¹²⁷ Forklaringen er lånt fra Dahl (2008) s. 41.

De humanitærrettslige reglene for ikke-internasjonale konflikter etter Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll II av 1977, hadde blant annet sin bakgrunn i at 80 % av alle ofre i væpnet konflikt siden 1945, på det tidspunktet var ofre som følge av ikke-internasjonale konflikter.¹²⁸ I tillegg ble ikke-internasjonale konflikter utkjempet på mer grusomt vis enn de internasjonale konfliktene.¹²⁹ Tilleggsprotokoll II av 1977 omtales nærmere nedenfor i punkt 3.8. Det sentrale her er å vise at behovet for en annen maktbruk har ført til en annen regulering av maktbruk, krig og væpnet konflikt internasjonalt.

3.4.2 Er det tradisjonelle krigsbegrepet utdatert?

Som punktet over i 3.4.1 viser, er den type væpnede konfliktsituasjoner der det er aktuelt for Norge å bruke militærmakt annerledes enn det var forespeilet i 1814 da krigsbegrepet ble innført. Dette underbygger utviklingen som begynte allerede med innføringen av forsvarskriteriet i 1917. Statenes maktbruk og de ulike konflikttypene har per i dag gitt utslag i internasjonale regelsett som FN-pakten og humanitærretten. Disse har tatt høyde for at statenes maktbruk som ikke passer i den eldre tradisjonelle krigsdefinisjonen må reguleres gjennom et bredere maktforbud og begrepet «væpnet konflikt».

Nye behov og folkerettslig regulering av maktbruk og konfliktsituasjoner trekker i retning av at det gamle krigsbegrepet ikke brukes som før eller passer til dagens forståelse av militær maktbruk. Dersom ordet «krig» tolkes etter de kravene som gjaldt det eldre tradisjonelle krigsbegrepet, slik dette er beskrevet av Oppenheim/Lauterpacht,¹³⁰ kan Grunnloven risikere å stivne og bli værende i de eldre tider. Forsvarsalliansen NATO og nært forsvarssamarbeid med militære stormakter gjør det mer aktuelt for Norge og andre mindre allierte stater å bidra i omfattende militæroperasjoner tidvis med langtidsperspektiv - som eksempelvis Norge ikke ville igangsatt alene. Denne utviklingen er i seg selv et argument som påvirker forståelsen av krigsbegrepet i Grunnloven § 26 første ledd.

3.5 Krigsbegrepet i formell lov

3.5.1 Hvordan tolkes «krig» i formell lov?

Et moment ved tolkningen av Grunnloven er om det foreligger en omforent forståelse av uttrykket krig i formell lov. I en analyse av krigsbegrepet i norsk rett påpeker Frostad at krigsbegrepet brukes gjennomgående uten at det defineres i norsk rett.¹³¹ Frostad konkluderer med

¹²⁸ ICRC Commentary 1987 on Protocol II i introduksjon til Protocol II.

¹²⁹ ICRC Commentary 1987 on Protocol II i introduksjon til Protocol II.

¹³⁰ Se Oppenheim (1952) s. 202.

¹³¹ Frostad (2011) s. 51 nevner lov 12. desember 2003 nr. 115 om statlig varekrigsforsikring som anvender «krig» og «krigsfare» i § 1 og § 2 uten definisjon i loven eller i odelstingsproposisjonen, i tillegg nevnes forarbeidene til del 10 av straffeprosessloven, ved å fastslå at «krigsbegrepet bør forstås på samme måte som etter den någjeldende militære rettergangslov § 3.

at vi så langt har akseptert et «flertydig» krigsbegrep.¹³² Han trekker frem Høyesterett tolkning av «krigstid» i Quisling-saken fra 1945, samt bestemmelser i straffeloven (strl.) av 2005, blant annet strl. § 119.

I det følgende vil det først sees på hvordan Høyesterett tolket «krigstid» i Quisling-saken fra 1945. Deretter gjøres det en nærmere vurdering av uttrykket krig i landsvikregelen i straffeloven 2005 § 119. I straffeloven brukes «krig» i forskjellige sammenhenger, særlig i forbindelse med kapittel 16 om folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelser, og kapittel 17 om vern av Norges selvstendighet og andre grunnleggende nasjonale interesser. Uttrykket «krig» brukt alene er kun å finne tre steder i loven, i § 111, § 119 og § 166. Krigsbegrepet er ikke definert generelt i loven eller i forarbeidene til straffeloven, men det kommenteres i forarbeidene til landssvikregelen § 119.

3.5.2 Høyesteretts vurdering av «krigstid» i Quisling-saken

I saken mot Vidkun Quisling, jf. Rt. 1945 s. 109, vurderte Høyesterett vilkåret «krigstid» i den militære straffelov 1902 § 3.¹³³ Del tre i den militære straffeloven kom etter § 3 til anvendelse i «krigstid». Spørsmålet var når det forelå krigstid, slik at krigsbestemmelsene fra del 3 kunne komme til anvendelse, blant annet bestemmelser om krigsforræderi, å utsette norsk krigsmakt for fare og å støtte fiendens anliggender i §§ 80-84.¹³⁴ Høyesterett slo fast at uttrykkene i loven ikke var bestemt av folkerettens regler for når krig inntreffer. Innholdet berodde på hva den norske lovgivningen, særlig den militære straffeloven, la i ordene «krig» og «krigstid».¹³⁵

Høyesterett sa seg enig med lagmannsretten, som hadde uttalt at krigstid tok til fra «det øyeblikk det faktisk åpnes kamphandlinger».¹³⁶ Lagmannsretten uttalte at meningen med krigsartiklene i den militære straffelov blant annet er «at ansvaret skal skjerpes under de vanskelige forhold som på mange måter oppstår straks de militære krigsoperasjoner begynner».¹³⁷ Derfor måtte faktiske forhold og ikke formelle betraktninger være avgjørende ved vurderingen av meningsinnholdet i «krigstid». Etter Høyesteretts mening inntrådte krigstid derfor natten mellom 8. og 9. april 1940 da Tyskland satte inn et bredt anlagt militært angrep mot Norge. Høyesterett bruker her bestemmelsens hensyn aktivt ved tolkningen av «krigstid», og påpeker

¹³² Frostad (2011) s. 63-64.

¹³³ Jf. Militær straffelov av 22. mai 1902 nr. 13.

¹³⁴ Bestemmelsene ble opphevet ved Lov om ikraftsetting av straffeloven EL 19.06.2015 nr. 65.

¹³⁵ Rt 1945 s. 109 s. 113.

¹³⁶ Rt 1945 s. 109 s. 113.

¹³⁷ Rt. 1945 s. 109 s. 113.

spesifikt at folkeretten ikke er til hinder for at krigstiden hadde inntruffet natten mellom 8. og 9. april.

3.5.3 Krigsbegrepet ved landssvik

3.5.3.1 Uttrykket «*krig*» i § 119

Etter § 119 første ledd straffes den som i eller ved fare for «*krig*, under okkupasjon eller en internasjonal væpnet konflikt på norsk territorium» yter bistand mot Norge eller skader den norske forsvarsevnen. I lovens forarbeider la departementet til grunn en snever og tradisjonell forståelse av «*krig*»:

«Alternativet «*krig*» viser til det folkerettslige begrepet «*krig*», som tradisjonelt omfatter perioden mellom en formell krigserklæring eller utbrudd av kamphandlinger som partene aksepterer som krig, og den formelle fredsslutningen.»¹³⁸

Ettersom «internasjonal væpnet konflikt» sto alternativt til krig var det ikke nødvendig trekke grensen mellom begrepene, og departementet unngikk dermed å diskutere den nærmere grensedragningen mellom begrepene krig og væpnet konflikt.¹³⁹ Departementets uttalelser viser at norsk rett preges av utviklingen i folkerettslige regler om maktbruk, jf. over i punkt 3.4. Den beste måten for å unngå uklarheter om hvilke konflikter krig omfatter, er å inkludere internasjonale væpnede konflikter:

«[ettersom] landssvikbestemmelsen likestiller krig og internasjonal væpnet konflikt, er det ikke nødvendig å avgjøre hvilke konflikter og kamphandlinger som regnes som "krig". Nettopp fordi begrepet "krig" til dels er knyttet til formelle kriterier, er det i folkeretten blitt mer vanlig å operere med "væpnet konflikt".»¹⁴⁰

3.5.3.2 *Fra et tradisjonelt til et funksjonelt krigsbegrep*

Straffelovkommisjonens delutredning forut for loven, VIII NOU 2003:18, Lund-utvalget, inneholdt derimot en nærmere drøftelse av uttrykket krig (i det som skulle bli § 119, daværende § 86 i lovforslaget).¹⁴¹ Utvalget påpekte som departementet at «*krig*» i strafferetten *tradisjonelt* har vært forstått med det samme innholdet som det folkerettslige krigsbegrepet, det vil si «tidsrommet mellom krigserklæringen eller krigsutbruddet og den formelle fredsslutning».¹⁴²

¹³⁸ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 305-306.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 306.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 306.

¹⁴¹ NOU 2003:18 s. 94-96.

¹⁴² NOU 2003:18 s. 94.

Her trekkes det imidlertid frem at det folkerettslige krigsbegrepet nettopp er omdiskutert på flere punkter. Eksempelvis ved at hvilken grad av vold som kreves eller hvilken vekt partenes «krigshensikt» skal tillegges.¹⁴³ Krigsbegrepet skal avgrenses fra væpnede aksjoner på lavere nivå, men når maktbruk overstiger terskelen for krig i folkerettslig forstand er ifølge utvalget *ikke* klart. Partenes mening om det faktisk foreligger krig kan ha betydning, men det er uenighet om hvilken vekt slike meninger skal tillegges.¹⁴⁴ Det folkerettslige krigsbegrepet må derfor også vurderes i lys av formålet med det regelsettet man anvender, og dermed samsvarer utvalgets syn på hvordan vurderingen skal gjøres med uttalelsene som vist til over fra Quisling-saken. Utvalget peker i tillegg på at krigsbegrepet har fått et mer *funksjonelt* innhold i folkeretten:

«Begrepet krig i folkeretten synes etter hvert å ha fått et mer funksjonelt preget innhold, slik at avgjørelsen må bero på en nærmere forståelse av i første rekke formålet med de regler det er tale om å anvende.»¹⁴⁵

3.5.3.3 *Er deltagelse i militæroperasjoner krig?*

Lund-utvalget kommenterte spesielt norsk deltagelse i militæroperasjoner. Spørsmålet var om militæroperasjoner kunne omfattes av krigsbegrepet i paragrafen om landssvik som følge av straffebudets beskyttelsesverdige interesser:

«I forhold til straffeloven § 86 må det avgjørende være om det, ut fra de interesser straffebudet skal beskytte, har foreligget en situasjon som naturlig kan betegnes som krig. Når det gjelder operasjonene i Gulfen, Kosovo og Afghanistan er svaret utvilsomt bekreftende.»¹⁴⁶

Lund-utvalgets uttalelser viser at krigsbegrepet ikke nødvendigvis må forstås som det rent formelle snevre folkerettslige begrepet ettersom også dette er i utvikling. I høringsrunden om landssvikbestemmelsen støttet Utenriksdepartementet Lund-utvalgets forslag.¹⁴⁷ Utenriksdepartementet understreket at det folkerettslige krigsbegrepet ikke alltid er anvendelig i nasjonale strafferettslige bestemmelser, hvor begrepet må gis et internrettslig innhold.¹⁴⁸

¹⁴³ NOU 2003:18 s. 94-96, jf. også punkt 3.2.3 over.

¹⁴⁴ NOU 2003:18 s. 94-96.

¹⁴⁵ NOU 2003:18 s. 95.

¹⁴⁶ NOU 2003:18 s. 95.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 130.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 130.

Det ble diskutert om landssvikbestemmelsen burde få anvendelse når Norge deltar i militær-operasjoner utenlands, slik Lund-utvalget hadde foreslått, men departementet ønsket ikke dette.¹⁴⁹ Dette var begrunnet i at departementet mente at landssviksbestemmelsen burde omhandle mer alvorlige tilfeller der Norge er i krig eller væpnet konflikt på *norsk territorium*, eller i såpass nærhet slik at norsk territorium er truet.¹⁵⁰ Ordlyden ble derfor endret og § 119 fikk sitt nåværende anvendelsesområde ved krig, under okkupasjon eller en internasjonal væpnet konflikt «på norsk territorium, eller ved overhengende fare for dette».¹⁵¹

Det ble forutsatt i forarbeidene at strl. § 119 kun kommer til anvendelse ved «en overhengende fare» for konflikt på *norsk territorium*, og når konflikten finner sted utenfor territoriet dersom konflikten «ikke er stasjonær eller hvor det for øvrig er stor fare for at Norge kan bli trukket inn i den».¹⁵² Det sentrale i denne sammenhengen er at departementet ønsket en annen regel som følge av hensyn i landsviksregelen, og at ordlyden ble endret som følge av dette.

3.5.4 Sammenfatning

Drøftelsen av Lund-utvalgets utredning om strl. § 119 og Quisling-saken i Høyesterett er eksempler på at reguleringenens beskyttelsesverdige formål og hensyn ved de konkrete situasjonene er sentralt ved vurderingen av begrepet krig. Gjennomgangen av Lund-utvalgets utredning viser at krigsbegrepet har utviklet seg til å bli mer «funksjonelt». Samlet sett trekker disse eksemplene i retning av at krig i norsk lov må bygge på en fortolkning av det tradisjonelle folkerettslige krigsbegrepet og den enkelte bestemmelsens beskyttelsesverdige hensyn. Særlig må dette antas å gjelde eldre bestemmelser som ble til før utviklingen i folkerettslige regler om maktbruk. Dette viser at det ikke er kun én omforent tolkning av begrepet krig i norsk lov.

3.6 Norsk debatt om krigsbegrepet

3.6.1 Militæroperasjoner og krig

Flere av de generelle spørsmålene som ble drøftet i Lund-utvalget om krigsbegrepet grenser har vært tema for offentlig debatt. Om militæroperasjoner utenfor Norge omfattes av det juridiske krigsbegrepet har eksempelvis blitt omtalt i etterkant av operasjonene i Afghanistan mellom 2001-2014. Diskusjonen ble kommentert i Afghanistan-utvalgets utredning, NOU 2016:8, hvor det fremgår at det var uenighet knyttet til bruken av krigsbegrepet og grensen for dets innhold.¹⁵³

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 132.

¹⁵⁰ Dette på tross av at mange nok vil mene «direkte sabotasje mot norsk militært materiell» eller «formidling av militære hemmeligheter som setter norske styrkers liv i fare» bør anses som landssvik, også i væpnet konflikt utenfor norsk territorium, jf. Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 132.

¹⁵¹ Jf. strl. 2005 § 119 og Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 307.

¹⁵² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 307.

¹⁵³ NOU 2016:8.

3.6.2 Diskusjon om krig og konflikt i Afghanistan 2001-2014

I Afghanistan bidro internasjonale militærstyrker til å avsette Taliban-regimet og til å kjempe mot al-Qaida.¹⁵⁴ Konflikten ble derfor av de fleste først sett på som en internasjonal væpnet konflikt fordi maktbruken var rettet mot den Taliban-styrte staten.¹⁵⁵ Dette gjaldt inntil en ny overgangsregjering kom på plass. Etter dette tidspunktet fikk de internasjonale ISAF-styrkene¹⁵⁶ samtykke fra de nye afghanske myndigheter til å bistå dem med å ivareta sikkerheten, herunder ved hjelp av militære maktmidler.¹⁵⁷ Konflikten gikk dermed over til å bli en ikke-internasjonal konflikt, der de internasjonale styrkene bisto afghanske myndigheter mot Taliban.¹⁵⁸

Den daværende regjeringen, Stoltenberg 2, ønsket ikke å omtale konflikten i Afghanistan som krig med den begrunnelse at situasjonen ikke lenger oppfylte den folkerettslige definisjonen for krig. I 2009 ble det slått fast i et internt notat fra Forsvarsdepartementet at det kunne få *internrettslige* konsekvenser i Norge å påstå at Norge var i krig i Afghanistan, også på det privatrettslige området.¹⁵⁹ Statssekretær i Utenriksdepartementet, Espen Barth Eide, påpekte i juni 2010 at regjeringen ikke brukte ordet «krig» i den hensikt å være presis og korrekt «i omgangen med svært viktige og krevende tema».¹⁶⁰ Han påpekte imidlertid at det man i dagligta-len gjerne kaller krig er synonymt med internasjonal væpnet konflikt og at begrepet krig ikke lenger brukes som betegnelse i folkeretten.¹⁶¹

Basert på disse uttalelsene kan det pekes på to grunner til å unngå ordet «krig» om konflikten i Afghanistan fra regjeringens synspunkt. For det første ble det lagt til grunn at det tradisjonelle folkerettslige krigsbegrepet var avgjørende, til tross det ikke lenger passer dagens situasjon. Ettersom konfliktsituasjonen ikke oppfylte kriteriene i det tradisjonelle folkerettslige krigsbegrepet, kunne heller ikke ordet krig benyttes. For det andre søkte man å unngå *internrettslige konsekvenser* av å bruke «krig» om en konflikt.

¹⁵⁴ NOU 2016:8 s. 160.

¹⁵⁵ NOU 2016:8 s. 160.

¹⁵⁶ Forkortelse for International Security Assistance Force, se nærmere om operasjonene nedenfor i punkt 7.3.4.1.

¹⁵⁷ Se NOU 2016:8 s. 157 og s. 160, peker på at i Bonn-avtalen og avtalen mellom afghanske interimmyndigheter og ISAF av 4. januar 2002, (Military Technical Agreement artikkel IV 2.), inviteres ISAF til å støtte afghanske myndigheter med å ivareta sikkerheten. Avtalen med ISAF åpner for bruk av militære maktmidler for å oppnå dette, se NOU 2016:8 s. 157 og s. 160.

¹⁵⁸ NOU 2016:8 s. 160.

¹⁵⁹ NOU 2016:8 s. 162 trekker frem oversiktsnotat fra Forsvarsdepartementet II 5 «Krigsbegrepet og opprørsgruppers voldsbruk i Afghanistan» 22. oktober 2009. Dahl (2008) s. 41 peker på at krig forutsetter at nasjonen er utsatt for trussel som krever at kontrolltiltak og fullmakter utløses.

¹⁶⁰ NOU 2016:8 s. 162.

¹⁶¹ NOU 2016:8 s. 162.

Daværende generaladvokat og forsvarssjef, Arne Willy-Dahl og Sverre Diesen, var blant dem som forklarte krigsbegrepets juridiske grense i offentligheten. De støttet begge regjeringens definisjon av et tradisjonelt krigsbegrep, og at Norge rettslig sett «er i krig hvis Norge enten har avgitt krigserklæring, mottatt krigserklæring eller hvis det foreligger et væpnet angrep mot Norge med eller uten krigserklæring».¹⁶² Som Barth-Eide, nevnte de begge at bruken av begrepet krig kunne utløse internrettslige konsekvenser, noe som ville være uaktuelt når *norsk territorium* ikke var involvert i krig.¹⁶³ Diesen påpekte også at krig uansett var i ferd med å bli et irrelevant begrep.¹⁶⁴

I 2010 uttalte imidlertid generaladvokat Willy-Dahl at krigsloven burde anvendes da situasjonen kunne kreve militærrettslig spesialkompetanse i domstolen. Han påpekte at til tross for at Norge ikke folkerettslig var i krig så var «den enkelte soldat på bakken» i krig.¹⁶⁵ Dette viser at problemstillingene er komplekse, og kan trekke i retning av det er ikke lenger er like klare skillelinjer for når begrepet krig eller regler om krig skal anvendes.

3.6.3 Uenighet om krigsbegrepet

I Afghanistan-utvalgets utredning, NOU 2016:8, ble det uttalt at bruken av ordet «krig» om deltakelse i operasjoner som den i Afghanistan i utgangspunktet neppe vil utløse en tilstand med beredskapsmessige og privatrettslige nødtiltak grunnet krigstilstand.¹⁶⁶ Utvalget påpekte også at det heller ikke var noen rettslig grunn til å avstå fra å bruke begrepet og markerte med dette klar avstand fra regjeringens argumentasjon:

«Ordet krig innebærer ikke en spesifikk rettslig henvisning til en internasjonal væpnet konflikt, og bruken av ordet utløser neppe rettslige konsekvenser. Begrepet krig er, etter utvalgets syn, å oppfatte som en ikke-rettslig samlebetegnelse på flere former for væpnet konflikt. Det er etter utvalgets mening dermed ingen rettslig grunn til å unngå å bruke begrepet.»¹⁶⁷

I motsetning til regjeringen mener utvalget at krig ikke er like snevert definert. Utvalget avviser spesifikt at rettslige konsekvenser hindrer bruk av ordet krig, men utvalget kommenterer ikke dette noe nærmere. Det å unngå bruken av «krig» på grunn av mulige internrettslige og

¹⁶² Ruud, Aftenposten (2007).

¹⁶³ Diesen, Aftenposten (2007), Ruud, Aftenposten (2007).

¹⁶⁴ Diesen, Aftenposten (2007).

¹⁶⁵ Aftenposten (2010).

¹⁶⁶ Utvalget peker på varekrigsloven av 12.desember 2003 nr. 115, beredskapsloven av 15.juli 1950 nr. 12, jf. NOU 2016:8 s. 162.

¹⁶⁷ NOU 2016:8 s. 162.

privatrettslige konsekvenser, synes i tillegg svakt begrunnet. I så fall vil man kunne definere seg vekk fra begrepet ved å endre privatrettslige eller andre internrettslige regler. Dette underbygger utvalgets syn.

Om det foreligger «krig» må bero på en tolkning av den aktuelle konflikten, ikke basert på om det utløses beredskapsmessige eller privatrettslige tiltak i Norge. Dessuten må den enkelte bestemmelse som omhandler beredskapsmessige tiltak bero på en tolkning av ordlyden «krig» i lys av bestemmelsens beskyttelsesverdige formål. Dette stemmer for så vidt med Lund-utvalgets drøftelse av krig i forbindelse med landsviksregelen.

3.6.4 Sammenfatning av debatten – et politisert krigsbegrep?

Generelt synes den norske debatten å være noe preget av myndighetenes måte å kommunisere overfor offentligheten ut til media og velgere, snarere enn å kommunisere rettslige vurderinger. Freedman forklarer at krigens dystre karakter har ført til bruk av eufemismer i krigslignende situasjoner, som humanitære intervensjoner, politiaksjoner eller andre former for operasjoner.¹⁶⁸ Om dette er tilfelle for den norske «krigsdebatten» er ikke sikkert. Det sentrale i denne sammenhengen er å påpeke at debatten ikke har vært av særlig rettslig karakter, det vil si ikke koblet til Grunnloven eller en annen bestemt lovbestemmelse. Argumentene anført imot bruken av «krig» påvirker ikke fortolkningen av Grl. § 26. Derimot understreker uttalelsene i Afghanistan-utredningen den utviklingen av krigsbegrepet som oppgaven har vist så langt, det vil si at «krig» etter omstendighetene kan omfatte konflikter utenfor det tradisjonelle folkerettslige krigsbegrepet.

3.7 Hvilket krigsbegrep legges til grunn i § 26?

Drøftelsen over har vist at både innføringen av forsvarskriteriet i § 26 og formålet med å begrense våpenmakt taler for at «krig» i § 26 ikke samsvarer med den tradisjonelle og formalistiske definisjonen av krig. I større grad enn tidligere brukes militærmakt i ulike former for væpnet konflikt, og folkerettslige regler om krig har tilpasset seg dette ved å fokusere på det bredere begrepet om væpnet konflikt. Denne utviklingen påvirker forståelsen av krigsbegrepet i § 26. Som det er vist ser dette også ut til å prege forståelsen av krig i formell lov og den norske debatten om krigsbegrepet, jf. punktene 3.5 og 3.6. Det må derfor konkluderes med at Grunnlovens krigsbegrep må tolkes videre enn det tradisjonelle folkerettslige krigsbegrepet. Et funksjonelt krigsbegrep må ha noen kriterier eller minstekrav for at man skal kunne omtale situasjonen som krig. Spørsmålet er om det kan pekes på noen felles vilkår eller om det er

¹⁶⁸ Freedman (2012) s. 20. Eksempelvis skrev tidligere NATO-general Wesley Clark om NATO's operasjon i Kosovo 1999 at: «we were never allowed to call it a war. But it was, of course», se Freedman (2012) s. 20. Den britiske utenriksminister ga samme år uttrykk for at NATOs intervensjon i Kosovo «was no 'state of war' but only forceful military action», se NOU 2003:18 s. 95 i note 30 som har sin kilde i Ingrid Detter (2000) s. 8.

mulig å presisere en grense nedad mellom krig og mindre alvorlige konfliktsituasjoner. Dette vil omtales i neste punkt.

3.8 Nærmere om krigens grense nedad

3.8.1 Et mulig utgangspunkt – konflikttyper i humanitærretten

De uklare grenselinjene mellom krig og væpnet konflikt tilsier at ordet «krig» i Grl. § 26 må forstås nærmere begrepet væpnet konflikt. Humanitærrettens inngangsvilkår om «armed conflict» bygger på langvarig sedvanerett og representerer et etablert syn på når en situasjon er såpass alvorlig at utsatte grupper krever humanitær beskyttelse. For å danne et oversiktlig bilde hvordan de ulike konfliktene defineres skal det sees nærmere på hovedlinjene i humanitærretten. Spørsmålet i det følgende er hvilke av de humanitærrettslige konflikttypene som bør omfattes av krigsbegrepet, jf. § 26. For å få et oversiktlig bilde av de humanitærrettslige hovedkonfliktene må det sees på utgangspunktene for kategoriseringen i humanitærretten.

3.8.2 Hovedlinjer – konflikttyper i humanitærretten

3.8.2.1 Internasjonale konflikter

I humanitærretten skilles det mellom internasjonale og ikke-internasjonale konflikter. De internasjonale konfliktene er regulert i de fire Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 2, som er tilsvarende utformet i alle fire konvensjonene og angir deres anvendelsesområde. Konvensjonene gjelder erklært krig eller væpnet konflikt mellom to eller flere av konvensjonspartene, uavhengig av hvorvidt krigstilstand er erklært eller ikke, jf. art. 2.

Kravet til kamphandlingenes varighet og intensitet er lavt. Den internasjonale Røde Korskomiteen (ICRC) legger til grunn at en internasjonal konflikt foreligger så snart stater bruker væpnet makt mot hverandre, «International armed conflicts exist whenever there is resort to armed force between two or more States», noe som også er hovedsynet i praksis og teori.¹⁶⁹ Definisjonen har blitt lagt til grunn i etterfølgende praksis og litteratur, og er utgangspunktet for tolkningen av væpnet konflikt i humanitærretten.

Disse konfliktene har mest omfattende beskyttelsesregler, og ligner mer på det tradisjonelle krigsbegrepet ettersom konflikten må foreligge mellom to eller flere stater. Som nevnt, er det påpekt at en internasjonal væpnet konflikt i folkeretten er synonymt med de vi tidligere omtalte som krig.¹⁷⁰ Dermed er det større fokus på at det forekommer maktbruk mellom stater, og ikke om statene har avgitt krigserklæringer eller om det foreligger noen krigshensikt.

¹⁶⁹ Prosecutor v. Tadić ”Tadić Jurisdiction” 1995 avsnitt 70, International Committee of the Red Cross (ICRC) Commentary 2016 on the first Geneva Convention avsnitt 218, se Crawford/Pert (2015) s. 52-53.

¹⁷⁰ Jf. NOU 2016:8 s. 162.

3.8.2.2 Ikke-internasjonale konflikter

Konflikter *internt* i et land er enten omfattet av Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 3 eller av Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll II artikkel 1. Hovedforskjellene mellom disse beskrives i det følgende.

Fellesartikkel 3 omfatter etter ordlyden «armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties». Artikkelen ble innført for å gi visse grunnleggende minstekrav til humanitær beskyttelse i borgerkriger. Artikkel 3 omfatter både konflikter mellom stat og opprørere, samt imellom væpnede grupper uten at noen stat er involvert.¹⁷¹ Konflikter som beveger seg over landegrenser i flere konvensjonsstater er også omfattet av bestemmelsen, så lenge den ikke foreligger mellom stater.¹⁷²

I praksis er det lagt til grunn at bestemmelsen omfatter «[...]protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State», altså langvarig væpnet vold mellom regjeringsmyndigheter og organiserte væpnede grupper, eller mellom slike grupper i en stat.¹⁷³ Kravet til væpnet vold og gruppenes organisering beror på en helhetsvurdering. Kravet til voldens intensitet vil bero på en vurdering av hvorvidt det foreligger mange og intense konfrontasjoner, typen våpen og militærutstyr som ble anvendt, antall avfyrte skudd, drepte, materiell ødeleggelse, sivile på flukt og om FNs sikkerhetsråd er involvert i saken.¹⁷⁴

Kravet til organisering gjelder gruppenes struktur, og om den kan planlegge og utføre vedvarende militæroperasjoner. Momenter som inngår i denne vurderingen er om det eksisterer et hovedkvarter, angitte operasjonsområder og hvorvidt gruppen kan anskaffe, transportere og distribuere våpen. Andre indikatorer er om det foreligger en kommandostruktur, et internt disiplinærsystem, uniformer, militærtrening og evne til å kontrollere et territorium.¹⁷⁵ Organisasjonskravet er imidlertid beskrevet som minimalt for artikkel 3-konfliktene.

Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll II av 1977 supplerer og utvikler artikkel 3. Et sentralt formål med tilleggsprotokollen var at reglene for interne kriger måtte utvikles og forbed-

¹⁷¹ Crawford/Pert (2015) s. 62.

¹⁷² Hamdan v. Rumsfeld (548 US 557 2006). Crawford/Pert s. 66 nevner denne amerikanske høyesterettsdommen som *avviste* Bush-administrasjonens påstand om at krigen mot terror *ikke* var omfattet av artikkel 3 fordi den fant sted i flere stater. Crawford/Pert s. 66.

¹⁷³ Prosecutor v. Tadić ”Tadić Jurisdiction” 1995 avsnitt 70, se Crawford/Pert (2015) s. 64.

¹⁷⁴ Crawford/Pert (2015) s. 64.

¹⁷⁵ Crawford/Pert (2015) s. 65.

res fordi fellesartikkel 3 ikke ga tilstrekkelig beskyttelse.¹⁷⁶ Av ofre i væpnet konflikt var 80 %, siden 1945, ofre i ikke-internasjonale konflikter, som nevnt i punkt 3.4.¹⁷⁷

Tilleggsprotokollen artikkel 1 første ledd fastslår at protokollen omfatter konflikter som:

« [...] take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol. »¹⁷⁸

Den øvre terskelen for anvendelsen av protokoll II er internasjonale væpnede konflikter, mens den nedre terskelen er etter artikkel 1 andre ledd mindre spenninger og intern uro der volden er isolert og sporadisk:

«2. This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts.»

ICRC oppsummerer i sin kommentar at væpnet konflikt i bestemmelsens forstand vil være der det bryter ut fiendtligheter mellom væpnede styrker eller organiserte væpnede grupper innenfor territoriet i en stat, typisk der opprørere kjemper mot det etablerte styret for å kaste regjeringen, eventuelt å løsrive seg.¹⁷⁹ Innholdet i «armed conflict», er ikke klart definert, men et formål var i det minste å gi flere objektive holdepunkter for protokollens anvendelse. Mer spesifikke krav gjør det klart at protokollen kun gjelder konflikter med en viss grad av intensitet.¹⁸⁰

Etter protokollen artikkel 1 første ledd må konflikten foregå mellom statens styrker og opprørernes grupper, «its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups». Dette innebærer at protokollen ikke gjelder ved konflikter mellom flere væpnede grupper i en stat der staten ikke er involvert, noe som er en forskjell fra Genèvekonvensjonenes art. 3.

¹⁷⁶ International Committee of the Red Cross (ICRC) Commentary 1987 on Protocol II i "introduction" til Protocol II.

¹⁷⁷ ICRC Commentary 1987 on Protocol II i introduksjon til Protocol II.

¹⁷⁸ Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll II av 1977 artikkel 1.

¹⁷⁹ ICRC Commentary 1987 on Protocol II avsnitt 4341.

¹⁸⁰ Crawford/Pert (2015) s. 69.

En annen forskjell er at de væpnede gruppene må ha kommandolinjer og noe territoriell kontroll, slik at gruppen har mulighet til å utføre vedvarende og samordnede militæroperasjoner.¹⁸¹ Kravet til kommando «responsible command» sikter ifølge ICRC til at det foreligger en organisert gruppe med som kan planlegge og utføre kontinuerlige, avtalte militæroperasjoner utført etter en plan.¹⁸² Det må derfor også være en autoritet som kan utøve en viss disiplin og som har kommandomyndighet.¹⁸³ Det stilles altså strengere krav til organisering etter protokollen artikkel 1, enn for konfliktene som kun omfattes av fellesartikkel 3. Crawford/Pert oppsummerer at artikkel 3 omfatter situasjoner fra kortvarig opprør til full borgerkrig, mens tilleggsprotokoll II kun gjelder for det øvre segment av de interne konfliktene.¹⁸⁴

3.8.2.3 Internasjonale operasjoner – et tredjeland intervensjoner

Dersom Norge eller et annet tredjeland deltar på en av sidene i en konflikt mellom to eller flere stater forblir det en internasjonal konflikt. Spørsmålet er derimot hvordan kategoriseringen blir når et tredjeland som Norge velger å delta i en ikke-internasjonal konflikt.

Dersom et tredjeland beslutter å delta på *opprørernes* side i en ikke-internasjonal konflikt, er hovedsynet i humanitærretten at det vil oppstå to konflikter.¹⁸⁵ Én konflikt foreligger mellom territorialstaten og opprørerne, og én mellom territorialstaten og den intervenserende parten, for eksempel Norge. Norge vil ved en slik intervensjon være i væpnet konflikt direkte mot en annen stat på tross av at konflikten først var ikke-internasjonal. Den internasjonale domstolen uttalte seg i denne retningen allerede i Nicaragua-saken fra 1986, og dette er lagt til grunn i senere praksis og litteratur.¹⁸⁶ Nicaragua-saken gjaldt USAs militære og paramilitære nærvær i og mot Nicaragua, sammen med den nicaraguanske opprørsgruppen *contras*.¹⁸⁷ Ved drøftelsen av internasjonal humanitærrett viser ICJ til at det forelå *to* konflikter, en internasjonal mellom USA og Nicaragua, og en ikke-internasjonal mellom Nicaragua og *contras*:

«The conflict between the *contras*' forces and those of the Government of Nicaragua is an armed conflict which is "not of an international character". The acts of the *contras* towards the Nicaraguan Government are therefore governed by the law applicable to

¹⁸¹ Ordlyden “to implement this Protocol” sikter ikke til faktisk implementering, men at det er mulig å gjennomføre den, for eksempel ved å holde krigsfanger, se Crawford/Pert (2015) s. 69-70.

¹⁸² Dette krever visse ressurser. ICRC kommentaren peker her på at disse vilkårene for protokoll II sjelden vil være tilstede i begynnelsen av en konflikt. I så fall vil Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 3 komme til anvendelse inntil disse kravene er oppfylt.

¹⁸³ ICRC Commentary 1987 on Protocol II avsnitt 4463.

¹⁸⁴ Crawford/Pert (2015) s. 71.

¹⁸⁵ Crawford/Pert (2015) s. 73-75, Arimatsu/Mohbuba (2014) s. 5.

¹⁸⁶ Crawford/Pert (2015) s. 73-75 for nærmere om diskusjonen vedrørende ulike syn på konfliktsituasjonene.

¹⁸⁷ Nicaragua v. USA (1986).

conflicts of that character; whereas the actions of the United States in and against Nicaragua fall under the legal rules relating to international conflicts.»¹⁸⁸

Dette betyr at dersom Norge eller andre stater intervenserer for å stå på opprørernes side i en konflikt mot territorialstaten, foreligger det to humanitærrettslige konflikter parallelt.¹⁸⁹ Dersom en stat deltar militært på *territorialstatens* side i en intern konflikt er synet at konflikten derimot forblir ikke-internasjonalt.¹⁹⁰

3.8.2.4 Plassering av eksempelsaker

Et illustrerende eksempel på situasjonen der to konflikter oppstår parallelt er konflikten i Libya i mars 2011. I Libya hadde det fra slutten av februar 2011 pågått en ikke-internasjonalt konflikt mellom væpnede opprørsgrupper og de libyske myndighetene ledet av statslederen Gaddafi.¹⁹¹ Da den internasjonale koalisjonen intervenserte i konflikten på opprørernes side var det enighet om at det forelå to konflikter samtidig: en internasjonal mellom staten Libya og de intervenserende partene, og en pågående ikke-internasjonalt mellom opprørsgruppene og libyske myndigheter.¹⁹² Norge var altså del i en internasjonal væpnet konflikt.

Operasjonene som Norge var del av i Afghanistan ble derimot sett på som bistand til den nye staten i én bestående ikke-internasjonalt konflikt. Taliban-styret hadde allerede falt og militær bistand skulle kun finne sted etter godkjenning fra og i samarbeid med de nye afghanske myndighetene ledet av Hamid Karzai. Offensivt sammenstøt kom til og norske soldater ble del av det mange omtalte som en spent og krigslignende konflikt. Situasjonen var også spesiell ettersom det var internasjonale styrker som hadde avsatt det tidligere Taliban-regimet, og deretter støttet de nye myndighetene i Afghanistan. Her har man altså en internasjonal konflikt, som ble en ikke-internasjonalt konflikt som følge av regimeskiftet.

Ved å bistå Irak militært fra 2015 ble norske styrker del av en ikke-internasjonalt konflikt, da formålet var å bistå den irakiske staten for å bekjempe IS. De norske soldatene skulle ikke delta direkte i kamphandlinger, men bidra til å styrke det irakiske militæret. Det kan derfor spørres om norske styrker faktisk deltar i en væpnet konflikt ettersom styrkene kun skal trene og bygge opp irakiske soldater. Hellesveit påpeker imidlertid at dette utgjør en «militær funksjon» i konflikten:

¹⁸⁸ Nicaragua v. USA (1986) avsnitt 219.

¹⁸⁹ Crawford/Pert (2015) s. 75, 155.

¹⁹⁰ Crawford/Pert (2015) s. 75.

¹⁹¹ Dalton (2014) s. 38.

¹⁹² Dalton (2014) s. 37 og 39.

«Å trene soldater med det formål å øke deres militære kapasitet og effektivitet for å gjenerobre territorium fra en ikke-statlig organisasjon med territoriell kontroll må anses som en militær funksjon (ICRC 2005; ICRC 2009). Norske soldater vil dermed i folkerettslig forstand kunne være lovlige mål i visse situasjoner, selv om de ikke deltar direkte i kamphandlinger.»¹⁹³

At Norge må anses å ha en militærfunksjon, tilsier at vi deltar i konflikten. Dette underbygges av at norske soldater vil kunne måtte bruke makt i selvforsvar, ved et eventuelt angrep rettet mot seg.¹⁹⁴ Et eksempel på norske soldaters deltagelse i Irak ble nylig offentliggjort i en video fra Forsvaret, som viser norske soldater i kamp med IS-krigere, og at de norske soldatene drepte en selvmordsbomber under et angrep mot dem.¹⁹⁵ Sammenfattet viser drøftelsen at militærbidragene Libya og Irak, samt Afghanistan, omfatter deltagelse i forskjellige typer konflikter. Ettersom norske styrker kan være lovlige militærmål, og styrkene tidvis vil måtte anvende væpnet makt i kamp, også i Irak-eksempelet, er det gode grunner for at det ikke bør skilles mellom militærbistand i internasjonale og ikke-internasjonale ved vurderingen av Grunnlovens krigsbegrep.

3.8.3 Sammenfatning – krigsbegrepets grense

Krigsbegrepet i Grl. § 26 bør være oppfylt dersom norske militærstyrker bistår i en væpnet konflikt utenfor Norge, hvor norske styrker kan bli en del av væpnede sammenstøt. Dette innebærer at så lenge styrkene har en militær funksjon, og det er en risiko for at styrkene kan måtte anvende selvforsvar mot væpnede angrep, så bør situasjonen være omfattet av Grunnlovens krigsbegrep. Da blir det ikke avgjørende om styrkenes maktbruk i det enkelte tilfellet er særlig intens, eller om styrkene i utgangspunktet kun skal trene og bistå statens militære, slik som i Irak-eksempelet nevnt over.¹⁹⁶

Som nevnt over hadde tidligere statssekretær Espen Barth Eide påpekt at det man i *dagligta-len* gjerne kaller krig er synonymt med internasjonal væpnet konflikt.¹⁹⁷ Det eksisterer kanskje en oppfatning om at krig kun omfatter internasjonale konflikter. Som nevnt i redegjørelsen av humanitærrettens regler om ikke-internasjonale konflikter, har disse konfliktene gjennomgående hatt mindre humanitær beskyttelse.¹⁹⁸ Det fremgikk også at det har vært betraktelig flere ofre i de ikke-internasjonale konfliktene siden 1945, og at konfliktene har blitt ut-

¹⁹³ Hellestveit (2016).

¹⁹⁴ Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10.

¹⁹⁵ Se Veum, NRK (2018), Lysberg, Klassekampen (2018).

¹⁹⁶ Jf. punkt 1.2 om Irak og punkt 7.3.4 om Afghanistan.

¹⁹⁷ NOU 2016:8 s. 162.

¹⁹⁸ Se ICRC Commentary 1987 on Protocol II i introduksjon til Protocol II.

kjempet mer brutalt.¹⁹⁹ Dette tilsier at militærdeltagelse i ikke-internasjonale væpnede konflikter bør omfattes av Grunnlovens krigsbegrep. Dette støttes også av innføringen av forsvarsuttrykket i § 26 første ledd og for at formålet om å begrense *våpenmakt* skal få relevans i dag, jf. punkt 3.3. Det avgjørende er, etter dette, at norske militærstyrker kan komme i situasjoner der væpnede makt brukes og væpnede konfliktsituasjoner oppstår. Konklusjonen er at norske styrkers militærdeltagelse i væpnede konflikter, både i internasjonal og i ikke-internasjonale konflikter, er omfattet av krigsbegrepet i § 26 første ledd.

4 Forsvarsbegrepet i Grl. § 26 første ledd

4.1 Forsvar som rettslig skranke

Drøftelsen over viser at «krig» i Grl. § 26 omfatter militærdeltagelse i væpnede konflikter. Regjeringen kan beslutte at Norge skal delta i slike operasjoner dersom de er til «forsvar» av Norge. Det skal derfor drøftes hvordan «forsvar» begrenser regjeringens kompetanse. Ordlyden «forsvar» åpner for flere tolkninger. Det ligger i kjernen av «forsvar» at Norge kan bruke militær våpenmakt for å forsvare eget territorium ved direkte angrep mot norsk jord. Om, og eventuelt i hvilken grad, det kan besluttes bruk av militærmakt utenfor dette fremgår ikke av bestemmelsens ordlyd. Spørsmålet er hvilke hovedtyper militæroperasjoner utenlands som utgangspunkt vil være «til forsvar av landet», jf. § 26 første ledd.

4.2 Utgangspunkt i litteraturen – tolkninger av krig til «forsvar»

Det nærmere innholdet i forsvarsbegrepet i § 26 første ledd er lite omtalt i juridisk teori, men noen utgangspunkter er tatt med hensyn til tolkning av bestemmelsen.²⁰⁰ Andenæs og Fliflet peker for det første på at Norge i praksis ikke vil medvirke i militæroperasjoner «uten at det er forankret i vedtak truffet i FN og NATO, og har et legitimt folkerettslig grunnlag».²⁰¹ Dette følger av sikker statsrettslig praksis, og har ikke kommet direkte til uttrykk i Grunnloven.²⁰² For det andre uttaler forfatterne at Kongen (Regjeringen) ikke kan beslutte deltagelse i militæraksjoner som utgjør et angrep mot andre stater uten at dette er et *forsvar* av Norge:

«Hvis det skulle bli spørsmål om å delta i en militær aksjon som ville innebære et angrep mot en annen stat og det ikke var tale om å forsvare Norge, kan Kongen (Regjeringen) ikke delta i en slik aksjon.»²⁰³

¹⁹⁹ Jf. punkt 3.4. over, se ICRC Commentary 1987 on Protocol II i introduksjon til Protocol II.

²⁰⁰ Se eksempelvis Eskeland (2011) s. 128-129 og Holmøyvik (2012) s. 186-187, som begge påpeker at § 26 (1) er lite drøftet i juridisk teori.

²⁰¹ Andenæs (2017) s. 363-364.

²⁰² Andenæs (2017) s. 364.

²⁰³ Andenæs (2017) s. 364-365, og 194.

Andenæs og Fliflet stiller spørsmål om § 26 første ledd setter en *rettslig skranke* for hvilke og hva slags kriger eller væpnede aksjoner Norge kan delta i, men heller ikke her gis det noen nærmere konklusjon på rekkevidden av den potensielle rettslige skranken i § 26.²⁰⁴

Eskeland på sin side konstaterer at § 26 første ledd forstås som et forbud mot angrepskrig.²⁰⁵ Forbudt angrepskrig i § 26 faller, slik han ser det, sammen med grensene for *aggresjonsforbrytelsen*,²⁰⁶ det vil si alvorlige brudd på maktforbudet i FN-pakten artikkel 2(4).²⁰⁷ Dersom en operasjon har fått mandat av Sikkerhetsrådet og holder seg innenfor mandatet, kan den derfor ikke være noen aggresjonsforbrytelse eller bryte maktforbudet. Eskeland slutter at den i så fall er tillatt etter § 26. Da kan det slås fast at ordlyden og forutsetningen for «forsvar» ikke vil ha et selvstendig innhold i tillegg til folkeretten.

Holmøyvik mener, som det skal fremgå, at militæroperasjoner med vedtak fra FNs sikkerhetsråd klart må aksepteres som «forsvar» av Norge.²⁰⁸ Han går imidlertid noe lenger enn de andre med hensyn til operasjoner som gjennomføres *utenfor* FN-pakten, humanitære intervensjoner. Også ved humanitære intervensjoner må det være et rom for å legge vekt på at norsk selvforsvar kan leses inn i en bredere sikkerhetspolitisk og regional sammenheng, ifølge Holmøyvik.²⁰⁹ Dette vil drøftes nærmere i det følgende. Det sees først på bakgrunnen for og formålet med uttrykket «forsvar». Den nærmere avgrensningen av forsvarskrig kan i praksis være vanskelig å trekke. Uttrykket forsvar vil derfor analyseres ved hjelp av hovedtyper av militæroperasjoner.

4.3 Forarbeidene fra 1917 – formålet med forsvarskrig

Ved innføringen av uttrykket «forsvar» i § 26 i 1917 fremgår det av konstitusjonskomiteens innstilling at formålet var å innskrenke stortingsrepresentantenes makt: retten til å godkjenne at Kongen (Regjeringen) åpnet en angrepskrig skulle oppheves.²¹⁰ Angrepskrig var derfor ikke bare ulovlig for den utøvende makt å erklære, men òg ulovlig for Stortinget å godkjenne.

²⁰⁴ Andenæs (2017) s. 394, forfatterne nevner at Grunnlovens bestemmelser om norsk deltakelse i krig og andre væpnede aksjoner i utlandet kunne tenkes brakt inn for domstolen til prøving, og at et lignende spørsmål kom opp i dansk Højesteret om Danmarks deltagelse i Irak-krigen, men at saken ble avvist grunnet manglende rettslig interesse.

²⁰⁵ Eskeland (2011) s. 118-121.

²⁰⁶ Eskeland tar utgangspunkt i definisjonen av «act of aggression» i resolusjon 3314 artikkel 3 vedtatt av FNs generalforsamling 14. desember 1974. Delen om aggresjonsforbrytelser ble blant annet anvendt i Nicaragua v. US (1986), samt i FNs folkerettskommisjons utkast til definisjon fra 1991, se Eskeland (2011) s. 118-121.

²⁰⁷ I resolusjonen defineres aggresjonsforbrytelser som enhver invasjon, eller ethvert væpnet angrep mot en annen stat, samt anneksjon eller okkupasjon av en stats territorium, se resolusjon 3314 (1974) artikkel 3.

²⁰⁸ Holmøyvik (2012) 188-189.

²⁰⁹ Holmøyvik (2012) s. 190.

²¹⁰ Indst. S. LI (1917) s. 6.

Holmøyvik nevner at «skiljet mellom angrepskrig og forsvarskrig er ikkje like lett å trekkje i dag som i 1917.»²¹¹ Men heller ikke i 1917 var dette enkle spørsmål. Det fremgår både av innstillingen og den etterfølgende stortingsdebatten at «krig til forsvar» kunne være uklart og vanskelig å bestemme i enkelttilfeller.²¹² I innstillingen ble det tatt opp at angreps- og forsvarskrig fort kunne gli over i hverandre, og at parter i en krig ikke vil «erkjende, at de gaar til andet end forsvar for egen ret og eget land».²¹³

I stortingsdebatten uttalte stortingsrepresentanten Hagerup Bull at endringsforslaget ville *svekke* Stortingets mulighet til å delta i beslutninger om krigserklæringer. Man ville derimot kun oppnå «at sette Stortinget utenfor enhver, grundlovmæssig bestemt funktion likeoverfor det spørmaal, om krig skal erklæres eller ikke, eller rettere sagt, om Norges stridsmagt skal anvendes under en saadan krig».²¹⁴ Hagerup Bull fikk imidlertid ikke flertall for synspunktene sine i stortingsdebatten og forslaget ble vedtatt med 77 mot 30 stemmer.²¹⁵

I innstillingen understreket konstitusjonskomiteen at det ikke fantes noen bedre måte å få frem den grunnleggende tanken om selvforsvar enn ved å kalle «tingen ved dens sande navn» og «kun forutsætte forsvarskrig».²¹⁶ Den grunnleggende tanken med krig til forsvar av landet var «selvforsvaret og intet andet[...]», og ordlyden gjorde «selvforsvar med vaabenmagt til eneste krigsbegrep, vor grundlov overhodet kjender og tar sigte paa», jf. også punkt 3.3.²¹⁷ Uttalelsene ved vedtagelsen viser at angrepskrig var absolutt forbudt og at norsk stridsmakt utelukkende kunne brukes til *selvforsvar* av Norge.

Uttalelsene tilsier at en operasjon må være til forsvar av Norge. Det er dermed ikke tilstrekkelig at operasjon har legitimt folkerettslig grunnlag, den må også positivt utgjøre forsvar av Norge. Det legges derfor til grunn at en operasjon både må ha folkerettslig grunnlag og være til forsvar av Norge etter § 26 første ledd. Det nærmere innholdet i, samt konsekvensene av dette, vil illustreres gjennom tre typetilfellene nedenfor.

²¹¹ Holmøyvik (2012) s. 188.

²¹² Indst. S LI (1917) s. 6.

²¹³ Indst. S LI (1917) s. 6.

²¹⁴ S.tid. nr. 292 (1917) s. 2328.

²¹⁵ S.tid. nr. 292 (1917) s. 2338.

²¹⁶ Indst. S LI (1917) s. 6.

²¹⁷ Indst. S LI (1917) s. 6-7.

4.4 Tre typetilfeller

4.4.1 Innledende om operasjonstypene som drøftes

I dette punktet vil det sees på tre hovedtyper av militæroperasjoner. Formålet med punkt 4.4 er å beskrive noen hovedtyper av militæroperasjoner som har vært og kan bli aktuelle for Norge å delta i, samt å presentere noen utgangspunkter som må vurderes etter Grl. § 26 første ledd forut for norsk militærdeltagelse utenlands. Spørsmålet er om regjeringen alene kan beslutte deltagelse militæroperasjoner, jf. § 26 første ledd, eller om operasjonene krever Stortingets samtykke.

Den første hovedtypen som drøftes er militæroperasjoner som gjennomføres for å *forsvare NATO-allierte* mot utenforstående angrep, se nedenfor i punkt 4.4.2. Det forutsettes for drøftelsen at det foreligger et folkerettsstridig angrep som gir rett til kollektivt selvforsvar etter Atlanterhavspakten artikkel 5, jf. FN-pakten artikkel 51. Derneft må militærdeltagelse som finner sted utenfor artikkel 5 og NATOs medlemsstater undersøkes nærmere. I punkt 4.4.3 sees det på slike militæroperasjoner når de har *mandat fra FNs sikkerhetsråd*. Til slutt, i punkt 4.4.4, sees det på militæroperasjoner som gjennomføres utenfor FN-pakten for å forbedre den humanitære situasjonen i en stat, det som omtales som *humanitære intervensjoner*.

4.4.2 Atlanterhavspakten artikkel 5

4.4.2.1 Forsvar av NATO-allierte – «forsvar» av Norge jf. § 26?

Ordlyden «forsvar» i § 26, samt dens formål og bakgrunn, tilsier at kjernen i bestemmelsen er beskyttelse av *norsk territorium*, jf. punkt 4.2 og 4.3 over. Forarbeidenes uttalelser om at selvforsvar med våpenmakt skulle være Grunnlovens eneste krigsbegrep leder tanken til et snevrere forsvarsbegrep der makt kun brukes ved direkte angrep på norsk territorium, i det minste ved et nært forestående og forventet angrep mot Norges grenser, se punkt 4.3. Som utgangspunkt ligger derfor forsvar av andre stater utenfor dette. Spørsmålet er om væpnede militæroperasjoner for å forsvare NATO-allierte som blir rammet av et angrep, jf. Atlanterhavspakten artikkel 5, kan anses som «forsvar» i Grunnlovens forstand som følge av en utvidet forsvars- og sikkerhetspolitisk ramme.

4.4.2.2 Nærmere om Atlanterhavspakten artikkel 5

NATO ble dannet som forsvarsallianse ved Atlanterhavspakten i 1949.²¹⁸ Norge var blant de 12 første medlemmene ved oppstarten av organisasjonen, som i dag har 29 medlemsland.²¹⁹ Paktens Artikkel 5 beskrives som organisasjonens grunnprinsipp og hjørnestein.²²⁰ Artikkel 5

²¹⁸ Stortinget samtykket til ratifikasjon av Atlanterhavspakten 29. mars 1949, jf. S.tid. nr. 93 (1949) fra s. 655 til 711-712, NATO (2017).

²¹⁹ NATO (2017).

²²⁰ NATO (2017).

slår fast at et angrep på en eller flere av medlemsstatene i NATO regnes som et angrep på alle, og statene har rett til å forsvare hverandre for å opprettholde sikkerheten i nordatlantiske området, i samsvar med retten til individuelt eller kollektivt selvforsvar etter FN-pakten artikkel 51. Atlanterhavspakten artikkel 5 lyder som følger:

«The Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area.

Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security.»

Dersom statene finner at dere territoriale ukrenkelighet, politiske uavhengighet eller sikkerhet er truet, skal statene etter Atlanterhavspakten artikkel 4 rådslå med hverandre. Det nordatlantiske rådet, NATO-rådet, samles for å avgjøre om trusselen eller angrepet omfattes av artikkel 5.²²¹ NATO-rådet er det øverste beslutningsorganet i organisasjonen der alle statene er representert, og det er ledet av NATOs generalsekretær.²²² NATO-rådet kan møtes enten med permanente NATO-representanter, på ministernivå ved forsvars- og utenriksministere og på statsledernivå.²²³ Blir medlemslandene i NATO-rådet enige om at det foreligger en artikkel 5-situasjon som NATO skal engasjere seg i, må det godkjennes et operasjonskonsept og en operasjonsplan før operasjonen iverksettes.²²⁴ Nærmere om hvordan NATO-rådet fatter beslutninger, fremgår nedenfor av punkt 5.5.4.

4.4.2.3 Atlanterhavspakten artikkel 5 og forholdet til FN-pakten artikkel 51

Som det fremgår av artikkel 5 utøves selvforsvarsretten med grunnlag i retten til individuelt eller kollektivt selvforsvar som anerkjent i FN-pakten artikkel 51:

²²¹ Gade/Hilde (2016) s. 75.

²²² Jf. Atlanterhavspakten artikkel 9. Vedtak i NATO-rådet behandles nærmere i kapittel 5.

²²³ NATO (2017).

²²⁴ Her defineres oppdraget nærmere, og det tas stilling til engasjementsregler og kommandomyndighet, samt evt. samarbeid med land utenfor NATO, eller andre organisasjoner, jf. Gade/Hilde (2016) s. 79-80.

«Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security.»²²⁵

Dersom det foreligger et «armed attack» mot en stat etter artikkel 51, har staten folkerettslig rett til å utøve selvforsvar, så lenge dette er nødvendig og proporsjonalt.²²⁶ Dersom den angrepne staten er NATO-medlem vil antagelig rådet beslutte å bistå staten i en forsvarsoperasjon.

Grensene for hva som er et «armed attack» etter artikkel 51, og når selvforsvar er proporsjonalt og nødvendig, vil kunne skape uenighet i folkeretten og mellom statene i NATO. Blant folkerettsjurister har det eksempelvis vært diskutert hvilke angrep som legitimerer selvforsvar samt selvforsvarets rekkevidde etter FN-pakten.²²⁷ Denne debatten og de folkerettslige grensene for «armed attack» i artikkel 51 kommenteres ikke nærmere her. Her forutsettes det at foreligger et væpnet angrep på en stat slik at artikkel 5 aktiveres, som nevnt i 4.4.1. Spørsmålet er om militæraksjoner i medhold av artikkel 5, jf. FN-pakten artikkel 51, omfattes som «forsvar» av Norge etter Grunnloven § 26 første ledd.

4.4.2.4 Utviklingen av forsvarsbegrepet – NATO som forsvarsallianse

Ved innføringen av forsvarsbegrepet i 1917 var det nevnt i komiteinnstillingen at det kunne være vanskelig å skille mellom angreps- og forsvarskrig ettersom krigførende parter ofte vil hevde at de kun kriger for egen rett og eget land, jf. punkt 4.3. Ordlyden om krig «forsvar av landet» ble likevel valgt fordi det passet bedre enn den tidligere ordlyden da den grunnleggende tanken med § 26 første ledd var «selvforsvaret og intet annet».²²⁸

Denne bakgrunnen for bestemmelsen viser til en frykt for at krigsretten kunne bli for vid, og at forsvarsbegrepet kunne strekkes til å omfatte forhold som ikke reelt sett bidrar til å forsvare Norge. Dette maner til forsiktighet med utvidelser av forsvarsbegrepet og regjeringens kompetanse til å beslutte bruk av militærmakt. Siden 1917 har utenriks- og forsvarspolitikken end-

²²⁵ Jf. FN-pakten artikkel 51.

²²⁶ Brownlie (2012) s. 749.

²²⁷ I NOU 2016:8 s. 159 kommenterer Afghanistan-utvalget debatten som har vært, og konstaterer at beslutningen om å støtte USA i OEF hadde grunnlag i både FN-paktens selvforsvarsrett og internasjonal sedvanerett. Utvalget tok imidlertid *ikke* stilling til «det prinsipielle spørsmålet om hvor lenge selvforsvarsretten kunne anses som folkerettslig grunnlag for OEF», men påpekte at regjeringen burde drøftet dette. Debatten kommenteres også i Eskeland (2011) s. 121-122 om selvforsvarsretten og på s. 135-138 vedr. OEF-operasjonen i Afghanistan, se også Simma (2012) avsnitt 38 og 39.

²²⁸ Indst. S. LI (1917) s. 6.

ret seg, og nye hensyn som forholdet til nære forsvarsallierte stater og nettopp deltagelse i forsvarsalliansen NATO er relevante ved tolkningen av forsvarsbegrepet i § 26.

Vurderinger om Norges rolle som «en god alliert» har vist seg å være politisk viktige ved spørsmålet om militærdeltagelse utenlands. Dette *alliansehensynet* ble ansett som spesielt viktig forut for Norges bidrag i Afghanistan fra 2001.²²⁹ I Afghanistan-utvalgets utredning, NOU 2016:8, ble det understreket at dette var det første og viktigste norske hovedmålet for bidraget i Afghanistan:

«Tre hovedmål lå til grunn for det norske engasjementet i Afghanistan. Det første og viktigste var alliansedimensjonen: å støtte USA og senere å bidra til å sikre NATOs relevans. Dette målet var direkte knyttet til vitale norske interesser og sett som viktig for norsk sikkerhet.»²³⁰

Generelt var betydningen av forholdet til USA og NATO større for norske myndigheter enn det offentlige ordsiftet ga inntrykk av, ifølge Afghanistans-utvalgets NOU som fikk navnet «En god alliert - Norge i Afghanistan 2001–2014».²³¹ Afghanistan-operasjonen fra 2001-2014 er imidlertid den eneste gangen en *artikkel 5-operasjon* er gjennomført hittil.²³² Saken viser at alliansehensynet er viktig, men det er altså lite praksis å bygge på i tilknytning til artikkel 5.

En svakhet ved alliansehensynet er det kan anføres i alle militæraksjoner regjeringen vil gjennomføre sammen med og på vegne av mektige stater. Den politiske vurderingen som gjøres forut for en militæroperasjon beror på hvilken politikk og hvilke allianseforhold som er stabile og nyttige for Norge. Det kan imidlertid oppstå faglig og politisk uenighet om i hvilken grad det styrker Norges sikkerhetsnivå og utenrikspolitiske interesser å være «en god alliert», samt uenighet knyttet til hvilke stater man vil samarbeide med. Dette taler for at alliansehensynets vekt alene kan være usikker, og at hensynets rekkevidde vil variere fra sak til sak.

På dette punktet skiller imidlertid operasjoner i samsvar med Atlanterhavspakten artikkel 5, jf. FN-pakten 51, seg fra en del andre militæroperasjoner. Det at NATO har et *traktatfestet* grunnlag for at statene skal bistå hverandre, konkretiserer hvilke typer operasjoner som er tillatt, og det gir et fast utgangspunkt for medlemsstatenes langvarige samarbeid. I tillegg er

²²⁹ NOU 2016:8 s. 193.

²³⁰ NOU 2016:8 s. 193, Deretter kom målene om «å bidra til «krigen mot terror» ved å hindre at Afghanistan igjen ble et arnested for internasjonal terror. Det tredje [hovedmålet] var å bidra til å bygge en stabil og demokratisk afghansk stat gjennom forskjellige former for bistand og støtte til en fredelig løsning på konflikten.» jf. s. 193.

²³¹ NOU 2016:8 s. 194.

²³² NATO (2017), artikkel 5 ble aktivert som følge av terrorangrepene rettet mot USA 11. september 2001.

operasjoner som gjennomføres i samsvar med grunnprinsippene i paktens artikler et resultat av en vurdering Stortingets flertall har sluttet seg til, ettersom Stortinget samtykket til Atlanterhavspakten i 1949.²³³

Holmøyvik argumenterer for at operasjoner i samsvar med kollektiv selvforsvarsrett etter Atlanterhavspakten aksepteres etter § 26 fordi det styrker norsk forsvarsevne å delta i NATO.²³⁴ Dette kan underbygges av at medlemsstatene har en felles interesse om å bistå hverandre mot angrep utenfra, jf. artikkel 5. Synspunktet er at det for Norge, som en mindre stat, er en trygghet å være knyttet til en mektig og traktatfestet forsvarsallianse. Dette tilsier at operasjoner i samsvar med artikkel 5 omfattes av forsvarsbegrepet i Grunnloven.

Det må nevnes at det er opp til det enkelte NATO-medlem å vurdere om staten vil bidra med væpnet militærmakt for å støtte NATO-stater under angrep eller ikke. Altså ligger det ikke nødvendigvis noen *rettslig* forpliktelse til å bruke *væpnet* makt, jf. drøftelsen i punkt 5.5.3.²³⁵ Likevel er paktens et uttrykk for at slik støtte vil gjennomføres, og at partene vil bistå hverandre så godt den enkelte har mulighet til.

Sammenfattet må det tillegges særlig vekt at artikkel 5-operasjoner bygger på et stabilt og traktatfestet grunnprinsipp i NATO, og at operasjonene kun skal utøves innenfor FN-paktens rammer. Det legges derfor til grunn at militæroperasjoner i samsvar med artikkel 5 som utgangspunkt er omfattet som forsvar av Norge etter § 26 første ledd. Etter dette kan Kongen (Regjeringen) fatte beslutning om deltagelse i artikkel 5-operasjoner, jf. § 26 første ledd.²³⁶

4.4.3 Militæroperasjoner med mandat fra FNs sikkerhetsråd

4.4.3.1 Mandatets grenser må overholdes

Dersom Sikkerhetsrådet gir mandat til å intervenere militært i en stat vil intervensjonen være legitim folkerettslig så lenge operasjonen utøves innenfor mandatets grenser. Som påpekt over er det lagt til grunn som en forutsetning for at Norge skal kunne delta at operasjonen bygger på et legitimt folkerettslig grunnlag. Dersom det folkerettslige grunnlaget endres fra de opprinnelige forutsetningene for Norges deltagelse, må det vurderes hvorvidt det norske bidraget bør begrenses eller eventuelt avsluttes. Bidraget må operere innenfor mandatet og den vurderingen storting og regjering forutsatte ved beslutningen om å delta. Et eksempel på en slik situasjon oppstod nettopp i forbindelse med det norske militærbidraget i Libya 2011. Det ble

²³³ S.tid. nr. 93 (1949) fra s. 655 til 711-712.

²³⁴ Holmøyvik (2012) 188-189.

²³⁵ NATO (2017) «Collective defence - Article 5».

²³⁶ Reglene om behandling i statsråd etter Grl. § 28, og konsultasjon av den utvidede utenriks og forsvarskomiteen etter forretningsordenen § 16 må overholdes på vanlig måte.

diskutert hvorvidt de internasjonale styrkene beveget seg fra målet om å beskytte sivile og til et mål om å angripe Gaddafi for å få et regimeskiftet i Libya.²³⁷ Gade/Hilde sier at dette førte til at Norge avsluttet sitt bidrag allerede 1. august 2011, det vil si to måneder før NATO avsluttet operasjonen.²³⁸

Den videre drøftelsen i dette punktet forutsetter at det foreligger et mandat fra Sikkerhetsrådet, og at en gitt operasjon er planlagt innenfor mandatets rammer, det vil si en legitimt folkerettslig militæroperasjon. At en operasjonen er i samsvar med folkeretten betyr imidlertid ikke at den automatisk oppfyller Grunnlovens uttrykk om «forsvar av landet». Operasjoner for beskyttelse av NATO-allierte på grunnlag av etablerte allianseforbund som NATO etter artikkel 5, kan forklares med et utvidet forsvarsbegrep, jf. drøftelsen ovenfor i punkt 4.4.1. Spørsmålet i det følgende blir derfor om uttrykket forsvar kan strekkes ytterligere, slik at den utøvende makt kan beslutte norsk militærdeltagelse i militæroperasjoner som bygger på mandat fra FNs sikkerhetsråd.

4.4.3.2 Nærmere om bruk av makt etter FN-pakten

Et av de grunnleggende formålene med FN er å forhindre trusler mot freden, angrepshandlinger, fredsbrudd eller situasjoner som kan lede til fredsbrudd.²³⁹ Sikkerhetsrådet kan etter FN-pakten artikkel 39 fastslå om det foreligger trussel mot freden, fredsbrudd eller angrepshandling, og så eventuelt vedta tiltak eller anbefalinger etter artiklene 41 og 42 for å opprettholde eller gjenopprette internasjonal fred.²⁴⁰ Mener Sikkerhetsrådet at situasjonen krever bruk av væpnet makt, kan det etter artikkel 42 treffe tiltak om bruk av FN-medlemmenes stridskrefter i luften, til lands og til sjøs, som måtte være nødvendig for å gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet.

Det er enighet om at FNs medlemsstater har et ansvar for å beskytte befolkningen i land som blir utsatt for alvorlige overgrep. Begrepet «Responsibility to protect» dukket opp i flere FN-dokumenter tidlig på 2000-tallet, og viser til et prinsipp om en mer aktiv tilnærming til kollektiv beskyttelse gjennom Sikkerhetsrådets maktmidler.²⁴¹ På Generalforsamlingens toppmøte i 2005, ble det fastslått at det må tas kollektivt ansvar dersom en stats befolkning trenger be-

²³⁷ Gade/Hilde (2016) s. 85 forklarer at det er tale om «mission creep».

²³⁸ Gade/Hilde (2016) s. 85.

²³⁹ Jf. FN-pakten artikkel 1.

²⁴⁰ Etter artikkel 40 kan Sikkerhetsrådet oppfordre partene til å bøye seg for midlertidige forføyninger, etter artikkel 41 kan det treffe tiltak uten væpnet makt, som økonomisk boikott, brudd på diplomatiske forbindelser eller kommunikasjonsmidler.

²⁴¹ Brownlie (2012) s. 756, Simma (2012) avsnitt 53-55.

skyttelse mot folkemord, krigsforbrytelser, etnisk rensning og forbrytelser mot menneskeheten.²⁴²

Prinsippet autoriserer ikke ensidig bruk av makt, men understreker at Sikkerhetsrådet *kan* autorisere maktbruk innenfor FN-paktens rammer, og at det internasjonale samfunnet har et «ansvar for å beskytte» dersom en stat ikke makter å beskytte sin befolkning mot grove overgrep eller begår overgrep mot egen befolkning:

«In essence, it is intended to permit (and even require) international action in the face of the most serious human rights abuses or international crimes, in cases where a state fails in its duty to protect its own citizens.»²⁴³

Dersom det blir gitt et FN-mandat til å bruke makt, må NATO-rådet eller statene som ønsker å delta i den væpnede konflikten diskutere hvordan deltagelsen skal løses operasjonelt og militært. På tross av at det er gitt et FN-mandat, kan det være ulike syn på om man bør bruke mer tid på å få en politisk løsning gjennom virkemidler som diplomati, humanitære eller økonomiske tiltak.²⁴⁴

4.4.3.3 *Selvforsvar og internasjonal fred*

I punkt 4.4.2 ved drøftelsen av operasjoner med grunnlag i Atlanterhavspakten 5 jf. FN-pakten 51, ble det tatt som utgangspunkt at deltagelse i slike operasjoner ligger innenfor «forsvar» av Norge. Det avgjørende i denne sammenhengen var at Atlanterhavspakten har vært grunnlaget for norsk sikkerhets- og forsvarspolitikken siden opprettelsen av NATO. Tradisjonelt har militæroperasjoner utenfor forsvar av NATO-allierte en mer indirekte tilknytning til selvforsvar av Norge. Dette gjelder i større grad ansvaret for å beskytte *andre* stater, og som utgangspunkt ligger disse operasjonene utenfor forsvar av Norge.

Det kan argumenteres for at væpnet makt i krig og væpnet konflikt utenfor selvforsvar av norsk eller en NATO-alliertes territorium likevel omfattes som «forsvar» av Norge hvis grunnlaget for militærdeltagelsen er et mandat fra Sikkerhetsrådet. Det kan argumenteres for at militærdeltagelse i en krigslignende konflikt godkjent av Sikkerhetsrådet, eksempelvis som i Libya 2011, oppfyller forsvarskriteriet i en bredere og forebyggende sikkerhetspolitisk ram-

²⁴² FNs generalforsamling 2005, A/RES/60/1, punkt 139, Brownlie (2012) s. 756-257.

²⁴³ Brownlie (2012) s. 755.

²⁴⁴ Beslutningsprosessen kan ta tid ettersom landene kan ha ulike interesser knyttet til konflikten jf. Gade/Hilde (2016) s. 79.

me. Dette fordi formålet om internasjonal sikkerhet og stabilitet mer generelt er viktig for norsk sikkerhet.

Det å skape fred ved angrep på en stat eller andre former for deltagelse i krigføring og væpnet maktbruk utenfor eget territorium, skiller seg imidlertid fra maktbruk ved selvforsvarsoperasjoner. Formålet med bruk av væpnet makt etter FN-pakten er bredere og det enkelte mandat som utformes vil rette seg mot det aktuelle området. Det skiller seg dermed fra den typen selvforsvar som ble forutsatt ved vedtagelsen av § 26, og tilsier derfor at regjeringen alene ikke kan beslutte slike operasjoner etter § 26 første ledd.

Holmøyvik legger til grunn som klart at § 26 ikke er til hinder for militæraksjoner autorisert av Sikkerhetsrådet fordi «føresetnadene for angrepsforbudet og eintydig praksis frå regjering og storting sidan 1945 tilseier at slike operasjonar ikkje er forbode».²⁴⁵ Han understreker at det var en *forutsetning* at Norge skulle delta i internasjonale freds- og tvisteløsningsordninger. Ettersom FN spiller en viktig rolle i dette arbeidet, vil deltagelse i slike FN-godkjente militæroperasjoner aksepteres, ifølge Holmøyvik:

«Sett litt på spissen betyr det at det norske militære bidraget i Gulf-krigen i 1991 og deltakinga i militæraksjonen i Libya i 2011 var «til Landets Forsvar» i Grunnlova si tyding som følge av autorisasjonen frå Tryggingsrådet.»²⁴⁶

Ved vedtagelsen «forsvar» i 1917 var det imidlertid forutsatt at norsk fredsarbeid skulle skje ved bruk av andre virkemidler enn væpnet makt. Eksempelvis ble det trukket frem at Norge både var og ønsket å være en fredsnasjon som skulle delta i det internasjonale samfunnet gjennom fredsarbeid og fredelig tvisteløsning.²⁴⁷ Den faste, rolige «freds- og nøytralitetspolitikk» som ble ført av regjeringen hadde nasjonens fulle støtte, og det måtte forutsettes at det internasjonale samfunnet ikke kunne vente noe annet av Norge, som følge av norsk syn på internasjonal freds- og voldgiftsbevegelse:

«Og hertil kommer som det viktigste: Norge er og vil være et fredelig og fredselskende land. Folket er gjennomtrængt av avsky og rædsel for krig, og har med voksende styrke sluttet sig til den «fredsbevægelse», som i de sidste menneskealdre er opstaat verden over. Statsmyndighederne har gjort seg til tolk herfor, og Norge har blit et av de land i Europa, som først og bestemt har gaat til kravet om internationale stridgheters avgjø-

²⁴⁵ Holmøyvik (2012) s. 189.

²⁴⁶ Holmøyvik (2012) s. 189.

²⁴⁷ Indst. S LI (1917) s. 7.

relse ved voldgift, ved retsprøvelse istedetfor magtanvendelse, ved andre og mere menneskelige midler enn krig og barbarisk ødelæggelse. [...]»²⁴⁸

Som Holmøyvik påpeker var det en forutsetning at Norge skulle delta i fredsarbeid og internasjonal tvisteløsning, men forarbeidene som vist til over taler for at Norges aktive rolle i internasjonalt fredsarbeid var forutsatt å foregå gjennom *fredelig* konfliktløsning. Slik forutsetningene og uttalelsene ved vedtagelsen er forstått her, taler derfor for at § 26 første ledd ikke tillater at regjeringen alene beslutter at bruk av stridsmakt utenfor selvforsvar av Norge, til tross for at den enkelte operasjonen har mandat fra Sikkerhetsrådet.

Det sentrale her er ikke at § 26 er til hinder for at Norge kan delta i militæroperasjoner utenfor forsvar av Norge og NATO-allierte, men å vise at slike situasjoner ikke opprinnelig var påtenkt ved vedtagelsen av Grunnloven § 26 første ledd. Det er som vist gode grunner for å si at disse situasjonene ligger utenfor formålet for bestemmelsen, slik den ble beskrevet i forarbeidene og stortingsdebatten.

4.4.3.4 Nærmere om praksis

Holmøyvik peker videre på at det foreligger en «entydig praksis» fra storting og regjering ved tolkningen av § 26, som kan gi regjeringen en noe utvidet krigsrett etter § 26 første ledd.²⁴⁹ Holmøyvik viser til at behandling av norsk deltagelse i militæroperasjoner i flere saker de siste årene har foregått slik at regjeringen har tatt beslutningen ved Kongen i statsråd, jf. Grl. § 28, og ved konsultasjon med den utvidete utenriks- og forsvarskomiteen. Ved spørsmål om norsk deltagelse i den FN-godkjente stabiliseringsoperasjonen i Irak i 2003 ble utenrikskomiteen konsultert om beslutningen, og Stortinget orientert i plenum orientert før styrkene ble sendt, det samme er tilfelle for det norske bidraget i Afghanistan fra 2001. Deretter er sakene redegjort for og debattert på Stortinget. Dette gjaldt også i forbindelse med norske bidrag i Irak fra 2015, men dette bidraget bygget som nevnt på en forespørsel om hjelp for å bekjempe IS fra Irak rettet til FNs sikkerhetsråd og generalforsamling.²⁵⁰

Praksis på området er imidlertid ikke like entydig som Holmøyvik skal ha det til. I Libya-saken fra 2011 er det eksempelvis reist kritikk for at verken Kongen i statsråd eller den utvidete utenrikskomiteen møttes før beslutningen om norsk deltakelse ble formidlet til de allierte, jf. punkt 1.2.²⁵¹ Norske fly var som nevnt allerede utplassert i Hellas da Kongen i statsråd

²⁴⁸ Indst. S LI (1917) s. 6.

²⁴⁹ Holmøyvik (2012) s. 189.

²⁵⁰ Brev fra den permanente representanten for Irak i FN til Sikkerhetsrådets president 20. september 2014 S/2014/691, se Hellestveit (2016).

²⁵¹ Se Johansen, Aftenposten (2011) om flere politikeres kritikk av beslutningen om maktbruk i Libya-saken.

møttes, jf. punkt 1.2. I tillegg ble ikke Stortinget i plenum orientert før etter det første norske bombeoppdraget ble gjennomført i Libya. Sakene vitner om at den interne saksbehandlingen ikke har vært helt entydig, og det har heller ikke vært full tilslutning til den, slik det fremgikk i stortingsdebatten forut for at norske styrker skulle sendes til Afghanistan i 2001, jf. punkt 2.2.

4.4.3.5 Utvikling av typen operasjoner og betydningen av Norges bidrag

Norge har deltatt i nesten hundre ulike internasjonale operasjoner i over førti land i fire verdensdeler.²⁵² I en opptelling utgitt av Forsvarsmuseet i 2012 fremgår det at norske soldater har deltatt i internasjonale operasjoner nesten fortløpende siden 1947.²⁵³ Dette er imidlertid ikke bare operasjoner med mandat fra Sikkerhetsrådet, men alle ulike typer internasjonale operasjoner Norge har deltatt i.

Et sentralt poeng i denne sammenhengen er at Norges bidrag i militæroperasjoner kan se ut til å ha gjennomgått en utvikling. Et aspekt som påpekes er utviklingen fra «tradisjonell fredsbevaring, med innsetting av FN-styrker» under den kalde krigen, til et mer sammensatt bilde av militæroperasjoner på 90-tallet.²⁵⁴ NATO vedtok et strategisk konsept i 1991 som åpnet som deltakelse i internasjonale operasjoner, og det understrekes at NATO i tiltagende grad ledet operasjonene.²⁵⁵ I Forsvarsmuseets gjennomgang vises det også til at tidlige norske bidrag i internasjonale operasjoner, som lenge var fredsbevarende FN-operasjoner, var politisk ukontroversielle, men at den senere deltakelsen i operasjoner med utstrakt bruk av makt derimot ble gjenstand for større debatt, og har etterhvert medført en «stadig oppdukkende» diskusjon når en ny operasjon er på trappene, eller får en dramatisk utvikling.²⁵⁶ Det er hevdet at nettopp det norske militærbidraget i Libya 2011 er eksempel som skiller seg fra Norges rolle i tidligere militæroperasjoner.²⁵⁷

4.4.3.6 Libya 2011 – et paradigmeskiftet siden andre verdenskrig?

Henriksen har analysert Norges *reelle innflytelse* på operasjonene i Libya. Han argumenterer for at erfaringene fra denne aksjonen bryter med tidligere utgangspunkt for norsk militærtenkning fordi Norges kvalitative innflytelse i operasjonen var så kraftfullt at det «ikke bare

²⁵² Forsvaret (itjenestefornorge.no).

²⁵³ Imidlertid unntak for et halvannet år mellom november 1954 da innsatsen i Korea ble avviklet og mai 1956 da de observatører ankom Midtøsten. Det påpekes også at det har vært stor forskjell på bidragene, som har foregått i vel førti land på fire kontinenter, jf. Leraand (2012) s. 40 og 42-45.

²⁵⁴ Leraand (2012) s. 44-45.

²⁵⁵ Leraand (2012) s. 44-45.

²⁵⁶ Leraand (2012) s. 17, samt side 44-45 for en oversikt over utviklingen av internasjonale operasjoner der Norge har deltatt.

²⁵⁷ Henriksen (2013).

har overasket oss selv, men også våre alliansepartnere».²⁵⁸ Han påpeker at denne erfaringen neppe får mindre relevans av «at Norge er i ferd med å bruke stor ressurser på å anskaffe et av de mest avanserte kampfly i verden, som nok vil bli etterspurt i fremtidige konflikter.»²⁵⁹

Et av Henriksens poenger er at operasjonene i Libya viser at Norge kan være en betydelig militær aktør. Med dette følger et moralsk, politisk og militært ansvar.²⁶⁰ Derfor diskuterer Henriksen om Norge kan *påvirke* operasjonene vi deltar i, blant annet gjennom nærmere tilstedeværelse under utvelgelse av militære mål. For drøftelsen i dette punktet, er det relevant å trekke frem hvordan Henriksen plasserer det norske kampflybidraget i Libya i et større perspektiv:

«Norge deltok med jagerfly i Kosovo i 1999 uten å slippe en eneste bombe. Vi slapp totalt ca syv bomber i de to periodene (2002–03 og 2006) vi har hatt jagerfly i Afghanistan (Haugen 2012). Dette var de første bombene som ble droppet fra norske kampfly siden 2. verdenskrig. I Libya leverte norske kampfly nesten 600 bomber (Forsvaret 2011).»²⁶¹

Henriksen forklarer at Norge i Libya-aksjonen i den innledende delen av operasjonen sto for 17 % av offensive oppdrag. Norge bidro til å ta ut politiske sensitive bidrag som mange andre i koalisjonen ikke ønsket å ta. Ifølge Henriksen bidro dermed Norge også til å flytte grensene for den militære maktbruken i Libya, og Norge fikk «en reell ”tallende” effekt».²⁶² Libya-aksjonen beskrives som et paradigmeskiftet i norsk maktanvendelse etter andre verdenskrig.²⁶³ Med denne bakgrunnen vises det til at Norge har beveget seg langt politisk og militært de siste 20 årene, og at det på 90-tallet var få som trodde norske jagerfly ville benyttes mot et sittende folkevalgt regime i Serbia, og senere involveres i aksjoner i Afghanistan og Libya. Praksisen ser etter dette ut til å være i stadig utvikling, og basert på drøftelsen her bør den drøftes grundigere i relasjon til Grunnloven. Praksisen får etter dette *ikke* avgjørende vekt i retning av en såpass utvidende tolkning av § 26 første ledd.

4.4.3.7 Sammenfatning av regjeringens kompetanse

Behandlingen av militæroperasjoner med sikkerhetsrådsmandat har ikke nødvendigvis en klar plass i Grl. § 26. Som det har fremgått følger det av utgangspunktet etter ordlyden og forut-

²⁵⁸ Henriksen (2013) s. 31.

²⁵⁹ Henriksen (2013) s. 29-56.

²⁶⁰ Henriksen (2013) s. 29-56.

²⁶¹ Henriksen (2013) s. 29-56.

²⁶² Henriksen (2013) s. 29-56.

²⁶³ Henriksen (2013) s. 29-56.

setningen for vedtagelsen av § 26 at militæroperasjonene positivt må utgjøre et forsvar av Norge. Det legges derfor til grunn at det må gå en grense for hvor utvidende forsvarsuttrykket kan tolkes, og den synes å gå ved forsvar av NATO-allierte. Konklusjonen blir at militæroperasjoner med mandat fra Sikkerhetsrådet ikke automatisk omfattes av regjeringens beslutningskompetanse etter § 26 første ledd.

Basert på denne drøftelsen faller militæroperasjoner med sikkerhetsrådsmandat utenfor forsvar av Norge etter Grl. § 26 første ledd. Det ligger dermed utenfor regjeringens enekompetanse å avgjøre om Norge skal delta i en slik militæroperasjon, som eksempelvis militærdeltagelse i krigslignende konflikter. Dette til tross for at militærdeltagelse er innenfor et mandat fra Sikkerhetsrådet og således er folkerettslig legitimt.²⁶⁴ Det må i det videre vurderes hvordan en beslutning om deltagelse i militæroperasjoner utenfor forsvar av Norge eller NATO-allierte bør behandles. Spørsmålet er da om regjeringen må innhente samtykke fra Stortinget for å beslutte norsk militærbistand i en slik operasjon.

4.4.3.8 *Må regjeringen innhente Stortingets samtykke?*

Som redegjort for i de foregående punktene var det en klar forutsetning i forarbeidene til § 26 i 1917 at angrepskrig var forbudt og at selvforsvar med våpenmakt skulle være Grunnlovens eneste krigsbegrep.²⁶⁵ Dette tilsier i utgangspunktet at militærdeltagelse i krig og konflikt utenfor forsvar av Norge er forbudt. Formålet om konfliktløsning og internasjonal fred som grunnlag for en internasjonal orden ble siden etablert i 1945. Dette er et arbeid som Norge har bidratt aktivt til, og som det er knyttet mye praksis til, både nasjonalt og internasjonalt. FN-operasjoner som sådan, kan derfor ikke anses som forbudt etter Grunnloven § 26.²⁶⁶

Holmøyvik peker på at både forutsetningene for angrepsforbudet og entydig praksis fra regjering og storting siden 1945 tilsier at operasjoner fra Sikkerhetsrådet ikke er forbudte. Det kan imidlertid se ut til at han bygger på at militæroperasjoner etter § 26 enten må være absolutt *forbudte* eller omfattet av den *utøvende makts* kompetanse. Han konkluderer videre med at forsvarsbegrepet må utvides, ettersom operasjonene etter praksis og forutsetning ikke bør være forbudte.

I dette kapittelet er det vist at verken forutsetningene eller praksis entydig taler for en slik løsning som Holmøyvik legger opp til. Tvert imot synes operasjonene med mandat fra Sikkerhetsrådet å falle i en *mellomstilling*. Operasjonene er riktignok ikke forbudte etter Grunn-

²⁶⁴ Jf. FN-pakten av 26. juni 1945, se artikkel 39 til 42 samt formålsbestemmelsen i artikkel 1.

²⁶⁵ Indst. S. LI (1917) s. 6.

²⁶⁶ Jf. FN-pakten av 26. juni 1945, se artikkel 39 til 42 samt formålsbestemmelsen i artikkel 1.

loven, men utgjør heller ikke tydelig nok det som har blitt sett på som forsvar av Norge i henhold til § 26 første ledd.

Dette siste taler klart i retning av at regjeringen ikke alene kan beslutte deltagelse i slike operasjoner. Et poeng i denne sammenheng er at selve formålet med forsvarsuttrykket var å begrense Kongens (Regjeringens) myndighet. Det tilsier at det stilles strengere krav til prosessen for operasjoner utenfor forsvar av Norge. I tillegg er deltagelse i krigslignende konflikter langt borte fra Norge gjerne mer kontroversielle og politisk sensitive, enn en beslutning om at norske styrker bidrar til selvforsvar av Norge eller forsvar etter et ulovlige angrep på en NATO-alliert. Dette skyldes blant annet at det er utfordrende å delta militært i krig og konflikt i stater med en annen kultur og politisk historie.

Disse forholdene øker også risikoen for at interessepolitikk, det vil si hensynet til andre staters interesser i ulike regioner kan få betydning. Det faktum at en beslutning om militærdeltagelse kan føre til tap av både norske og utenlandske sivile liv, innebærer at Stortingets mulighet for etterhåndskontroll med regjeringen i så måte kan komme for sent. En «fra det mer til mindre-betraktning» støtter derfor at militæraksjonene utenfor selvforsvarsoperasjonene i § 26 første ledd, krever et direkte parlamentarisk grunnlag, det vil si at Stortingets samtykke må innhentes.

Stortingets funksjon som demokratisk organ og som bevilgende myndighet trekker også i denne retning. Operasjonene kan bli så komplekse at det blir vanskelig å trekke seg ut, og norsk utenrikspolitikk og bevilgningsmyndighet vil potensielt kunne bli reelt bundet i lang tid. Dette underbygger en løsning der beslutning om norsk deltagelse bør ha parlamentarisk støtte i forkant av at operasjonen innledes. Grunnlovens formål om å begrense maktbruken til Kongen (Regjeringen) fra 1917, sett i lys av nyere samfunnsmessig- og folkerettslig utvikling, tilsier at Stortingets samtykke bør innhentes. Som det er vist, går det en grense for hvor bred regjeringens kompetanse til å erklære *forsvarskrig* skal være, og for at kjernen i forsvarsbegrepet skal bevares. Konklusjonen blir etter dette at regjeringen må innhente Stortingets samtykke for å beslutte norsk militærdeltagelse i krig og væpnet konflikt, til tross for at operasjonene har sikkerhetsrådsmandat.

4.4.4 Humanitære intervensjoner

4.4.4.1 Kort om folkerettslig grunnlag

Det som skal vurderes her er militær inngripen i en stat, uten grunnlag i FN-pakten, for å forbedre menneskerettssituasjonen i staten. Dette omtales som humanitær intervensjon.²⁶⁷

²⁶⁷ Se Ulfstein (2011) s. 201.

Spørsmålet går til kjernen av maktforbudet i FN-pakten art. 2(4). Bakgrunnen er staters ønske om å bidra militært for å påvirke en væpnet konflikt, eksempelvis dersom de oppfatter at det foregår uutholdelige overgrep i en stat. Slik maktbruk kan bli aktuell dersom FNs sikkerhetsråd ikke kommer til enighet om makt skal brukes.

Det er i dag uenighet om humanitær intervensjon er lovlig etter folkeretten.²⁶⁸ På slutten av 1800-tallet var det enighet i teorien om at retten eksisterte, men ifølge Brownlie overlevde ikke doktrinen utover 1919, blant annet fordi intervensjonsgrunnlaget i enkelte saker ble brukt som skalkeskjul for imperialistisk inngripen.²⁶⁹

I forbindelse med NATOs bombing i Jugoslavia i 1999, som ble gjennomført uten hjemmel i FN-pakten, ble prinsippet aktualisert på nytt.²⁷⁰ Ulfstein og Ruud oppsummerer diskusjonen ved å slå fast at dersom humanitære intervensjoner skal forsvares på folkerettslig grunnlag, må de være til beskyttelse av grunnleggende menneskerettigheter.²⁷¹ Forfatterne mener noen av aksjonene har bidratt til å befri verden fra terrorregimer, men at «faren for misbruk har medført at den framherskende oppfatningen er at det i dag ikke eksisterer en rett til humanitær intervensjon».²⁷²

Brownlie uttaler at det er få og tvetydige saker som foreligger til støtte for humanitær intervensjon i rettspraksis, samt at «worthy though such an impulse may be, it runs into the same obstacle as anticipatory self-defence: there is simply no room for it in the Charter».²⁷³ Det skal ikke sees nærmere på debatten om humanitær intervensjon her. Det sentrale er, som det omtales i litteraturen, at grunnlaget for slike intervensjoner er utenfor FN-pakten, omdiskutert i folkeretten og at den fremherskende oppfatningen i folkerettslig teori er at en slik rett ikke er i samsvar med folkeretten.²⁷⁴

4.4.4.2 Er humanitære intervensjoner «forsvar» av Norge, jf. § 26?

For at regjeringen skal beslutte deltagelse i humanitære intervensjoner må aksjonen etter § 26 første ledd være til «forsvar» av Norge. Drøftelsen av forsvarsbegrepet må bygge på de samme utgangspunktene som ble vurdert i forbindelse med artikkel 5-operasjoner og operasjoner på grunnlag av sikkerhetsrådsmandat i punkt 4.4.2 og 4.4.3.

²⁶⁸ Se Ulfstein (2011) s. 201-203.

²⁶⁹ Brownlie (2012) s. 753.

²⁷⁰ Brownlie (2012) s. 753. Intervensjonen i Jugoslavia omtales nærmere med fokus på norsk deltagelse i Kosovo i 1999, jf. punkt 7.3 nedenfor.

²⁷¹ Ulfstein (2011) s. 203.

²⁷² Ulfstein (2011) s. 203.

²⁷³ Brownlie (2012) s. 754.

²⁷⁴ Ulfstein (2011) s. 203.

Som ved operasjoner etablert med grunnlag i sikkerhetsrådmandat, ligger som hovedregel formålet med humanitære operasjoner i å forbedre forhold i *andre stater*, gjerne langt fra Norge. Operasjonene er ikke bygget på noen traktatfestet forsvarsallianse, slik som NATOs artikkel 5-operasjoner. Deltagelse i humanitære intervensjoner fører ikke nødvendigvis til en forbedring av norsk sikkerhet eller utenrikspolitiske interesser. Det å igangsette en aksjon utenfor FN-pakten kan i tillegg signalisere at Norge ikke forholder seg til FN-paktens grenser. Et lite land som Norge vil som hovedregel tjene på en rettsorden der FN-paktens grenser respekteres. Til tross for et legitimt uttalt formål om fredeligere tilstander og internasjonal fred, må det som utgangspunkt antas at humanitære intervensjoner utenfor FN-pakten ikke kan regnes for å være til forsvar av Norge etter Grl. § 26.

Det er også et poeng at formålet med reguleringen av maktbruk gjennom FNs sikkerhetsråd var at stormaktene skulle være enige om eventuelle intervensjoner.²⁷⁵ Begrunnelsen for dette var å unngå at en konflikt skulle utvikle seg til å bli større ved at stormaktene involverer seg på ulike sider.²⁷⁶ Formålet var altså å forhindre potensielt større kriger. Dette gjør avgjørelsene spesielt vanskelige. Med tanke på Brownlies uttalelser om at intervensjoner utenfor FN-pakten tidligere har blitt brukt som skalkeskjul for staters egne interesser, bør terskelen for slike intervensjoner være høy.²⁷⁷

I litteraturen tar både Andenæs og Fliflet, Eskeland og Holmøyvik som utgangspunkt at det må foreligge et legitimt folkerettslig grunnlag for militæroperasjoner i utlandet. Ifølge Andenæs og Fliflet følger dette rettslige utgangspunktet av sikker statsrettslig praksis, selv om det ikke har kommet direkte til uttrykk i Grunnloven, som nevnt i punkt 4.2.²⁷⁸ Det klare utgangspunktet er altså at Norge ikke deltar i militæraksjoner som bygger på omdiskuterte folkerettslige grunnlag.

Andenæs og Fliflet nevner som eksempel at Norge ikke støttet USA i aksjonen mot Irak i 2003, men går ikke nærmere inn på den norske deltagelsen i Kosovo i 1999 som fant sted uten vedtak i Sikkerhetsrådet.²⁷⁹ I norsk sammenheng er humanitær intervensjon relativt nytt. Norge har kun deltatt i én humanitær intervensjon tidligere, det vil si i forbindelse med konflikten i det tidligere Jugoslavia i 1999. Sammen med NATO bidro Norge med kampfly for å forhindre humanitær katastrofe i den tidligere serbiske provinsen Kosovo, som ønsket selvsty-

²⁷⁵ Se Eskeland (2011) s. 134.

²⁷⁶ Se Eskeland (2011) s. 134.

²⁷⁷ Brownlie (2012) s. 753.

²⁷⁸ Andenæs (2017) s. 363-364.

²⁷⁹ Andenæs (2017) s. 364 note 589.

re.²⁸⁰ Det redegjøres nærmere for denne konflikten under punkt 7.3.3 nedenfor. Det sentrale her er å vise at det kun er ett eksempel på at Norge i nyere tid har deltatt i en slik aksjon, og at hovedsynspunktet i litteraturen i utgangspunktet utelukker deltagelse i militæroperasjoner som ikke bygger på legitime folkerettslige vedtak.

Etter Holmøyviks syn kan det imidlertid tenkes tvilstilfeller som tilsier norsk deltagelse i en militæroperasjon også *uten* hjemmel i FN-pakten dersom formålet er «vern av norsk sjøsten- de og territorial integritet».²⁸¹ Som begrunnelse for sitt syn trekker Holmøyvik inn både kompleksiteten i dagens trusselbilde, og den sentrale rollen internasjonalt forsvars- og sikker- hetssamarbeid spiller for norsk forsvarsevne.²⁸² Han peker nettopp på intervensjonen i Jugo- slavia i 1999, hvor norsk selvforsvar etter hans mening ble lest inn i «ein slik breiare tryg- gingspolitisk og regional samanheng».²⁸³ Imidlertid mener han at denne aksjonen «i beste fall» var i yttergrensen for det han mener rimelig kan regnes som forsvar av Norge.²⁸⁴

En så bred generell trygghetspolitisk sammenheng vil imidlertid kunne bidra til at uttrykket *forsvar av Norge* blir uthullet, slik at det kan miste sin kjerne og betydning. Det synes ikke å foreligge konkrete holdepunkter for at humanitære intervensjoner er til forsvar av Norge. Mi- litær intervensjon mot en stats vilje og utenfor FN-pakten må anses å være særlig inngripende, og det foreligger en rekke usikkerheter ved beslutninger om maktbruk utenfor FN-paktens rammer. Det legges derfor til grunn at slike intervensjoner som utgangspunkt er for fjerntlig- gende til å beskrives som forsvar av Norge. Konklusjonen her blir derfor at humanitære inter- vensjoner ikke kan besluttes av regjeringen etter Grl. § 26 første ledd.

4.4.4.3 Kan regjeringen beslutte humanitær intervensjon med Stortingets samtykke?

I utgangspunktet er maktbruken etter Grunnloven begrenset til forsvar av Norge. Som det fremgikk over, ble det funnet at regjeringen kunne beslutte deltagelse i operasjoner med sik- kerhetsrådsmandat med Stortingets samtykke. Det særlige forholdet som gjorde at militærope- rasjoner med sikkerhetsrådsmandat måtte tillates etter Grunnloven, var at disse bygget på FNs regulering av internasjonal legitim maktbruk. I tillegg ble det på det overordnede formålet bak FN-paktens maktforbud, om konfliktløsning og internasjonal fred, som grunnlag for interna- sjonalt samarbeid siden FNs tilblivelse i 1945, jf. punkt 4.4.3.8. Dette forholdet foreligger ikke ved humanitære intervensjoner, som derimot finner sted utenfor folkerettens legitime grenser for maktbruk.

²⁸⁰ Leraand (2012) s. 89, Ulfstein (2011) s. 202.

²⁸¹ Holmøyvik (2012) 187-188.

²⁸² Holmøyvik (2012) s. 189.

²⁸³ Holmøyvik (2012) s. 189.

²⁸⁴ Holmøyvik (2012) s. 190.

Som hovedregel må dette innebære at regjeringen ikke kan beslutte deltagelse i slike operasjoner til tross for at Stortinget samtykker. Frykten for at land skal anføre andre formål enn de reelle underliggende grunnene bak et angrep, støtter også at maktbruk utenfor legitim folkerett *ikke* bør aksepteres. Basert på uttalelsene hos Andenæs og Fliflet er det uansett sikker statsrettslig praksis at Norge ikke vil medvirke i operasjoner uten legitimt folkerettslig grunnlag.²⁸⁵ Til tross for at Norge har deltatt i en militæraksjon i Kosovo utenfor FN-pakten, må den klare hovedregel etter dette være at Norge ikke skal delta i operasjoner uten folkerettslig grunnlag.

5 Traktatbegrepet i Grl. § 26 andre ledd

5.1 Uttrykket «traktater»

De foregående kapitler har drøftet anvendelsesområdet i § 26 første ledd, og begrensninger på regjeringens kompetanse til å beslutte militærbistand i krig og væpnet konflikt utenlands. I kapittel fem og seks vil det analyseres hvilke begrensninger som følger av § 26 andre ledd. Bestemmelsen lyder som følger:

«Traktater om saker som er av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning, blir først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil.»

Det sentrale for drøftelsene er om folkerettslige avtaler knyttet til norsk militærdeltagelse kan omfattes som «traktater» om saker som er av «særlig stor viktighet», slik at de må fremlegges for Stortinget. I dette kapittelet behandles rekkevidden av uttrykket «traktater». Det skal først sees nærmere på bakgrunnen for § 26 andre ledd. Den eneste gangen Stortinget spesifikt har uttalt seg om utenrikspolitiske regjeringshandlinger og § 26 andre ledd var i forbindelse med behandlingen av Østgrønlandssaken i 1933. Det må derfor sees nærmere på diskusjonen i denne saken og hvorvidt den kan få betydning for tolkningen av bestemmelsen i dag.

Dernest vil det gis en oversikt av de *rettslige utgangspunktene* ved traktatbegrepet. Avtaler eller politiske «enigheter» om å delta i militæroperasjoner kan avsluttes på ulike måter. Det vil derfor redegjøres for tre typetilfeller hvor stater seg imellom blir enige om at militærbistand skal anvendes i krig eller væpnet konflikt utenfor Norge. Formålet er å vise hvordan slike beslutninger kan og har blitt tatt, samt å peke på hva som må vurderes for at § 26 andre ledd skal komme til anvendelse.

²⁸⁵ Andenæs (2017) s. 364.

5.2 Ordlyd og formål – krav til forhåndssamtykke

Ordlyden i § 26 andre ledd er formulert som en ugyldighetsregel.²⁸⁶ Traktater «blir først bindende» når Stortinget gir sitt samtykke. Ordlyden nevner ikke direkte at regjeringen har plikt til å forelegge traktaten for Stortinget på forhånd. Formålet med innføringen av bestemmelsen i 1931 var at Grunnloven skulle tilpasses det som var blitt norsk konstitusjonell praksis.²⁸⁷ Praksis hadde, ifølge utenrikskomiteens innstilling, utviklet seg slik at de forskjellige regjeringer ikke lenger utelukkende sendte Stortinget beskjed om hvilke traktater som var inngått, jfr. Grl. § 75g, men at de ba om Stortingets godkjenning *før* avslutning av enkelte traktater.²⁸⁸ Denne praksisen ønsket man i 1931 å få inn i det som skulle bli Grunnloven § 26 andre ledd.²⁸⁹ Forutsetningen ved vedtagelsen var dermed at regjeringen hadde plikt til å innhente Stortingets samtykke *på forhånd*. Bakgrunnen for dette var, som Andenæs og Fliflet påpeker, at Stortinget av utenrikspolitiske grunner kunne føle seg presset til å godkjenne en traktat dersom regjeringen allerede hadde avsluttet den på egenhånd uten å be om Stortingets forhåndssamtykke.²⁹⁰

5.3 Rekkevidden av § 26 andre ledd – Østgrønlandssaken

5.3.1 Traktater – eller folkerettslige regjeringshandlinger generelt?

Kort tid etter vedtagelsen av § 26 andre ledd i 1931 ble tolkningen av bestemmelsen omdiskutert. Som følge av den norske okkupasjonen på Østgrønland i 1931 og 1932, kom det frem at det var ulikt syn på hvilke saker regjeringen hadde plikt til å legge frem for Stortinget etter § 26 andre ledd.²⁹¹

I 1933 sluttet Odelstinget seg til protokollkomiteens innstilling som la til grunn at regjeringen hadde en konstitusjonell plikt til å innhente Stortingets samtykke for visse viktige utenrikssaker.²⁹² Dette skulle vært gjort før regjeringen hadde stadfestet den norske okkupasjonen. Begrunnelsen for dette synet var at § 26 andre ledd om «traktater» kun var en lovfestet del av et bredere prinsipp som gjaldt generelt for alle særlig viktige utenrikspolitiske regjeringshandlinger.²⁹³ I så fall vil § 26 andre ledd ikke kunne forstås som en uttømmende regulering av hvilke situasjoner som krever Stortingets samtykke.

²⁸⁶ Andenæs (2017) s. 367-368.

²⁸⁷ Innst. S. nr. 47 (1931) s. 71.

²⁸⁸ Innst. S. nr. 47 (1931) s. 71.

²⁸⁹ Innst. S. nr. 47 (1931) s. 71.

²⁹⁰ Andenæs (2017) s. 368.

²⁹¹ Innst. O. XXX (1933). Protokollkomiteen var en tidligere en stortingskomité med kontrolloppgaver som senere ble lagt til nåværende kontroll- og konstitusjonskomite.

²⁹² Innst. O. XXX (1933) s. 26.

²⁹³ Innst. O. XXX (1933) s. 6.

5.3.2 Nærmere om Østgrønlandssaken

Det underliggende spørsmålet i saken var hvorvidt Grønland rettslig sett tilhørte Danmark eller Norge. Norge godtok ikke at danskene erklærte at Grønland var underlagt det danske handelsmonopolet i 1921. Dette førte til at norske fangstfolk foretok en privat okkupasjon på Østgrønland, og denne okkupasjonen ble stadfestet av Bondepartiregjeringen.²⁹⁴ Okkupasjonen ble opphevet etter Norge tapte mot Danmark da saken kom inn for den internasjonale domstolen i Haag 1933.²⁹⁵

Fremgangsmåten i saken ble evaluert utførlig internt i Norge av Stortingets protokollkomité, som i 1933 fremmet en innstilling til Odelstinget om Østgrønlandssakens konstitusjonelle sider.²⁹⁶ Komiteen delte seg i tre fraksjoner hvor altså flertallet, bestående av representanter fra Arbeiderpartiet, Venstre og Høyre, mente at regjeringen hadde brutt en konstitusjonell plikt til å forelegge okkupasjonsspørsmålet for Stortinget på forhånd.²⁹⁷ Det ble uttalt at Grunnloven § 26 andre ledd var utslag av et generelt prinsipp om at saker av særlig viktighet på utenriksområdet generelt krever Stortingets samtykke.²⁹⁸ Dette til tross for at § 26 andre ledd «etter sin ordlyd visstnok kun [handler] om traktater».²⁹⁹ Reglene om Stortingets påvirkning på utenrikspolitikken hang ikke sammen hvis ikke «et så farlig inngripende skritt som den norske regjeringens okkupasjon» vil kreve Stortingets samtykke, ifølge flertallet:

«Ingen utenrikspolitisk bindende avgjørelse som er av særlig viktighet eller som etter konstitusjonen nødvendiggjør ny lov eller Stortingets beslutning må treffes uten Stortingets samtykke. Likesom viktige beslutninger ikke skal treffes bare i regjeringsskonferanser eller av den enkelte departementsschef, men i statsråd, således skal særlige viktige utenrikspolitiske skritt inn for Stortinget, før de blir gjort verbindende. Dette prinsipp må gjelde likeoverfor folkerettslige okkupasjonshandlinger.»³⁰⁰

5.3.3 Ingen riksrett, men Odelstinget beklaget

Protokollkomiteen mente at regjeringens handlemåte kunne aktivere reglene om riksrett, men at dette ikke var nødvendig. Regjeringen hadde ment å tjene landets interesser best mulig, og handlet i tråd med sakkyndige råd.³⁰¹ Opinionen i pressen hadde krevd aktive forsvarsforan-

²⁹⁴ Se Innst. O. XXX (1933).

²⁹⁵ PCIJ Denmark v. Norway (1933).

²⁹⁶ Innst. O. XXX (1933).

²⁹⁷ Flertallet bestod av tre representanter fra Arbeiderpartiet, to fra Venstre og to fra Høyre, mens to mindretall var en representant fra Høyre og den andre fra Bondepartiet, jf. Innst. O. XXX (1933) s. 4.

²⁹⁸ Innst. O. XXX (1933) s. 6.

²⁹⁹ Innst. O. XXX (1933) s. 6.

³⁰⁰ Innst. O. XXX (1933) s. 6.

³⁰¹ Innst. O. XXX (1933) s.25- 26.

staltninger for å avverge danskenes aktivitet, og i tillegg satt ikke lenger vedkommende regjeringsmedlemmer i regjeringen. Det var derfor tilstrekkelig å gi «utvetydig uttrykk for sin oppfatning av sakens konstitusjonelle sider» gjennom en beklagelse av regjeringens handlemåte i saken.³⁰² Odelstinget sluttet seg til dette, og vedtok at «Odelstinget beklager» at regjeringen foretok okkupasjonen «uten på forhånd å forelegge saken for Stortinget».³⁰³

5.3.4 Har prinsippet fra Østgrønlandssaken betydning i dag?

Et generelt prinsipp som beskrevet i Østgrønlandssaken ville innebære at regjeringen måtte innhente Stortingets samtykke i betraktelig flere saker enn det gjøres i dag. På denne bakgrunn må det sees nærmere på om, eller i hvilken grad, prinsippet kan opprettholdes i dag.

Protokollkomiteen bygget prinsippet om stortingsbehandling av viktige utenrikssaker på parlamentarisk praksis og parlamentarisk-demokratiske prinsipper.³⁰⁴ Det sentrale var at *nasjonalforsamlingens bestemmelsesrett* på utenriksfeltet var styrket både i Norge og andre parlamentariske land.³⁰⁵ Det er vanskelig å etterprøve grunnlaget for prinsippet fordi protokollkomiteens flertall ser ut til å vektlegge en noe udefinert parlamentarisk praksis.³⁰⁶ Protokollkomiteens mindretall viste imidlertid til tre tidligere okkupasjonssaker.³⁰⁷ Okkupasjonen av Jan Mayen og Peter den 1. Øy i 1929 ble begge forelagt Stortinget for samtykke. Okkupasjonen av Bouvetøya i 1927 ble ikke det.³⁰⁸ Altså ble et flertall, de to siste sakene, fremlagt for Stortinget.³⁰⁹

Som det fremgår, var den parlamentariske praksisen relativt sparsom. Det er derfor tvilsomt om praksis og hensynet til demokratisk legitimitet var tilstrekkelig grunnlag for at regjeringshandlingene generelt måtte legges frem for Stortinget. Prinsippet er i tillegg sterkt kritisert i juridisk teori av de faglige nestorene Castberg, Andenæs og Colban.³¹⁰ Kritikken gikk nettopp

³⁰² Innst. O. XXX (1933) s. 26.

³⁰³ Beklagelsen ble vedtatt 4.juli 1933 med 73 mot 30 stemmer, jf. S.tid, Forhandlinger i Odelstinget (1933) s. 952-953.

³⁰⁴ Den parlamentariske praksisen ser ikke ut til å være spesifisert, noe som gjør det vanskelig å kontrollere bakgrunnen for og rekkevidden av det påståtte prinsippet.

³⁰⁵ Prinsippet ble begrunnet ved å trekke frem en annen innstilling som understreker at det generelt har forekommet en utvikling av nasjonalforsamlingens betydning, se Innst. S nr. 166 (1933) på side 67 om Østgrønlandssakens brudd med konstitusjonelle normer og sidene 28-42 som beskriver den konstitusjonelle utviklingen i Grunnloven.

³⁰⁶ Se Innst. O. XXX (1933) s. 6 og Innst. S nr. 166 (1933) på side 67 samt s. 28-42.

³⁰⁷ Dette følger også av Castbergs utredning som var vedlagt innstillingen.

³⁰⁸ Ettersom andre ledd ble innført 26. mars mens okkupasjonen fant sted allerede 27. juni 1931, er det praksisen forut for innføringen av § 26 andre ledd det må siktes til. Colban nevner at okkupasjonen av Dronning Maud Land i 1939 ikke ble fremlagt for Stortinget, jf. Colban (1961) s. 267.

³⁰⁹ Innst. O. XXX (1933) s. 11 og promemoria, Innst. O. XXX (1933) s. 39.

³¹⁰ Andenæs (1945) s. 219, Andenæs (2017) s. 369-370, Colban (1961) s. 267, Castbergs promemoria om saken var vedlagt innstillingen i Innst. O. XXX (1933) s. 38.

ut på at protokollkomiteen ikke hadde tilstrekkelig grunnlag til å fastslå at ordlyden «traktater» var en del av et bredere prinsipp.

Både Castberg, Colban og Andenæs uttalte at okkupasjoner ikke medførte folkerettslige bånd på staten, og dermed ikke utgjorde traktat.³¹¹ Det kan nevnes at man i dag kanskje hadde sett annerledes på dette spørsmålet. Dette er fordi en stat kan bli ansvarlig for okkupasjonshandlinger, og at «occupation» kan utgjøre en «wrongful act» som kan føre til folkerettslig ansvar, for eksempel erstatningsansvar.³¹² I dommen i Østgrønlandssaken fant Den faste domstol for mellomfolkelig rettspleie (forgjengeren til Den internasjonale domstol) at «okkupasjons-erklæringen, ... og regjeringens andre skritt, utgjør et brudd med den rettslige stilling og er ulovlige og ugyldige».³¹³

Det sentrale i denne sammenheng er imidlertid ikke en nærmere drøftelse av okkupasjonshandlinger spesielt, men at det generelle prinsippet om stortingsbehandling av regjeringshandlinger *ikke* ser ut til å være anvendt i senere statspraksis. I forbindelse med Norges erklæring om tilslutning til Det internasjonale energibyråets langtidsprogram (IEP) i 1976, ble prinsippet fra Østgrønlandssaken kort redegjort for i en artikkel av Andenæs fra 1978, men prinsippet kunne etter hans mening ikke sees som gjeldende rett.³¹⁴

I forbindelse med regjeringens beslutning om å sende norske militærstyrker til Afghanistan i 2001 ble det diskutert om beslutningen om militærdeltagelse krevde samtykke etter Grl. § 25, jf. punkt 2. Noe av argumentasjonen hadde likheter med debatten i Østgrønlandssaken. Eksempelvis mente stortingsrepresentanten Kristin Halvorsen at Grunnloven krevet at regjeringen måtte innhente samtykke fra Stortinget forut for militærdeltagelse i krig og væpnet konflikt. Hun reagerte negativt på at avgiftsspørsmål ble diskutert ned til den minste detalj i Stortinget, men ikke deltagelse i krig og væpnet konflikt.³¹⁵ Prinsippet fra Østgrønlandssaken ble imidlertid heller ikke her kommentert eller påberopt fra noen av sidene i debatten.

Kritikken mot prinsippet har enkelte gode grunner for seg. Etableringen av prinsippet forholdt seg ikke til ordlyden «traktater», og det bygget på en sparsom praksis. Andenæs mente i 1945

³¹¹ Castberg (1947) II s. 178, Colban (1961) s. 266-267, Andenæs (2006) s. 304.

³¹² I FNs folkerettkommisjons «Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries» (2001) nevnes Østgrønlandssaken som et eksempel på folkerettsbrudd som kan føre til ansvar i fotnote 505 under artikkel 35 "Restitution".

³¹³ «the declaration of occupation promulgated by the Norwegian Government on July 10th, 1931, and any steps taken in this respect by that Government, constitute a violation of the existing legal situation and are accordingly unlawful and invalid», se PCIJ Denmark v. Norway (1933) s. 75.

³¹⁴ Andenæs (1978) s. 218.

³¹⁵ S.tid nr. 146 (2001) s. 604. Som nevnt ble de norske styrkene sendt til Afghanistan etter regjeringens orientering om saken - uten vedtak i Stortinget, jf. punkt 2.2.

at uttalelsene i Odelstinget etter Østgrønlandssaken måtte være preget av «forargelsen over en mindretallsregjerings egenmektighet i en politisk brennbar sak».³¹⁶ Andenæs mente altså at forargelsen over den politiske håndteringen i Østgrønlandssaken fikk protokollkomiteen til å presse jussen for å gi en sterkere kritikk, uten at det egentlig var konstitusjonelt grunnlag for dette. Dette er imidlertid ikke gitt. De parlamentarisk-demokratiske prinsippene komiteen bygger på, og Stortingets overherredømme i sin alminnelighet, er grunnleggende hensyn som kritikken i juridisk teori ikke har behandlet nærmere. Isolert sett taler disse hensynene med tyngde for at særlig viktige utenrikssaker bør fremlegges for Stortinget.

Dessuten viser de utenrikspolitiske debattene, eksempelvis uttalelsene til stortingsrepresentanten Halvorsen nevnt ovenfor, at de samme synspunktene som prinsippet i Østgrønlandssaken bygger på, eksisterer i den politiske debatten i nyere tid. At prinsippet fra Østgrønlandssaken ikke er diskutert, kan være begrunnet i at politikerne ikke har kjennskap til saken. At prinsippet fikk stor kritikk fra sentrale juridiske forfattere, kan også ha gjort det *vanskeligere* å påberope det i senere saker, men dette er ikke noen grunn til å avfeie den diskusjonen som oppstod på 1930-tallet.

Etter dette er det tvilsomt om prinsippet fra Østgrønlandssaken kan legges til grunn i dag. Ettersom prinsippet ble etablert utenfor ordlyden i § 26, og det ikke kan sees henvisninger til prinsippet i senere statspraksis, legges det til grunn for den videre drøftelsen at det ikke gjelder et slikt prinsipp for regjeringshandlinger på utenriksfeltet generelt i dag. Den videre tolkningen av § 26 andre ledd i denne avhandlingen vil således bygge på at det er «traktater» som krever Stortingets forhåndssamtykke. Østgrønlandssaken vil imidlertid kunne komme inn som tolkningsmoment ved fortolkningen av traktatbegrepet og drøftelsen av typetilfellene nedenfor.

5.4 Rettslige utgangspunkter for «traktater»

5.4.1 Definisjon og formkrav

En traktat defineres som en folkerettslig bindende avtale eller erklæring stater imellom, eller mellom stater og internasjonale organisasjoner.³¹⁷ Ordlyden «traktater» i § 26 andre ledd er ikke bestemt med hensyn til form. I Bokmålsordboken defineres ordet «traktat» som en «skriftlig avtale mellom to eller flere stater».³¹⁸ Uttrykket er ifølge ordboken middelalder-latin for «skriftlig framstilling», og egentlig perfektum partisipp av latin «tractare 'behandle'»; sam-

³¹⁶ Andenæs (1945) s. 219 og opprettholdt i Andenæs (2017) s. 369.

³¹⁷ Andenæs (2017) s. 368-369.

³¹⁸ Bokmålsordboken på nett.

me opphav som traktere».³¹⁹ Vanlig ordlydsforståelse kan derfor sikte til en bundet form med skriftlige avtaledokumenter, men det er ikke gitt at bestemmelsen skal forstås slik.

For det første er hensynet bak bestemmelsen, demokratisk forankring gjennom Stortingets medvirkning like sterkt, uavhengig hvilken form forpliktelsen inngås i. Dersom særlig viktige folkerettslig forpliktende avtaler kan inngås muntlig utenfor § 26 andre ledd, vil bestemmelsen med enkelhet kunne omgås. Dette vil forhindre at § 26 får sin tilsiktede virkning, og taler med tyngde for at muntlige folkerettslige avtaler er omfattet av ordlyden «traktater».

Andenæs og Fliflet skriver om bestemmelsen at «i teori og praksis er det antatt at enhver avtale som etter sitt innhold skaper folkerettslige plikter og rettigheter for partene, er en folkerettslig avtale, en traktat».³²⁰ Det påpekes at ordet traktat ikke må være brukt fordi de avtaler statene inngår betegnes på ulike måter «traktat, overenskomst, protokoll, noteveksling, pakt, forbund, avtale, konvensjon, deklarasjon mv.».³²¹ Colban understreket også dette: traktater kan være både muntlige og skriftlige ettersom avtalens *materielle innhold* er avgjørende for om § 26 andre ledd kommer til anvendelse.³²² Prinsippet om formfrihet ved inngåelsen av avtaler er videre den vanlige regelen i norsk avtalerett.³²³

Hva gjelder de folkerettslige reglene om traktater i Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969, VCLT, defineres traktat art.2(1)(a) som et *skriftlig* dokument. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men sees som en kodifikasjon av gjeldende folkerettslig sedvanerett.³²⁴

«"Treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;»

Etter denne bestemmelsen må en traktat være avsluttet mellom stater i skriftlig form og være regulert av internasjonal rett. Selv om konvensjonen kun gjelder for skriftlige avtaler, fremgår det imidlertid av artikkel 3(a) at den rettslige gyldigheten av avtaler som ikke er i skriftlig form ikke vil påvirkes.³²⁵ Dette vil si at VCLT ikke gjelder for muntlige avtaler direkte, men at muntlige avtaler fortsatt kan være folkerettslig bindende. Brownlie legger til grunn at:

³¹⁹ Bokmålsordboken på nett.

³²⁰ Andenæs (2017) s. 368, Andenæs (2006) s. 303.

³²¹ Andenæs (2017) s. 368.

³²² Colban (1961) s. 183.

³²³ Woxholt (2017) s. 30-31.

³²⁴ Andenæs (2017) s. 372.

³²⁵ Brownlie (2012) s. 371.

«How treaties are negotiated and brought into force depends on the intention of the parties. There are no overriding requirements of form: for example, an agreement recorded in an exchange of letters or even the minutes of a conference may have the same legal effect as a formally drafted treaty contained in a single instrument.»³²⁶

Et eksempel fra tidlig statspraksis der en muntlig erklæring ble kjent folkerettslig bindende for Norge er daværende Utenriksminister Ihlens uttalelser fra 1919.³²⁷ Ihlen hadde i 1919 uttalt at Norge ikke ville skape vanskeligheter for danskenes krav om suverenitet over Grønland, så lenge Danmark ville støtte Norge i kravet på Svalbard.³²⁸ Da Østgrønlandssaken kom opp i den internasjonale domstolen i 1933, ble den muntlige erklæringen fra Ihlen ansett å forplikte den norske staten til ikke å bekjempe det danske kravet, enda mindre okkupere noen del av Grønland.³²⁹ Ihlen-erklæringen fant sted før § 26 fikk sitt andre ledd, og saken trekkes kun frem for å vise et kjent eksempel på at muntlig erklæring kan anses som *folkerettslig* bindende.³³⁰

Ettersom muntlige traktater også kan være folkerettslig bindende, kan det ikke sees noen grunn til å innfortolke et spesielt krav til skriftlighet i Grunnloven. Ettersom dette er i samsvar med formålet, bakgrunnen for § 26 og juridisk teori, legges det grunn at det rettslige utgangspunktet i Grl. § 26 er at «traktater» omfatter muntlige avtaler. Med hensyn til form er derfor utgangspunktet at Grl. § 26 andre ledd har et videre traktatbegrep enn VCLT. Det kan for så vidt nevnes at det er uklart hvilke beviskrav som gjelder for muntlige folkerettslige avtaler.³³¹ Det sentrale må være at avtalens eksistens og innhold må være registrert.³³²

5.4.2 Når er avtalen eller erklæringen folkerettslig forpliktende?

Som det har fremgått er det sentrale at avtalen eller den ensidige erklæringen er materielt folkerettslig forpliktende, og derfor må folkerettslige regler og teori vurderes. For å avklare om avtalen eller erklæringen omhandler folkerettslige plikter i den enkelte sak må avtalens ordlyd og tilblivelse vurderes.³³³

³²⁶ Brownlie (2012) s. 371.

³²⁷ Denmark v. Norway (1933) s. 70-73. Ulfstein (2011) s. 70. Andenæs (2017) s. 376.

³²⁸ Denmark v. Norway (1933) s. 70-73. Ulfstein (2011) s. 70. Andenæs (2017) s. 376.

³²⁹ Denmark v. Norway (1933) s. 73, Fife (2018) s. 133.

³³⁰ Hollis (2012) s. 24 omtaler et eksempel på en muntlig folkerettslig forpliktelse, avtalen i 1992 mellom Finland og Danmark, som avsluttet en uenighet om en dansk beltebro.

³³¹ Hollis (2012) s. 24.

³³² Hollis (2012) s. 24.

³³³ Andenæs (2017) s. 370, Andenæs (2006) s. 305.

Etter Wienkonvensjonen om traktatretten, VCLT art. 2(1)a som sitert over, må en traktat være «governed by international law». Om dette vilkåret påpeker Aust at det må vurderes om avtalen, bakgrunnen for den og forholdene under inngåelsen tilsier at partene *har ment* å forplikte seg rettslig.³³⁴ Som Andenæs og Fliflet påpeker, vil også partenes mening og hensikt knyttet til avtalens rettslige forpliktelser være relevant ved tolkningen av § 26.³³⁵ En rettslig plikt kan foreligge på tross av at brudd på avtalen ikke kan pådømmes ved en internasjonal domstol, dette er ikke avgjørende.³³⁶ Andenæs og Fliflet nevner også at det kan være tvilsomt hvorvidt avtalen er en juridisk bindende folkerettslige avtale eller kun en felles politisk *intensjonserklæring*.³³⁷ Denne vurderingen blir sentral ved flere av typetilfellene som drøftes nedenfor i punkt 5.6.

5.4.3 Ensidige forpliktelseserklæringer omfattes

Traktatbegrepet omfatter etter ordlyden inngåelse av en avtale mellom to eller flere parter. Imidlertid er det lagt til grunn en noe utvidende forståelse av uttrykket slik at det også omfatter forpliktende ensidige erklæringer. Andenæs og Fliflet skriver følgende:

«I praksis har det også vært enighet om at ensidige forpliktelseserklæringer også går inn under bestemmelsen i § 26 annet ledd. Sett fra Stortingets synspunkt kan det jo være det samme om forpliktelsen blir pådratt ved avtale (traktat) eller ved en ensidig erklæring fra den norske regjering.»³³⁸

Avgjørende er altså at formålet er relevant, så lenge Norge faktisk pådrar seg en folkerettslig forpliktelse. At ensidige folkerettslige forpliktelseserklæringer er omfattet er lagt til grunn av både Colban, Castberg og Andenæs/Fliflet, og legges til grunn også her.³³⁹

5.4.4 Fremgangsmåte

Det å innlate seg på forhandlinger om utenrikspolitiske spørsmål eller traktater kan i seg selv være særlig viktige spørsmål, men som Andenæs og Fliflet påpeker kan det ikke utledes noen plikt til å innhente samtykke fra Stortinget til dette etter § 26 andre ledd.³⁴⁰ Regjeringen kan likevel ønske å innhente samtykke til forhandlinger for å være på den sikre siden.³⁴¹ Fremgangsmåten for samtykket avhenger av både de folkerettslige og statsrettslige reglene om

³³⁴ Aust (2013) s. 17.

³³⁵ Andenæs (2017) s. 370-371.

³³⁶ Andenæs (2017) s. 370-371.

³³⁷ Andenæs (2017) s. 369-370.

³³⁸ Andenæs (2017) s. 369.

³³⁹ Andenæs (2017) s. 369, Colban (1961) s. 262 og 273.

³⁴⁰ Andenæs (2017) s. 373.

³⁴¹ Slik det ble gjort før forhandlingene om norsk medlemskap i NATO i 1949, jf. Andenæs (2017) s. 373.

traktatinngåelse.³⁴² Der det folkerettslig kreves at avtalen ratifiseres, er det nok tilstrekkelig at den fremlegges for Stortinget før ratifikasjon.³⁴³ For enklere avtaler kan forutsetningen være at avtalen er bindende ved undertegning, eller ved en noteveksling som fastslår deres enighet.³⁴⁴

5.5 Tre typetilfeller og to eksempelsaker

5.5.1 Hvilke «avtaler» eller «enigheter» kan regnes som «traktater» etter § 26?

I det følgende vil det vurderes tre ulike måter å bistå militært i en konflikt utenfor Norge. Typetilfellene som vurderes i dette kapitlet skal illustrere en *avtalesituasjon*, det er derfor andre forhold som er interessante i denne sammenhengen enn det var i kapittel fire om forsvarsbegrepet ovenfor. For det første vil det her vurderes situasjoner hvor Norge bekrefter å bistå en stat militært etter en *invitasjon* fra en stat, belyst gjennom norsk bidrag i Irak fra 2015. For det andre vurderes situasjoner der Norge sammen med *en koalisjon av stater blir enige* om bruk av militærmakt utenfor statenes territorium, belyst gjennom norsk bidrag i Libya 2011. Til slutt sees det nærmere på vedtak som treffes i *NATO-rådet*, og den statsrettslige læren om organisasjonsvedtak.

5.5.2 Invitasjon som grunnlag for en militæroperasjon

5.5.2.1 Invitasjon som folkerettslig grunnlag for maktbruk

En invitasjon til å bistå militært utgjør et tilstrekkelig folkerettslig grunnlag for å delta militært i konflikt på den inviterende statens territorium.³⁴⁵ Dette gjelder kun så lenge bidraget er i samsvar med invitasjonen.³⁴⁶ En slik invitasjon utgjør ikke et unntak fra maktforbudet i FN-pakten artikkel 2(4) fordi den bygger på en stats suverenitet til å velge å invitere andre stater til å bistå militært på sitt territorium.³⁴⁷

Militærbistanden forutsetter for det første at invitasjonen er klart uttrykt. Hellestveit nevner eksempelvis at det ikke er tilstrekkelig at staten *hadde* samtykket dersom den hadde blitt spurt.³⁴⁸ Maktbruk som går utover invitasjonen eller avtalen, og eventuelt beveger seg utenfor territoriet til den inviterende staten, vil som utgangspunkt være folkerettsstridig. Dette er den folkerettslige siden av invitasjonen. En invitasjon om militærbistand har imidlertid også en norsk statsrettslig side, nemlig hvorvidt regjeringens beslutning om å svare bekreftende på

³⁴² Andenæs (2017) s. 373.

³⁴³ Andenæs (2017) s. 373.

³⁴⁴ Andenæs (2017) s. 373.

³⁴⁵ Hellestveit (2016).

³⁴⁶ Hellestveit (2016).

³⁴⁷ Hellestveit (2016).

³⁴⁸ Hellestveit (2016).

invitasjonen etter Grl. § 26 krever forhåndssamtykke fra Stortinget. Det er denne siden som skal vurderes her.

5.5.2.2 Avtale om norske soldaters status i Irak 2015

I denne eksempelsaken rettet Irak en forespørsel til FNs generalsekretær og til Sikkerhetsrådet om sitt behov for internasjonal militærbistand, jf. punkt 1.2.³⁴⁹ Norge fikk på plass en enighet med irakiske myndigheter ved noteveksling om at norsk militærbistand i Irak skulle inneha beskyttelse av Wien-konvensjonen om diplomatisk samkvem.³⁵⁰ Spørsmålet for denne saken blir derfor først om notevekslingen mellom Norge og Irak omfattes av «traktater» etter Grl. § 26 andre ledd. Dette berører spørsmålet om det foreligger en folkerettslig avtale mellom statene, eller om det er avgitt en forpliktende ensidig erklæring fra Norge, jf. punkt 5.5.

Forsvarsdepartementet bekrefter at en noteveksling mellom Irak og Norge implementerte Wien-konvensjonen om diplomatiske forbindelser for norske styrker som skulle sendes til Irak, men det har ikke blitt gitt tilgang til notevekslingens presise ordlyd. Det bygges derfor på Helletveits gjengivelse av disse.³⁵¹ Hellestveit har vurdert norske soldaters rettsstatus og beskyttelse fra represalier fra irakiske myndigheter, og i den anledning behandles det norske militærbidraget i Irak fra 2015 som eksempel:

«Gjennom utveksling av diplomatiske noter foreslo norske myndigheter slik [diplomatisk] status i brev til irakiske myndigheter tidlig i 2015, med presisering om at norske soldater skal kunne bære norsk militæruniform og våpen for personlig beskyttelse (Norge 2015). I svarbrevet fra Irak bekreftes det at norske soldater som «har diplomatisk pass eller tjenestepass» vil få status tilsvarende administrativt eller teknisk ansatte.»³⁵²

Avtalen som inngås ved disse notevekslingene klargjør at de norske styrkene skal ha en diplomatisk status. Wien-konvensjonen om diplomatiske forbindelser som inkorporeres er av rettslig karakter, og formålet er at rettighetene skal kunne påberopes av norske styrker i Irak for å unnsnippe eventuelle represalier fra irakiske myndigheter. Denne avtalen må derfor beskrives som folkerettslig bindende. Etter dette utgangspunktet vil derfor avtalen gjennom noteveksling utgjøre traktat i Grunnlovens forstand. Avtalen må derfor fremlegges for Stortinget, dersom den anses å være av «særlig stor viktighet», jf. Grl. § 26 andre ledd.

³⁴⁹ Brev fra den permanente representanten for Irak i FN til FNs sikkerhetsråds President, 20. september 2014 S/2014/691, jf. Hellestveit (2016).

³⁵⁰ Hellestveit (2016), bekrefet ved møte i Forsvarsdepartementet 14. desember 2017.

³⁵¹ Hellestveit (2016).

³⁵² Hellestveit (2016).

5.5.2.3 *Var tilsagn om norsk militærbistand folkerettslig forpliktende?*

Et vanskeligere spørsmål er om selve det norske tilsagnet om militærbistand kan anses å være en folkerettslig forpliktende avtale eller erklæring.

Det kan først påpekes at situasjonen som et utgangspunkt minner om en klassisk tilbud og aksept-situasjon. Irak har gjennom brev til Sikkerhetsrådet bedt om militær bistand og Norge svarer på dette. Norge foreslår et bidrag for Irak, som Irak godtar gjennom bindende avtale om styrkenes rettslige status. Dette tilsier at det er inngått en avtale mellom Norge og Irak, også hva gjelder selve styrkebidraget. Spørsmålet er imidlertid om avtalen om styrkebidraget kan anses for å være folkerettslig bindende. Ved denne vurderingen vil det være et moment at det ble inngått en folkerettslig bindende avtale om styrkenes status. Det er imidlertid usikkert om dette er tilstrekkelig til å aktivere § 26 andre ledd.

Det ser ut til å være en klar forutsetning i notevekslingen om status at norske styrker faktisk skal sendes til Irak. Dette fordi notevekslingen kom som direkte følge av Iraks forespørsel om internasjonal militærbistand i FN. I tillegg er det ikke holdepunkter for at det skulle inngås en helt generell avtale om rettslig status for eventuelle norske styrker som sendes til Irak på et gitt tidspunkt i fremtiden. Dette kan tilsa at tilsagnet om å sende styrker var så nært knyttet til statusavtalen at det må anses å være en bindende avtale.

Basert på uttalelsene om notevekslingen kan det imidlertid ikke presist pekes på den nærmere definisjonen av Norges bidrag. Statsministeren forklarte som nevnt i Stortinget 2014 at norske soldater skulle utdanne og trene opp irakiske styrker i samarbeid med allierte, og ikke delta direkte i kamphandlinger utenfor nødvendig selvforsvar.³⁵³ Det kan imidlertid ikke sees at denne beskrivelsen og begrensningen offisielt er avtalt. Blant annet med denne bakgrunnen kritiserer Hellestveit innholdet i invitasjonen, som hun mener «fremstår som høyst uklart».³⁵⁴ Dette innebærer at det er vanskelig å si noe nærmere om det norske formålet bak tilsagnet om å bistå med militærstyrker i Irak. At avtalen fremstår som såpass uklar, tilsier at det ikke er tale om en rettslig avtale hva gjelder punktet om norsk militærbistand. Det legges derfor til grunn at tilsagnet om militærbidrag i Irak ikke utgjorde en folkerettslig avtale eller traktat i Grunnlovens forstand.

³⁵³ Stortingsmøte 5. november 2014 kl. 10:00 statsministerens redegjørelse.

³⁵⁴ Hellestveit (2016) påpeker at irakiske myndigheter allerede i oktober 2014 uttrykte at brevet sendt til FNs sikkerhetsråd i september hadde begrensninger ved at det siktet til hjelp ved luftmakt, jf. Chan (2014).

5.5.3 Koalisjon av villige stater

5.5.3.1 Folkerettslig avtale eller «politisk enighet»?

Det andre eksempelet som behandles er der en representant for den norske regjeringen bekrefter overfor en koalisjon av stater at norske militærstyrker skal delta i en felles militæroperasjon sammen med allierte stater. På forhånd vil det være diskutert en mulig operasjon mellom representanter på vegne av statene. Deretter beslutter statsledere eller ministre på vegne av regjeringen deltakelse, samt hva de ulike statene vil bidra med. Det må antas at fremgangsmåten for disse møtene og beslutningene vil variere. For å illustrere problemstillingen vil det bli sett på den forutgående prosessen mellom koalisjonen av stater som ønsket å bidra i fly-offensiven i Libya 2011.

I saken forelå det et FN-mandat til å ta i bruk væpnet makt for å beskytte sivile som ga koalisjonen folkerettslig grunnlag for en militæroffensiv, jf. punkt 1.2. Det folkerettslige grunnlaget var derfor i utgangspunktet ikke problematisk.³⁵⁵ I det følgende er det imidlertid ikke det folkerettslige grunnlaget og utfordringer knyttet til mulig overskridelse av mandatet som skal diskuteres, men hvorvidt regjeringens beslutning om norsk militærdeltagelse i aksjonen krevde forhåndssamtykke fra Stortinget, jf. § 26 andre ledd. Det vil si om «avtalen» som ble inngått hos daværende president Sarkozy anses for å være en folkerettslig bindende erklæring eller avtale. I det følge omtales denne beslutningen som Libya-avtalen.

5.5.3.2 En beskrivelse av «Libya-avtalen»

Selv forklarer daværende statsminister Stoltenberg i sin biografi at han var invitert på toppmøtet hos den franske presidenten Sarkozy, og at det var et møte for «en koalisjon villige» som ønsket handling i Libya umiddelbart.³⁵⁶ Internt i regjeringen ble det besluttet at Norge skulle stille med kampfly, nærmere bestemt seks F-16-fly, og Stoltenberg dro til Sarkozy for å varsle at Norge ville bidra i militæraksjonen.³⁵⁷

Det presise innholdet i erklæringen om «norsk støtte» som ble inngått hos Sarkozy er ikke gjengitt direkte i biografien, men det pekes på at toppmøtet besluttet rask handling, og at Sarkozy allerede samme ettermiddag annonserte at allierte fly var i gang med operasjonen.³⁵⁸ Denne beskrivelsen viser at Stoltenberg ble invitert ned for å diskutere bidrag i aksjonen, og at han deltok for å varsle at Norge skulle delta. Spørsmålet blir så hvordan denne situasjonen skal vurderes i relasjon til § 26 andre ledd, det vil si om den var folkerettslig bindende.

³⁵⁵ Se imidlertid Gade/Hilde (2016) s. 85 om diskusjonen om mandatoverskridelse, såkalt "mission creep", jf. også punkt 4.4.3 og 7.3.5.

³⁵⁶ Stoltenberg (2016) s. 442.

³⁵⁷ Stoltenberg (2016) s. 442 og 444.

³⁵⁸ Stoltenberg (2017) s. 444.

5.5.3.3 Var «Libya-avtalen» folkerettslig bindende?

Som nevnt omtaler Andenæs og Fliflet politiske intensjonserklæringer som eksempel på avtaler som ikke er folkerettslig bindende. Libya-avtalen ser umiddelbart ut til å være av mer forpliktende art enn en politisk intensjonserklæring, ettersom statene skulle beslutte hva den enkelte kunne bidra med. Det er ikke en typisk traktat der parter skriver under på en konvensjon, men den utgjør heller ikke noen vagere fellespolitisk målsetting eller intensjonserklæring. Situasjonen ser ut til å falle utenfor typetilfellene som nevnes i litteraturen.

Stoltenberg peker i sin biografi på at Kongen i statsråd og den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen møttes noen dager etter møtet hos Sarkozy, men før de norske flyene var i gang med operasjonene over Libya. Dersom disse hadde sagt nei, «ville vi selvsagt ikke deltatt[...]».³⁵⁹ Dette viser at statsministeren ikke oppfattet seg som forpliktet, i hvert fall ikke i ettertid. Dette tilsier at det er tvilsomt om avtalen kan sees som folkerettslig bindende. Utenfor dette, ser det ikke ut til å være skrevet noe eller uttrykket noe spesifikt om partenes syn på avtalen, eller om den var folkerettslig bindende.

Ettersom bruk av makt er et sensitivt område, kan det hevdes på generelt grunnlag at det å avtale deltagelse i en militæroperasjon ikke kan være folkerettslig forpliktende, ettersom statene alltid vil ha muligheten til å endre eller trekke sitt bidrag. Det er nærliggende at stater ikke vil oppfatte seg som bundet i en slik situasjon.

At maktbruk er sensitivt tilsier samtidig at stater ikke melder inn et bidrag med mindre staten akter å gjennomføre det aktuelle bidraget. Om en stat hadde trukket seg fra en slik avtale ville det antagelig ikke få noen folkerettslige konsekvenser, men muligens kunne en nær relasjon blitt noe politisk forsuret om et land plutselig trekker seg. Det er imidlertid et særtrekk ved folkeretten at det ikke er noe rettsapparat eller tvangsfullbyrdelse som kan få avtalen tvangsgjennomført med mindre dette er spesielt besluttet. Dette forhindrer ikke at en avtale er av folkerettslig karakter.³⁶⁰

Formålet i § 26 andre ledd om demokratisk legitimitet bak inngåelse av internasjonale avtaler taler på sin side for at avtalen må legges frem for Stortinget. Hensynet til demokratisk legitimitet ved forankring i Stortinget er et viktig hensyn bak § 26 andre ledd. Østgrønlandssaken er et eksempel på at dette må tillegges stor vekt. Der det er *tvilsomt* om det faktisk foreligger en «traktat» i bestemmelsens forstand eller ikke, vil hensynet tale for at traktatuttrykket er

³⁵⁹ Stoltenberg (2016) s. 443-444.

³⁶⁰ Andenæs (2017) s. 368.

oppfylt slik at regjeringen må innhente forhåndsamtykke. Dette tilsier at det ikke er et klart svar på om avtalen mellom statene i koalisjonen var folkerettslig eller ikke, og det avgjørende i vurderingen blir derfor hvilke hensyn og momenter som tillegges mest vekt.

En fly-offensiv vil i seg selv umiddelbart medføre at Norge må overholde folkerettslige forpliktelser ved gjennomføringen av den. Dersom norske fly skulle bevege seg utenfor FN-mandatets grenser er maktbruken i tillegg folkerettsstridig. Brudd på krigens folkerett vil kunne medføre folkerettslig ansvar.³⁶¹ Avtalen om å aksjonere i Libya vil derfor umiddelbart *aktivere* eksisterende folkerettslige forpliktelser, og slikt sett blir overholdelsen av folkeretten meget sentralt ved en slik aksjon. Disse folkerettslige forpliktelsene utgjør ikke i seg selv en ny traktat, ettersom de allerede følger av traktater Norge er tilsluttet, som FN-pakten og Genève-konvensjonene. Det bør likevel få en viss vekt at avtalen om å aksjonere medfører en handling i et strengt regulert folkerettslig landskap.

Andenæs og Fliflet nevner krigserklæring og okkupasjon som eksempler på folkerettslige handlinger av *annen art* som ikke går inn under § 26 andre ledd.³⁶² Colban og Castberg nevner okkupasjon som eksempel på en handling som ikke pådrar staten folkerettslige forpliktelser.³⁶³ Libya-saken skiller seg uansett fra disse eksemplene ettersom det ble inngått en enighet eller i det minste en slags avtale mellom land om å angripe den libyske stat. Norge erklærte ikke krig overfor den libyske stat alene. Det er klart at Norge ikke hadde brukt militærmakt mot Libya alene, og «avtalen» som ble inngått hos Sarkozy om en felles aksjon i Libya var en nødvendig forutsetning for det norske bidraget til fly-offensiven. Ettersom avtalen er av forpliktende karakter og formålet med § 26 tilsier at avtalen i et konstitusjonelt perspektiv bør fremlegges for Stortinget, legges det til grunn her at Norges bidrag i Libya i utgangspunktet vil kunne utgjøre en bindende folkerettslig avtale. Dette utgangspunktet må gjelde med mindre det senere skulle komme frem andre fakta enn dem vi kjenner i dag.

5.5.4 Særlig om vedtak i NATO-rådet

5.5.4.1 Organisasjonsvedtak og § 26

I dette punktet skal det sees nærmere på vedtak i NATO-rådet og hvordan rådet treffer beslutninger.³⁶⁴ Det vil redegjøres for den statsrettslige læren om organisasjonsvedtak. I denne sammenhengen vil det forutsettes at NATO-rådet ønsker å fatte et bindende vedtak som forplikter medlemsstatene folkerettslig til å delta i en militæroperasjon. Forutsatt at et vedtak om

³⁶¹ Brudd på folkerettslige plikter kan føre til erstatnings- og oppreisningsansvar etter sedvanerettslige regler om folkerettslig ansvar som uttrykt i Folkerettskomisjonens utkast, se f.eks. artikkel 30-37.

³⁶² Andenæs (2017) s. 369.

³⁶³ Castberg (1947) II s. 178, Colban (1961) s. 266-267.

³⁶⁴ Se innledende bemerkninger om NATO-rådet ovenfor i punkt 4.4.2.2.

militærdeltagelse i NATO-rådet binder statene til dette, oppstår spørsmålet om vedtaket aktiverer Grl. § 26 andre ledd. Dette vil derfor illustrere den statsrettslige læren om organisasjonsvedtak. Spørsmålet blir om representanten fra den norske regjeringen i NATO-rådet kan beslutte å medvirke til et folkerettslig bindende vedtak om maktbruk, eller om slike vedtak ville kreve Stortingets samtykke fordi vedtaket aktiverer § 26 andre ledd. Denne drøftelsen blir ikke så aktuell, ettersom statene sjelden vil treffe folkerettslig forpliktende vedtak om militærdeltagelse i NATO-rådet. Dette vil likevel forutsettes i det følgende, og den statsrettslige læren om organisasjonsvedtak vil forsøksvis anvendes på NATO-rådet og Atlanterhavspakten. Det vil sees på slikt vedtak om maktbruk både innenfor og utenfor Atlanterhavspakten artikkel 5.

5.5.4.2 Den statsrettslige læren om organisasjonsvedtak

Behandling av vedtak i internasjonale organisasjoner er ikke nevnt i ordlyden i Grl. § 26.³⁶⁵ Grl. § 115 første ledd setter vilkår for deltakelse i en internasjonal sammenslutning som kan utøve overnasjonal myndighet på et saklig begrenset virkeområde. Andre ledd i § 115 slår fast at første ledd ikke gjelder ved deltakelse i en internasjonal sammenslutning dersom beslutningene kun har «rent folkerettslig virkning for Norge». Som blant annet Andenæs og Fliflet peker på, er det dermed direkte forutsatt at Norge faktisk kan delta i internasjonale sammenslutninger som kun binder staten *folkerettslig*.³⁶⁶

Andenæs og Fliflet påpeker at det har vært en viss tvil om forholdet til Grl. § 26 når Norge er representert i organet som fatter vedtak.³⁶⁷ Likevel slås det fast at den rådende oppfatningen er at organisasjonsvedtak med *hjemmel i tilslutningstraktaten* ikke uten videre trenger behandling etter § 26 andre ledd. Dette forholdet trekkes også frem hos Colban.³⁶⁸ Hensynet er at Stortinget i disse tilfellene allerede har gitt samtykke til tilslutningstraktaten og dermed også akseptert at organisasjonen får kompetanse til å treffe vedtak som binder statene.³⁶⁹ Stortinget skal derfor ikke måtte samtykke på nytt når traktaten aktiveres.

Andenæs og Fliflet påpeker videre at dette må være klart dersom organet har fått kompetanse til å treffe *flertallsvedtak*. Dersom et organ har myndighet til å beslutte flertallsvedtak har statene akseptert å binde seg uten enighet i den enkelte sak. Det vil være i strid med traktatens forutsetninger om kompetanse hvis det skulle være nødvendig å innhente samtykke fra Stor-

³⁶⁵ Colban (1961) s. 205.

³⁶⁶ Andenæs (2017) s. 371, Colban (1961) s. 192.

³⁶⁷ Andenæs (2017) s. 371.

³⁶⁸ Colban (1961) s. 192-195.

³⁶⁹ Andenæs (2017) s. 371-372.

tinget i den enkelte sak.³⁷⁰ Også Colban peker på at krav til flertallsvedtak vil utelukke behandling etter § 26 andre ledd, ettersom traktater krever forpliktelse ved enighet og dermed aktiveres ikke § 26.³⁷¹

Et krav til *enstemmighet* i organet for å treffe vedtak, kan derimot tilsi at norsk syn må behandles nasjonalt etter de vanlige reglene om traktatavslutning i § 26.³⁷² Dersom det er tale om et vedtak av særlig stor viktighet vil Stortingets samtykke derfor kunne kreves etter Grl. § 26 andre ledd. Andenæs og Fliflet mener at et eventuelt krav om enstemmighet ikke kan være avgjørende, og legger heller mest vekt på om det er hjemmel for å vedta de aktuelle beslutningene eller ikke i traktaten.³⁷³ Begrunnelsen er at beslutningsprosessen i organisasjonen ville gjøres tungvint og tidkrevende, og at det er mer naturlig å se det slik at organisasjonen har fått nødvendig kompetanse ved tilslutningstraktaten uten at Stortingets samtykke kreves i det enkelte vedtak.³⁷⁴

Det avgjørende for Colban er også hvordan traktatens myndighet er formulert, men han ser ut til å legge større vekt på enstemmighetskrav, og mener dette trekker klart i retning av at det foreligger en selvstendig ny avtale.³⁷⁵ Slik han ser det, kan enstemmighetskrav tale for at man ikke har ønsket å gi det internasjonale organet kompetanse til å binde medlemsstatene, men at organet fungerer som «et fast apparat som gjør det mulig for medlemsstatene å forhandle seg frem til enighet på en enkel og hurtig måte».³⁷⁶ Colban stilte derfor spørsmål om vedtak i NATO-rådet; «skal de betraktes som vedkommende organs egne beslutninger eller som selvstendige traktater som representantene i organet inngår på vegne av sine respektive stater?»³⁷⁷

For å sammenfatte den statsrettslige læren, er det for det første relevant *hvordan vedtak fattes* i NATO-rådet og om det foreligger et *krav til enstemmighet*. Det neste spørsmålet og mest tungtveiende momentet, er om vedtaksorganet i organisasjonen, NATO-rådet etter Atlanterhavspakten, har fått *kompetanse* til å treffe bindende vedtak om militærdeltagelse i en krig eller væpnet konflikt.

³⁷⁰ Andenæs (2017) 372.

³⁷¹ Colban (1961) side 190.

³⁷² Andenæs (2017) 372, Colban (1961) s. 192-195.

³⁷³ Andenæs (2017) s. 372.

³⁷⁴ Andenæs (2017) s. 372.

³⁷⁵ Colban (1961) s. 192-194.

³⁷⁶ Colban (1961) s. 192-194.

³⁷⁷ Colban (1961) s. 194.

5.5.4.3 Hvordan treffes vedtak i NATO-rådet?

NATO-rådet er etablert med hjemmel i Atlanterhavspakten artikkel 9:

«The Parties hereby establish a Council, on which each of them shall be represented, to consider matters concerning the implementation of this Treaty. The Council shall be so organised as to be able to meet promptly at any time. The Council shall set up such subsidiary bodies as may be necessary; in particular it shall establish immediately a defence committee which shall recommend measures for the implementation of Articles 3 and 5.»

Ettersom det ikke fremgår noen prosedyre for avstemning i artikkel 9 har det utviklet seg en praksis for dette kjent som konsensusregelen.³⁷⁸ Reglen er ikke rettslig bindende, men har utviklet seg gjennom langvarig praksis som en praktisk ordning.³⁷⁹ Forslag til vedtak kan for eksempel fremmes av de nasjonale delegasjonene, en underkomité, arbeidsgrupper, eller fra NATOs ledelse.³⁸⁰ Avhengig av om forslaget er politisk eller mer militært, behandles det i NATO-rådet eller i militærkomiteen i NATO. For å komme frem til en løsning statene kan samles om, diskuteres det i komiteer og arbeidsgrupper internt i NATO. Generalsekretæren sender utkast til vedtak til de allierte, før de samles for å finne ut om det er konsensus.³⁸¹ Det foregår imidlertid ingen avstemning, men passivitet betyr at man godtar forslaget som er lagt frem. Selv skriver NATO på sine internasjonale hjemmesider om regelen:

«Consensus decision-making means that there is no voting at NATO. Consultations take place until a decision that is acceptable to all is reached. Sometimes member countries agree to disagree on an issue. In general, this negotiation process is rapid since members consult each other on a regular basis and therefore often know and understand each other's positions in advance.»³⁸²

I enkelte tilfeller må det legges frem en skriftlig erklæring med NATOs posisjon, og Generalsekretæren lar dette sirkulere hos de allierte i normalt minst 24 timer, slik at de kan konsultere sine nasjonalt overordnede.³⁸³ Dette kalles en «silent procedure». Hvis ingen av de allierte bryter stillheten blir erklæringen ansett som godtatt.³⁸⁴ Dersom stillheten brytes vil forslaget

³⁷⁸ Michel (2014) s. 107-123, Gade/Hilde (2016) s. 75.

³⁷⁹ Michel (2014) s. 107.

³⁸⁰ Michel (2014) s. 108.

³⁸¹ Michel (2014) s. 108.

³⁸² NATO (2016).

³⁸³ Michel (2014) s. 108.

³⁸⁴ Michel (2014) s. 108.

alternativt gjennomgå flere runder med endringer og diskusjon, før det eventuelt blir konsensus eller forslaget forkastes. Statene kan alltid protestere og gå imot et forslag, samt velge i hvilken grad de skal delta.³⁸⁵

5.5.4.4 Vedtak om artikkel 5-operasjoner i NATO-rådet

Artikkel 5 slår som nevnt fast at NATOs medlemsstater skal støtte hverandre dersom det inntraffer et væpnet angrep på en eller flere av dem, jf. punkt 4.4.2. I det følgende sees det først på NATO-rådets kompetanseområde. Den første setningen i artikkel 5 binder NATOs parter til å anse et væpnet angrep mot en eller flere av dem som et angrep på alle. Det kommer klart frem av ordlyden at organisasjonen er en forsvarsallianse. Ordlyden i artikkelen lar statene bistå en angrepet stat ved å ta slike skritt som anses nødvendig, derunder bruk av væpnet makt for å gjenopprette sikkerheten, «individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force».

Colban la i sin tid til grunn at ettersom statene står fritt til å velge virkemiddel etter artikkel 5 og således kan *velge* å delta med væpnet makt, kan det ikke foreligge noen *rettslig plikt* til våpenmakt. Han påpekte dermed at dersom staten skal binde seg folkerettslig til visse militære disposisjoner «har man med en traktatavslutning å gjøre».³⁸⁶ Han mente NATO-rådet fungerte som kontakt- og forhandlingsorganer, og ettersom artikkel 5 ikke er en forpliktelse til automatisk krig dersom artikkel 5 aktiveres, så vil en beslutning om dette være en ny forpliktelse.³⁸⁷ Dersom den enkelte avtalen om å delta i en militæroperasjon oppfyller kravene til å være en folkerettslig forpliktelse, ville den i så fall måtte vurderes etter Grunnlovens regler om viktige saker og muligens også regelen om traktatavslutning i § 26 andre ledd.

«Det riktige må være å betrakte paktorganene som kontakt- og forhandlingsorganer som bl.a. kan lette avslutningen av traktater, men som i alminnelighet ikke kan gjøre vedtak på felleskapets vegne med bindende virkning for de deltagende stater. Skal representantene i organene binde medlemsstatene, må de derfor ha fullmakt fra sine respektive lands traktatkompetente organer. Den norske representant må ha fullmakt fra kongen eller i mindre viktige saker, en myndighet undergitt ham, og Stortingets samtykke må innhentes hver gang det er spørsmål om å gi den norske stat et pålegg av særlig viktighet eller hvis iverksettelse nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning»³⁸⁸

³⁸⁵ Michel (2014) s. 110.

³⁸⁶ Colban (1961) s.195.

³⁸⁷ Colban (1961) s.195.

³⁸⁸ Colban (1961) s.194-195.

5.5.4.5 Har det betydning om maktbruk etter artikkel 5 er en rettslig plikt?

Det skal her sees på Colbans argumentasjon om at stater ikke er rettslig forpliktet til bruk av væpnet makt etter artikkel 5. På dette punktet har Colban et poeng. Til tross for at artikkel 5 slår fast at et angrep på en NATO-stat er et angrep på alle, påbyr ikke setningen nødvendigvis noen *rettslig* plikt til å bistå den angrepne med væpnet makt. Etter ordlyden kan partene velge hvilke tiltak den angrepne skal støttes med. Ulfstein og Ruud nevner at plikten er «rettslig relativt svak, ved at hver stat skal iverksette tiltak «as it deems necessary», inkludert væpnet makt.»³⁸⁹

Bakgrunnen for den vage ordlyden, var uenighetene som oppsto da det ble laget utkast til artikkel 5, mellom USA og de europeiske landene. USA mente at det skulle være en plikt til å bistå med effektiv hjelp til et angrepet land, men ønsket ikke at plikten automatisk skulle innebære bruk av væpnet makt.³⁹⁰ Dette var av hensyn til amerikanske føderale regler, og et ønske om å bestemme selv når man skal bruke militær makt.³⁹¹ Setningen om at bistanden kunne inkludere «the use of armed force», fikk forhandlerne på europeisk side inn for å styrke forpliktelsens militære karakter.³⁹² Ifølge Michel tilfredsstiller regelen også de tyske nasjonale kravene om flertall i parlamentet for å kunne utplassere militære styrker utenfor Tyskland.³⁹³

Det kan argumenteres for at det ligger en forutsetning i traktaten om at statene skal yte det den enkelte har mulighet til av militær slagkraft, dersom en alliert blir angrepet. Det kan i tillegg være sterke politiske insentiver for at medlemsland bidrar til å hjelpe NATOs allierte, og strategisk viktig at statene bidrar med væpnet makt dersom artikkel 5 aktiveres. Vanligvis vil landene derfor også gjennomføre slik bistand. Disse hensynene kommer frem i artikkelens første setning om at angrep på en stat er et angrep på alle.

Ordlyden som ble valgt tar likevel sikte på å gi statene en viss fleksibilitet og valgfrihet. Denne tilsier at hver enkelt stat må ta stilling til hvilken bistand den ønsker å bistå med, før en felles fremgangsmåte beslutes. Staten må kunne velge angrepsmetode, og der er væpnet makt, herunder andre muligheter, et alternativ staten kan tilby. Ordlyden lest i lys av bakgrunnen for dens vedtagelse tilsier at selve maktbruken ikke er en rettslig plikt etter artikkel 5. Dette ser også ut til å stemme med synet NATO fronter i sin egen utdanningspublikasjon, NATO Legal Gazette:

³⁸⁹ Ulfstein (2011) s. 227.

³⁹⁰ Trifunovska (2010) s. 30-31.

³⁹¹ Fournier/Bumgardner (2014) s. 27.

³⁹² Fournier/Bumgardner (2014) s. 27, Acheson (1969) s. 280-281 nevner at amerikanerne og Canadierne var tilbakeholdne med hensyn til “automatic involvement”, og at angrep var mest sannsynlig i Europa mot Sovjet.

³⁹³ Michel (2014) s. 110.

«The expression “*such action*” gives each nation of the Alliance the opportunity to determine, “*as it deems necessary*,” its response to a minor incident or a major attack. The United States proposed this phrase⁵⁸ for two reasons. The first was to ensure consistency with legislative prerogatives contained within its domestic federal government. The second was to respond to an armed attack according to strategic concepts rather than directing armed forces towards a battle chosen by the attacker.⁵⁹ “[I]n other words, to beat the hell out of the aggressor wherever and however seemed best”.»³⁹⁴

Oppsummert legges det til grunn at statene ikke er rettslig forpliktet til væpnet maktbruk etter artikkel 5. Men dette er ikke nødvendigvis avgjørende for vurderingen av læren om organisasjonsvedtak og § 26. Artikkel 5 legger til grunn at NATO-rådet *kan* vedta bruk av væpnet makt i en felles operasjon, og nettopp dette er godkjent av Stortinget da det ble samtykket til Atlanterhavspakten.

At medlemsstatene i NATO selv velger om de vil støtte et vedtak og om de vil delta, kan som nevnt trekke i retning av at vedtaket må behandles etter § 26, men som Andenæs påpeker må det tyngste momentet være hvilken *myndighet* traktaten tilsikter å gi. Konsekvensen av den statsrettslige læren blir dermed at Stortinget allerede har godkjent og samtykket til at NATO-rådet kan beslutte bruk av væpnet makt i en artikkel 5-situasjon dersom alle representantene er enige i en slik forpliktelse. Dette må innebære at § 26 andre ledd ikke aktiveres dersom NATO-rådet skulle treffe et rettslig bindende vedtak om bruk av væpnet makt i en artikkel 5-situasjon.

Dersom regjeringen gjennom sin representant i NATO-rådet ønsker å medvirke til et bindende vedtak om bruk av væpnet makt i en artikkel 5-situasjon må dermed vedkommende etter dette ikke innhente nytt forhåndssamtykke fra Stortinget. Vedtak om deltagelse i militæroperasjoner utløst av artikkel 5, vil etter dette kunne treffes uten å legge frem saken for Stortinget etter § 26 andre ledd som følge av læren om organisasjonsvedtak.

Sakene må imidlertid uansett vanligvis behandles i statsråd etter Grl. § 28, og etter Stortingets forretningsorden § 16 diskuteres med den utvidete utenriks- og forsvarskomiteen.³⁹⁵ I tillegg må naturligvis partene ønske å forplikte seg til maktbruk, samt være enige om at det forelig-

³⁹⁴ Fournier/Bumgardner (2014) s. 27.

³⁹⁵ Jf. Stortingets forretningsorden § 16(2) der det fremgår at regjeringen bør drøfte viktige spørsmål vedrørende «utenrikspolitikk, handelspolitikk, sikkerhetspolitikk og beredskap, herunder terrorberedskap» før viktige beslutninger fattes.

ger en artikkel 5-situasjon. Etter diskusjonene om det utvidete selvforsvarsbegrepet, har dette spørsmålet ledet til uenighet i teorien.³⁹⁶ Denne diskusjonen er det avgrenset mot her.

5.5.4.6 Vedtak om operasjoner utenfor artikkel 5

Det neste som skal vurderes er beslutninger om militæroperasjoner utenfor artikkel 5. Spørsmålet er først om det er hjemmel til å beslutte bruk væpnet makt i militæroperasjoner utenfor artikkel 5 i Atlanterhavspakten. Ettersom NATO ble bygget opp som forsvarsallianse med artikkel 5 som grunnstein, har ikke operasjoner utenfor forsvarsretten i artikkel 5 en egen spesifikk hjemmel i Atlanterhavspakten. Operasjonene utenfor artikkel 5 er imidlertid omtalt i flere av NATOs planer og retningslinjer. I NATOs krisehåndteringsstrategi fra 1999 ble det fastslått at krisehåndtering i NATO også skulle omfatte krisehåndteringssituasjoner utenfor artikkel 5.³⁹⁷

NATOs retningslinjer «Doctrine for non-article five crisis response operations», viser til at NATO-toppmøtet i Washington i 1999 anerkjente et behov for å kunne samles om operasjoner utenfor artikkel 5: «that future NATO involvement in non-Article 5 crisis response operations (NA5CRO) is needed to ensure both the flexibility and ability to execute evolving missions not described under Article 5, including those contributing to effective conflict prevention.»³⁹⁸

Slike operasjoner skulle kunne utføres i en hvilken som helst del av verden: «as opposed to the specific Euro-Atlantic area defined for article 5 operations; this implies that NA5CRO may have an expeditionary nature.»³⁹⁹ Avgjørelsen om en operasjon tas som vanlig ved konsensus i NATO-rådet og partene bestemmer fra sak til sak i hvilken grad og eventuelt hva de vil delta med.⁴⁰⁰

Retningslinjene og strategiene beskriver operasjonstypen. Retningslinjene kan ikke gå utover paktens bestemmelser, uten samtykke fra statene. En retningslinje eller en eventuell plan om gjennomføringen av mulige operasjoner gjelder ikke som forpliktelse til å delta i operasjonene, men har sin verdi ved at man på det tidspunkt en felles forsvarsoperasjon iverksettes, vil den være grundig planlagt.

³⁹⁶ For eksempel om angrep fra terrorgrupper til rett til selvforsvar når en terrorgruppe ikke handler på vegne av noen stat, eller i hvilken grad preventivt selvforsvar legitimerer krigsutbrudd, når det ikke foreligger kunnskap om umiddelbart forestående og uunngåelige angrep, jfr. Ulfstein (2011) s. 196-198.

³⁹⁷ NATO (2018).

³⁹⁸ AJP-3.4(A), punkt 0101.

³⁹⁹ AJP-3.4(A), punkt 0101, forkortelsen er for non article 5-crisis response operations.

⁴⁰⁰ NATO (2018). AJP-3.4(A), punkt 0204 bokstav b.

Hvilken kompetanse som ligger til organisasjonen på området utenfor artikkel 5 beror på en tolkning av det generelle myndighetsområdet i pakten. De overordnede formålene med NATO fremgår av artikkel 2. Etter denne bestemmelsen skal statene bygge fredelige relasjoner, frie institusjoner, fremme samarbeid og forhindre konflikt:

«Partene vil bidra til den videre utvikling av fredelige og vennskapelige mellomfolkelige forhold ved å styrke sine frie institusjoner, ved å skape enda bedre forståelse av de grunnsetninger som disse institusjoner bygger på, og ved å fremme vilkårene for stabilitet og velferd. De vil søke å fjerne konfliktstoff i sin mellomfolkelige, økonomiske politikk, og vil oppmuntre økonomisk samarbeid seg imellom.»

I tillegg forplikter partene seg til ikke å bruke makt uten i samsvar med FN-pakten, jfr. Atlanterhavspakten artikkel 1, og til å utvikle og styrke egen evne til å motstå angrep, jfr. Atlanterhavspakten artikkel 3. De overordnede formålene til organisasjonen utenfor artikkel 5, er brede og lite konkrete. Colban beskriver området som et «temmelig stort og dessuten løst definert saksområde.»⁴⁰¹ Dersom en organisasjon har omfattende og lite presist definert myndighet påpeker han på at «man kan vanskelig gå ut i fra at suverene stater har villet tillegge en internasjonal organisasjon en stor og uklart avgrenset myndighet til å treffe bindende beslutninger med tilsidesettelse av de enkelte lands konstitusjonelle regler om traktstavslutning.»⁴⁰²

En avtale om å gjennomføre en militæroperasjon utenfor artikkel 5 er, etter dette, ikke regulert i pakten. Dette innebærer at å vedta en ikke-artikkel 5 operasjon utgjør en selvstendig avtale, og dette taler klart i retning av at reglene om traktatavslutning i § 26 andre ledd kommer til anvendelse. Etter dette vil operasjoner utenfor artikkel 5 måtte behandles etter Grl. § 26 andre ledd. Regjeringen må dermed innhente Stortingets samtykke før den representant i NATO-rådet kan stemme for et slikt bindende vedtak om maktbruk.

6 Sak av «særlig stor viktighet» i Grl. § 26 andre ledd

6.1 «Særlig stor viktighet»

I det følgende er spørsmålet om avtaler om deltagelse i militæroperasjoner har typiske trekk som gjør at de må regnes som saker av «særlig stor viktighet», jf. § 26 andre ledd. Dersom traktatsaker er av særlig stor viktighet vil de etter bestemmelsen måtte fremlegges for Stortinget. Formålet med dette kapittelet er derfor å peke på enkelte typiske trekk som gjelder deltagelse i militæroperasjoner utenfor Norge, og hvordan disse kan plasseres i særlig viktighetsvurderingen belyst ved eksempelsaker.

⁴⁰¹ Colban (1961) s.194.

⁴⁰² Colban (1961) s.192-193.

6.2 Formål og bakgrunn – terskel for traktatfremleggelse

Ordlyden i § 26 andre ledd spesifiserer ikke hva som gjør at en sak er av «særlig stor viktighet». Sammenhengen i Grunnloven tilsier at sak av «særlig stor viktighet» i § 26 andre ledd i det minste må være viktigere enn en «sak av viktighet» etter Grl. § 28.⁴⁰³ At uttrykket kunne være vanskelige å tolke ble påpekt allerede ved vedtagelsen av bestemmelsen.⁴⁰⁴ Imidlertid kunne man ikke finne noen mer presis ordlyd enn særlig viktighet, og komiteen sluttet seg derfor til det daværende statsminister Mowinckel hadde skrevet om vilkåret: «hvis der i noget tilfelle opstår tvil hos regjeringen om en traktat som aktes ratifisert, angår en sak "av særlig viktighet", må man gå ut fra som sikkert at regjeringen vil forelegge traktaten for Stortinget».⁴⁰⁵

Ordlyden «stor» i sak av «særlig stor viktighet», kom inn i forbindelse med språkrevisjonen av Grunnloven i 2014. Før denne endringen var hadde den gamle lyden beholdt «Sager af særlig Vigtighed». Både i innstilling og i forslaget understrekes det at formålet med endringen utelukkende var språklig og ikke skulle medføre noen endring i meningsinnholdet.⁴⁰⁶ I nynorsk-versjonen av Grunnloven § 26 ble det derimot ikke tatt inn ordet stor, men kun «særlig viktige saker». Ordlyden «stor» er ikke videre kommentert, og kan derfor ikke antas å representere noen heving av terskelen for traktatfremleggelse i § 26.

Synspunktet om at regjeringen ved tvil legger frem traktaten for å «holde seg på den sikre siden» ser ut til å stå fast også i dagens statsrettslige litteratur om § 26. Både Høgberg og Smith nevner at regjeringen sender flere traktater til Stortinget enn nødvendig fordi man ikke ønsker å komme for nær grensen mot riksrettsansvaret.⁴⁰⁷ Derfor er det i praksis heller ikke så viktig hvor vi trekker grensen, hevder Smith.⁴⁰⁸

Kapitlene over viser imidlertid at ikke alle avtaler i tilknytning til militæroperasjoner behandles av Stortinget etter § 26 andre ledd. Avtaler om styrkers status vedtas etter praksis i statsråd eller ved departementsvedtak.⁴⁰⁹ Det er usikkert om grunnen til dette er at avtalene ikke regnes som særlige viktige, eller om man mener slike avtaler ikke skal fremlegges for Stortinget fordi folkerettslige avtaler som gjelder denne delen av utenriksstyret er unntatt slik stortings-

⁴⁰³ Andenæs (2017) s. 366.

⁴⁰⁴ Innst. S. nr. 47 (1931) s. 71.

⁴⁰⁵ Innst. S. nr. 47 (1931) s. 71.

⁴⁰⁶ Innst. 177 S (2013-2014) s. 3, Dokument 12:21 (2011-2012) s. 90.

⁴⁰⁷ Høgberg (2016) s. 64, Smith (2015) s. 267.

⁴⁰⁸ Smith (2015) s. 267.

⁴⁰⁹ E-post utveksling med Utenriksdepartementets rettsavdeling 30. august 2017.

behandling. Uansett kan det se ut til at regjeringen ikke nødvendigvis er like opptatt av å «holde seg på den sikre siden» av grensene rundt § 26 når det kommer til spørsmål som oppstår i forbindelse med militæroperasjoner utenfor Norge.

6.3 Traktatsaker og momenter i viktighetsvurderingen

6.3.1 Hvordan vurderes en traktatsaks viktighet?

I forbindelse med Norges erklæring om tilslutning til Det internasjonale energibyråets langtidsprogram (IEP) i 1976, ble som § 26 andre ledd til en viss grad diskutert i juridisk teori, også nevnt i punkt. 5.4. Spørsmålet var da om regjeringen burde ha innhentet Stortingets samtykke før den ga sin erklæring om tiltredelse.⁴¹⁰ Johs. Andenæs og Torstein Eckhoff mente at saken burde vært forelagt Stortinget til forhåndsgodkjenning, mens Carl August Fleischer og daværende ekspedisjonssjef Eliassen i Utenriksdepartementet støttet regjeringens beslutning om at dette ikke hadde vært nødvendig.⁴¹¹ Hvilke momenter som inngår i særlig viktighetsvurderingen kom også frem i diskusjonen.

Fleischer mente det var sakens *rettslige* betydning som måtte være særlig viktig, mens Andenæs derimot påpekte at sakens viktighet måtte bero på en *totalbedømmelse* av både rettslige og politiske sider. Dette var blant annet begrunnet i at Grunnloven § 26 andre ledd benytter ordet traktater angående «sak» av særlig stor viktighet. Så lenge det forelå tilstrekkelige rettslige forpliktelser slik at saken var omfattet som traktat, måtte det være rimelig at både rettslige og politiske sider ved saken hadde betydning.⁴¹²

I nyere tolkningsuttalelser om § 26 andre ledd peker Justisdepartementets lovavdeling generelt på at det i viktighetsvurderingen må trekkes inn både utenrikspolitiske, økonomiske og rettslige forhold ved den folkerettslige avtalen som er aktuell.⁴¹³ Disse synspunktene stemmer overens med ordlyden og Andenæs' synspunkter over. Det kan være nyttig å ta utgangspunkt i disse kategoriene.

Når det gjelder avtaler knyttet til militæroperasjoner spesielt, så vil disse naturligvis variere i art og omfang, og enkelte utpeker seg som mer sensitive og viktige. Likevel vil det forsøksvis bli pekt på noen generelle momenter som kan ha betydning når det gjøres en avtale om at norske tropper skal bistå i en krig eller væpnet konflikt utenfor Norge.

⁴¹⁰ Andenæs (1978) s. 218.

⁴¹¹ Andenæs (1978) s. 214.

⁴¹² Andenæs (1978) 226.

⁴¹³ Tolkningsuttalelser fra lovavdelingen av 12.02.2007 og 06.03.13.

6.3.2 Utenrikspolitiske forhold

Avtaler om militærbistand vil for det første kunne ha betydning for Norges utenrikspolitiske posisjon, samt påvirke vårt forhold til allierte. Hvordan vil velger å prioritere allianseforhold og militærressurser kan også påvirke nasjonal sikkerhetspolitikk. Flere politikere har fremhevet at vår uavhengighet og integritet er avhengig av at Norge er en tydelig bidragsyter i konflikter, men hvilke operasjoner Norge skal delta i er tidvis politisk omdiskutert.⁴¹⁴ Det er ikke bare sikkerheten i Norge som er sentral, men også sikkerheten til norske tropper som sendes til fremmede land for å delta i krig og væpnet konflikt. For norske tropper kan det medføre en stor personlig risiko for dem som deltar.⁴¹⁵

For det andre vil militærdeltagelse og utformingen av den kunne få stor betydning for personer og samfunn i konfliktområdet. Norske styrker risikerer å bidra til tap av sivile liv. Dette taler for at bruk av makt i det internasjonale samfunnet er noen av de tyngste og alvorligste avgjørelser som tas politisk. Bruk av makt fordrer også at det gjøres en grundig vurdering i samfunnet man skal delta i, og hvordan man igjen kan trekke seg ut på en måte som gjør at samfunnet ikke faller sammen uten internasjonal bistand.

Operasjoner som skal gjennomføres i land med krigspreget historie, annen kultur og religion, kan fremstå som særlig sensitive. I Afghanistan-utredningen ble det påpekt at det internasjonale engasjementet, herunder Norges, i liten grad hadde vært basert på kunnskap om Afghanistan og lokale forhold, kultur og konfliktlinjer.⁴¹⁶ Utvalget pekte blant annet på at statsbygging styrt utenfra og bygd påorstilt militær innsats, innenfor de gitte rammene var umulig i et samfunn preget av 23 år med krig.⁴¹⁷ Dette viser at militærdeltagelse sammenheng med statsbygning kan møte store utfordringer. Vurderinger av et eventuelt bidrag og fremgangsmåte derfor bør anses for å være av særlig stor viktighet.

6.3.3 Økonomiske forhold

For det tredje vil en spent situasjon og væpnede konflikter tidvis kunne trekke ut i lengde, og reelt sett føre til at ikke bare utenrikspolitikken, men også bevilgningsretten potensielt blir bundet i land tid.⁴¹⁸ Uforutsette vansker kan føre til at det blir politisk vanskelig å trekke styr-

⁴¹⁴ Et eksempel var Norges bidrag i Afghanistan som førte til spenninger i daværende koalisjonsregjeringer. Spenningene ble ytterligere forsterket da USA ba om bidrag til invasjonen av Irak våren 2003, jf. NOU 2016:8 s. 22 om Bondevik-regjeringen og s. 28 om Stoltenberg II-regjeringen.

⁴¹⁵ Homøyvik 2012 s. 195, samt NOU 2016:8 s. 10 som peker på norske soldater som ble drept og skadet i Afghanistan.

⁴¹⁶ NOU 2016:8 s. 9.

⁴¹⁷ NOU 2016:8 s. 9.

⁴¹⁸ Holmøyvik (2012) s. 195 trekker blant annet dette argumentet inn i en generell drøftelse av om Stortinget bør samtykke til deltagelse i militæroperasjoner.

ker ut, og derfor også vanskelig for Stortinget å nekte og bevilge penger, jf. Grl. § 75 d, når Norge først er involvert i en kompleks situasjon i utlandet.

Slikt sett kommer også det økonomiske aspektet inn, ved at militærdeltagelse kan være dyrt, og muligens vil bli dyrere dersom operasjonen blir lengre enn ventet. I militæroperasjonene i Afghanistan brukte Norge omkring 20 milliarder kroner i perioden 2001-2014, der 11,5 milliarder var til militære formål og 8,4 milliarder til sivile formål.⁴¹⁹ I Afghanistan-utredningen ble det påpekt at intervensjon med sikte på å skifte regime slik det ble gjort i Afghanistan er ressurskrevende og konfliktskapende.⁴²⁰ I tillegg ble det vist til at statsbygging er nærmest umulig å oppnå mens det pågår væpnet konflikt.⁴²¹ Avtaler om eller tilknyttet operasjoner som tar sikte på å endre regimer, eller som finner sted i etterkant av en tvungen regimeendring, bør basert på denne erfaringen anses som særlig kostnads- og ressurskrevende og dermed regnes som spesielt viktige.

6.3.4 Rettslige forhold

6.3.4.1 Folkerettslig rammeverk

De rettslige aspektene ved militæroperasjoner vil kunne komme inn på ulike måter, avhengig av det folkerettslige grunnlaget for operasjonen. Norge vil måtte forholde seg til de folkerettslige forpliktelsene som gjelder ved maktbruk, det vil si at operasjonen må foregå innenfor det folkerettslige grunnlaget for operasjonen, samt humanitærrettslige regler. Opptreden utenfor disse rammene vil som nevnt kunne påføre Norge folkerettslig ansvar. Dersom det er uenigheter knyttet til operasjonens folkerettslige grunnlag, vil dette trekke i retning av at operasjonene er særlig viktig og sensitiv.

6.3.4.2 Undertraktater – Status-avtaler

Et særlig spørsmål er hvilken betydning det får at løftet om å delta i en militæroperasjon får den direkte følgen at det inngås andre traktater. Dette er traktater som muliggjør den praktiske gjennomføringen av militæroperasjonen. Et eksempel på en slik undertraktat er avtaler om styrkenes status, som ble diskutert angående militærbidraget i Irak, jf. punkt 5.5.2.2 ovenfor.⁴²² Avtaler om styrkenes status, Status of Forces Agreement (SOFA), utgjør altså normalt ikke selve grunnlaget for å sende styrker inn i et land. Avtalene fastlegger militærstyrkenes rettigheter og plikter, blant annet troppenes strafferettslige immunitet for sitt nærvær og for handlinger som faller inn under oppdraget.⁴²³ Avtalen blir derfor en del av *rettslige ramme-*

⁴¹⁹ NOU 2016:8 s. 10.

⁴²⁰ NOU 2016:8 s. 10.

⁴²¹ NOU 2016:8 s. 10.

⁴²² E-post utveksling med Utenriksdepartementets rettsavdeling 30. august 2017.

⁴²³ Hellestveit (2016).

verket rundt operasjonen.⁴²⁴ Dersom man ikke enes om en SOFA-avtale, kan det føre til at operasjonen blir avlyst.

SOFA-avtalene inngås mellom staten som skal bistå, og staten som skal motta militærbistanden. Avtalene kan også bidra til å klargjøre operasjonens formål, noe som skaper notoritet og synlighet utad, samt sørger for norske soldaters rettssikkerhet.⁴²⁵ SOFA-avtalene kan i denne sammenhengen komme inn som et rettslig aspekt på to måter: for det første som moment i en helthetsvurdering av hvor viktig en avtale om bistå et annet land militært kan være. I tillegg kan det være et eget spørsmål om SOFA-avtalen er av slik viktighet at den i seg selv bør fremlegges for godkjenning av Stortinget.

6.3.5 Eksempelsaker – generelle trekk av særlig stor viktighet

6.3.5.1 *Libya-saken i 2011*

I Libya-saken er det flere elementer som kan trekkes frem i en viktighetsvurdering. For det første kan det slås fast at en sak allerede er å regne som meget alvorlig når Sikkerhetsrådet beslutter at en situasjon utgjør en trussel mot freden og krever maktbruk fra en internasjonal koalisjon.

Videre fremhever Lovavdelingen i flere tolkningsuttalelser på generelt grunnlag at «Stortingets egen oppfatning av hva som er særlig viktig, vil ha stor betydning der en slik oppfatning kan sies å foreligge. Avgjørelsen inneholder derfor et sterkt element av politisk skjønn.»⁴²⁶ Dersom det er politisk uenighet i den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen kan dette derfor tale for at saken bør bringes inn for Stortinget.

Som vist i punkt 1.2 var deltagelsen i Libya også i utgangspunktet politisk omdiskutert innad i regjeringspartiene, særlig i Sosialistisk Venstreparti. Partiet landet på en avgjørelse og besluttet å gi sin støtte til statsminister Stoltenberg som skulle bekrefte norsk deltagelse. Ettersom opposisjonen også støttet norsk deltagelse var det bred politisk enighet om bidraget. Dersom saken hadde blitt behandlet i Stortinget, er det mye som tyder på at utfallet blitt det samme, ettersom et samlet Storting så ut til å støtte bidraget.⁴²⁷

På tross av at det er enighet om et bidrag bør utgangspunktet i en sak av slik alvorlighet som Libya-saken regnes som særlig viktig. Norge tok på seg en viktig rolle ved å stille med seks

⁴²⁴ Hellestveit (2016).

⁴²⁵ Hellestveit (2016).

⁴²⁶ Tolkningsuttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 12.02.2007 saksnummer 200700764 EO KHR, samt tolkningsuttalelse 06.03.2013 saksnummer 12/6165 EO ATV/AND.

⁴²⁷ Regjeringen hadde flertall, og statsminister Stoltenberg hadde i tillegg fått samtykke av opposisjonen på telefon, se Gade/Hilde (2016) s. 84-85.

F16 fly og ved å stilte seg åpen for å påta seg noen av de mest sensitive bombeoppdragene.⁴²⁸ Dette må innebære at saken fremsto som en utenrikspolitisk sak av særlig stor viktighet. At saken i ettertid er omtalt som et paradigmeskiftet i norsk militærdeltagelse, underbygger dette.⁴²⁹

6.3.5.2 Irak-saken fra 2015

I Irak-saken er det flere forhold som kan trekkes frem ved vurderingen av det norske bidraget. For det første er det blitt påpekt at til tross for at det norske bidraget kun skal bidra til opptrening av irakiske soldater, ville norske styrker måtte utøve selvforsvar, og kunne dermed trekkes inn direkte kamphandlinger ved angrep.⁴³⁰ Dette kan potensielt utgjøre en personlig fare for norske styrker.⁴³¹

Et annet forhold er at regjeringen anerkjente at trusselnivået for terror i Norge på kort sikt kunne bli økt ved vår deltagelse i en internasjonal koalisjon i kampen mot IS.⁴³² Regjeringens argument var her at Norge ikke skulle la trusler fra terrororganisasjoner diktere sikkerhetspolitikken. På tross av at de politiske valgene på kort sikt kunne øke risikoen, var bekjempelsen av ISIL en langvarig investering i norsk sikkerhet.⁴³³ Momentene utgjør en del av vurderingen knyttet til det norske bidraget og tilsier at saken er svært viktig for norske myndigheter.

At det i tillegg oppstod vanskeligheter ved forhandlingen av en avtale med Irak om styrkenes status, gjorde også situasjon viktig politisk. Hellestveit har som nevnt kritisert at både innholdet i invitasjonen til militærbistand fra Irak, skrankene for norske styrkers opptreden, samt deres rettslige beskyttelse, fremsto som uklare.⁴³⁴ Hun påpekte at rammene rundt operasjonen, formålet og dens notoritet, er uklar:

«Ved invitasjon til assistanse låner vi militære kapasiteter bort til en annen stat. En motakerstat vil normalt ha andre motiver og interesser enn våre. Og den vil sannsynligvis være involvert i maktkamper og strid som er Norge uvedkommende, men der vi likevel kan bli trukket med. Følgelig er det viktig med klare rammer for slikt utlån.»⁴³⁵

⁴²⁸ Henriksen (2013).

⁴²⁹ Henriksen (2013) omtalt over i punkt 4.4 om Libya-saken som paradigmeskiftet.

⁴³⁰ Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10.

⁴³¹ Et eksempel på norske soldaters deltagelse i Irak ble nylig offentliggjort i en video av Forsvaret, som viser at norske soldater kamp med IS-krigere, og at soldatene i selvforsvar dreper en selvmordsbomber, som nevnt i punkt 3.7.2.4, se Veum, NRK (2018), Lysberg Klassekampen (2018).

⁴³² Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10 s. 328 se statsminister Solbergs redegjørelse.

⁴³³ Stortingsmøte onsdag den 5. november 2014 kl. 10 s. 328 se statsminister Solbergs redegjørelse.

⁴³⁴ Hellestveit (2016), Chan (2014).

⁴³⁵ Hellestveit (2016).

Norske soldaters rettssikkerhet trekkes også frem i Hellestveits kritikk av en manglende SOFA-avtale i Irak. Dette fordi diplomatisk immunitet ikke innebærer «rett til engasjement i militæraktivitet, det soldatene i praksis bedriver».⁴³⁶ Dermed stemmer rettssikkerheten lite med soldatenes reelle situasjon.⁴³⁷ Også dette er momenter som trekker i retning av at inngåelse av en avtale i en slik situasjon som i Irak må regnes for å være spesielt viktige.

6.3.6 Manglende behandling i Stortinget

Ettersom avtaler om, og i tilknytning til, militæroperasjoner som utgangspunkt ser ut til å omfatte viktige områder for stat og befolkning, og derfor ofte bør regnes for å være av særlig viktighet skal de etter denne drøftelsen behandles i Stortinget. Når Stortinget ikke har fattet positivt eller negativt vedtak i disse sakene, er dette antagelig ikke fordi det politiske flertall anser disse sakene for å være vanlige eller mindre viktige saker. Det ser derimot ut til å være begrunnet i at ulike partier ønsker å behandle saker om militæroperasjoner på ulik måte.⁴³⁸ Derfor har heller ikke særlig viktighetskravet vært sentralt i disse vurderingene.

Det ser ut til at de politiske partiene har prinsipielt ulik fremgangsmåte i sakene.⁴³⁹ Enkelte partier mener den utøvende makt skal ha større grad av fleksibilitet i disse sakene, mens andre partier mener sakenes viktighet krever et vedtak i Stortinget.⁴⁴⁰ Når det foreligger en avtale som omfattes som traktat etter Grl. § 26, vil derimot kriteriet om særlig stor viktighet raskt være oppfylt ved spørsmål om bruk av militærmakt internasjonalt, der det er risiko for skade på liv og helse, både for sivile og norske soldater.

Selv om drøftelsen viser at disse avtalene som regel må anses for å utgjøre en sak av særlig stor viktighet, er det imidlertid noen former for avtaler, om og knyttet til militæroperasjoner, som ikke faller direkte inn under traktatbegrepet, jf. kapittel 5. Og selv om de faller inn under traktatbegrepet, er realiteten like fullt at enkelte saker ikke er behandlet i Stortinget. Spørsmålet blir derfor om regjeringen har en kompetanse til å beslutte deltagelse i militæroperasjoner som går på tvers av § 26. En mulighet er at det har oppstått konstitusjonell sedvanerett på dette området, og dette spørsmålet skal utforskes nærmere i neste kapittel.

⁴³⁶ Hellestveit (2016).

⁴³⁷ Hellestveit (2016).

⁴³⁸ Eksempelvis uttalelsene til Thorbjørn Jagland, tidl. leder av utenrikskomiteen, i stortingsdebatten om Afghanistan i 2001, om regjeringens prerogativ på utenriksfeltet som Stortinget ikke måtte gripe inn i på en ubetenksom måte, se S.tid nr. 146 (2001) s. 604.

⁴³⁹ Eksempelvis har Arbeiderpartiet og Høyre i nyere tid sett mindre behov for stortingsbehandling, mens SV, Rødt og FrP, er positive til eller ønsker dette, se eksempelvis Gedde-Dahl, Aftenposten (2012).

⁴⁴⁰ Gedde-Dahl, Aftenposten (2012).

7 Fra Grunnlovens ord til ulovfestet rett

7.1 Grensen for § 26 – spørsmålet om konstitusjonell sedvanerett

De tidligere kapitler har vist at Grl. § 26 ikke gir Kongen (Regjeringen) anledning til å beslutte deltagelse i militæroperasjoner i væpnet konflikt utenom de tilfeller hvor det er tale om forsvar av Norge. Drøftelsen legger til grunn at § 26 tolket i lys av praksis og forsvarspolitisk utvikling medfører at forsvar av NATO-allierte kan anses som forsvar av Norge i utvidet forstand, så lenge NATO-paktens artikkel 5, jf. FN-pakten artikkel 51 benyttes. Utenfor dette er det rettslige utgangspunktet at militær maktbruk i utlandet må ha grunnlag i Stortingets samtykke. Bruk av militærmakt i utlandet utenfor forsvar av Norge og NATO-allierte, kan etter dette ikke bero på en utvidende *tolkning* av bestemmelsen. Derfor må det drøftes om det er holdepunkter for at det har utviklet seg en konstitusjonell sedvanerett som går på tvers av Grl. § 26 og gir regjeringen en utvidet rett til å beslutte deltagelse i militæroperasjoner utenfor Norge.

7.2 Konstitusjonell sedvanerett

7.2.1 Konstitusjonsbegrepet og konstitusjonell sedvanerett

Konstitusjonell sedvanerett er konstitusjonelle regler som ikke fremgår av Grunnlovens skrevne tekst. Retten bygger på praksis fra de høyeste statsmaktene, Stortinget, Regjeringen og Kongen samt rettspraksis når domstolene tar stilling til konstitusjonelle tvistesporsmål.⁴⁴¹

Dersom man legger til grunn et *formelt* konstitusjonsbegrep, vil en regel bare være konstitusjonell når den er endret i de former som er foreskrevet i Grunnloven § 121.⁴⁴² Legger man en slik forståelse til grunn vil sedvanerettsdannelse være utelukket, og det kan ikke ha utviklet seg en bindende praksis som går på tvers ordlyden i § 26. I litteraturen har Smith bygget på et formelt konstitusjonsbegrep og kritisert læren om konstitusjonell sedvanerett.⁴⁴³

Gjennom å anvende et *materielt* konstitusjonsbegrep vil man i teorien derimot akseptere at det kan etableres sedvanerettsregler av konstitusjonell rang, slik tilfellet eksempelvis var med parlamentarismen på slutten av 1800-tallet. Høyesterett har per i dag i en rekke saker både drøftet og forutsatt eksistensen av konstitusjonell sedvanerett, senest i 2016 hvor det ble uttalt om regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget jf. Grl. § 82 at «Bestemmelsen ble tilføyd ved grunnlovsvedtak i 2007, men den ble forutsatt å ha samme innhold som tidligere konstitusjonell sedvanerett.»⁴⁴⁴ Med bakgrunn i den materielle tilnærmingen, og som følge av at

⁴⁴¹ Andenæs (2017) s. 47, Sejersted (2002) s. 76, Eckhoff (2001) s. 213, Helgesen (1977) s. 193-240.

⁴⁴² Smith (2017) s. 68.

⁴⁴³ Smith (2017) s. 66, 68, 124-125, 131.

⁴⁴⁴ Jf. HR-2016-296-A avsnitt 80, av de tidligere saker blant annet Kløfta-saken i Rt. 1976-1 hvor Høyesterett slo fast at domstolskontroll med lover var «sikker konstitusjonell sedvanerett», jf. dommen s. 6.

statsmaktene har forutsatt at Regjeringens kompetanse omfatter militæroperasjoner utenfor norsk forsvar, er derfor spørsmålet om praksis medfører at vi kan tale om en konstitusjonell sedvanerett.

7.2.2 Vilkår for konstitusjonell sedvanerett

For at en regel kan foreligge på grunnlag av konstitusjonell sedvanerett må praksisen for første oppfylle *sedvanerettvilkårene*, og for det andre må praksisen være av *konstitusjonell* karakter.

Tradisjonelt er det oppstilt tre vilkår for at det foreligger en sedvanerettsregel. Det må for det første foreligge en ensartet praksis, men «noen få spredte unntak» tillates.⁴⁴⁵ For det andre må praksisen foregå over en viss tid, uten at sies noe konkret om akkurat hvor lenge.⁴⁴⁶ For det tredje er det et krav til «*opinio juris*», det vil si at praksisen har foregått i den tro at den var en bindende rettsregel.

Disse tradisjonelle vilkårene har blitt kritisert, og den vanlige læren per i dag er at det må gjøres en skjønnsmessig helthetsvurdering av vilkårene sammen med reelle hensyn.⁴⁴⁷ Også andre kilder som rettspraksis, lovforarbeider, riksrettspraksis og juridisk teori kan komme inn i vurderingen.⁴⁴⁸ I det følgende vil først disse tradisjonelle vilkårene for sedvanerett vurderes. Deretter kommenteres praksisens konstitusjonelle karakter, før det til slutt gjøres en totalbedømmelse av vilkårene sett i sammenheng med om regelen anses for å være god og fornuftig.

7.2.3 Analysens grunnlag

Innenfor oppgaveformatets rammer har det ikke vært mulig å gjennomføre en komplett analyse av norske myndigheters samlede beslutninger om deltagelse i krig og væpnet konflikt. Som nevnt trekker Leraand frem utviklingen fra «tradisjonell fredsbevaring, med innsetting av FN-styrker» under den kalde krigen, til et mer sammensatt bilde av militæroperasjoner på 90-tallet, samt at de senere operasjonene har vært mest kontroversielle.⁴⁴⁹ Utviklingen gjør perioden fra 90-tallet og frem til i dag spesielt interessant for analysen her. Østgrønlandsaken fra 1931 er også interessant ettersom den ser ut til å være den eneste saken hvor Stortinget drøfter Grl. § 26.

⁴⁴⁵ Andenæs (2017) s. 48, Smith (2017) s. 125.

⁴⁴⁶ Andenæs (2017) s. 48.

⁴⁴⁷ Andenæs (2017) s. 47.

⁴⁴⁸ Andenæs (2017) s. 48, Sejersted (2002) s. 76, Helgesen (1977) s. 223.

⁴⁴⁹ Leraand (2012) s. 44-45.

Analysen tar derfor utgangspunkt i utviklingen av norske myndigheters praksis og militærbi-drag fra operasjonene i Gulfen i 1991, Irak i 2003, Kosovo i 1999, Afghanistan fra 2001-2014 samt operasjonene det allerede er redegjort for: Libya 2011 og Irak fra 2015. Disse operasjo-nene har vært særlig omtalt fra 90-tallet og frem til i dag. Til slutt i helhetsvurderingen trekkes også frem okkupasjonen på Østgrønland i 1931, som redegjort for i punkt 5.3.

7.3 Nærmere om praksis – hovedlinjer på 90-tallet

7.3.1 Golfkrigen 1990-1991

7.3.1.1 Bakgrunn og folkerettslig hjemmel

Bakgrunnen for krigen var at Irak under Saddam Husseins ledelse okkuperte Kuwait og gjorde landet til en irakisk provins.⁴⁵⁰ USA så med bekymring på den regionale stabiliteten og på den globale energiforsyningen, og samlet støtte til en internasjonal koalisjon for å beskytte Saudi Arabia.⁴⁵¹ Dette førte først til Operation Desert Shield som ble en defensiv operasjon med utplassering av styrker, samtidig som det ble truet om bruk av makt hvis ikke okkupasjo-nen av Kuwait opphørte.⁴⁵² Den andre fasen var Operation Desert Storm som skulle frigjøre Kuwait. FNs sikkerhetsråd godkjente angrep på Irak, og at en koalisjonsstyrke opptrådte på rådets vegne.⁴⁵³ Koalisjonen var overlegen i luftstyrke og Kuwait ble frigjort i slutten av ja-nuar 1991.⁴⁵⁴

7.3.1.2 Nærmere om norsk bidrag og saksbehandling

I Norge besluttet Regjeringen å tilby kystvaktfartøyet KV Andenes til operasjonen, etter å ha konsultert den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen.⁴⁵⁵ Saken var oppe i Stortinget i forbin-delse med at Regjeringen ba om omdisponering av bevilgninger i forbindelse med operasjo-nen.⁴⁵⁶ Fartøyet ble værende også under operasjonen Desert Storm hvor den opererte som støttefartøy for en dansk korvett. Norge bidro også med et sanitetskompani til støtte for britis-ke styrker i Saudi-Arabia.⁴⁵⁷ Leraand påpeker at «Norge deltok i begge operasjonene om enn i liten utstrekning – og ikke i selve stridshandlingene».⁴⁵⁸ Han sammenfatter at Desert Shield hadde vært den første koalisjonsstyrken etter den kalde krigen, samt den første satt inn med mandat fra FN og største tropper samlet siden Korea-krigen.⁴⁵⁹

⁴⁵⁰ Forsvarets nettsider under operasjon Desert Shield og operasjon Desert Storm, Leraand (2012) s. 95.

⁴⁵¹ Leraand (2012) s. 95-96.

⁴⁵² Forsvarets nettsider.

⁴⁵³ Leraand (2012) s. 96, Forsvarets nettsider under operasjon Desert Storm.

⁴⁵⁴ Leraand (2012) s. 96, Forsvarets nettsider under operasjon Desert Storm.

⁴⁵⁵ St.prp.nr. 7 (1990-1991) s. 2.

⁴⁵⁶ St.prp.nr. 7 (1990-1991).

⁴⁵⁷ Leraand (2012) s. 96.

⁴⁵⁸ Leraand (2012) s. 96.

⁴⁵⁹ Leraand (2012) s. 96.

7.3.2 Irak 2003-2005

7.3.2.1 *Bakgrunn og folkerettslig hjemmel*

I 2003 besluttet USA under ledelse av president George W. Bush å samle en ny koalisjonsstyrke for å få avsatt Saddam Husseins regime i Irak, for å forhindre at Irak skulle utvikle atomvåpen.⁴⁶⁰ Kritikerne mente imidlertid at formålet var de store olje og gassressursene, og et mer USA-vennlig Irak.⁴⁶¹ Operasjonen møtte begrenset mostand, Saddam Husseins regime ble avsatt og kampoperasjonene ble avsluttet 1. mai 2003. I den daværende norske koalisjonsregjeringen hadde det vært uenigheter knyttet til den norske posisjonen i konflikten, og hvorvidt Norge skulle bistå i den amerikanskledede invasjonen.⁴⁶² Operasjonen ble imidlertid gjennomført uten hjemmel i FN-pakten og Norge valgte derfor å ikke delta.⁴⁶³ I etterkant av regimeendringen da kampoperasjonene var avsluttet, ble det etablert en flernasjonalt sikkerhets- og stabiliseringsstyrke med FN-mandat som norske styrker deltok i; Multinational Forces Iraq (MNF-I).⁴⁶⁴

7.3.2.2 *Nærmere om norsk bidrag og saksbehandling*

Debatten om det norske bidraget i Irak hadde blitt diskutert flere ganger i Stortinget blant annet som følge av en rekke spørsmål i spørretimen. Representanten Kristin Halvorsen fikk statsminister Kjell Magne Bondevik til å forsikre at regjeringen ville konsultere Stortinget dersom det ble aktuelt at Norge skulle delta i stabiliseringsstyrkene i Irak.⁴⁶⁵ Møtereferatene i den utvidede utenrikskomiteen er hemmelige i 30 år, og også møteinnkallingen er gradert. Det ble imidlertid bekreftet i offentligheten at regjeringen hadde konsultert den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen hva gjaldt deltagelse i stabiliseringsstyrken allerede i mai 2003.⁴⁶⁶ Regjeringen godkjente så i statsråd 27. juni 2003 at forsvarsdepartementet skulle få fullmakt til å undertegne avtalen med Storbritannia som regulerte norsk deltakelse i stabiliseringsstyrken.⁴⁶⁷ Styrkens overordnede bidrag ble videre beskrevet i Stortinget ved omdisponering av bistandsmidler i forbindelse med operasjonen.⁴⁶⁸

⁴⁶⁰ Leraand (2012) s. 99, Forsvarets nettsider under operasjon MNF-I.

⁴⁶¹ Leraand (2012) s. 99.

⁴⁶² NOU 2016:8 s. 22.

⁴⁶³ Leraand (2012) s. 99, Thune, Eide og Ulfstein (2003) s. 120, NRK (2003).

⁴⁶⁴ Forsvarets nettsider under operasjon MNF-I.

⁴⁶⁵ S.tid. nr. 147 (2003) s. 2709.

⁴⁶⁶ NRK (2003), VG (2003), Klassekampen (2003).

⁴⁶⁷ Kongelig resolusjon av 27. juni 2003 og pressemelding fra Forsvarsdepartementet samme dag nr: 26/2003. Se forsvarsministerens svar om saken i svar på skriftlig spørsmål i Stortinget, jf. dok. nr. 15:748 (2002-2003).

⁴⁶⁸ St.prp. nr. 65 (2002-2003) s. 15. Se også Innst. S. 260 (2002-2003) s. 23-24 hvor det fremgår konkrete forslag til bevilgninger til stabiliseringsstyrken, og hvilke fraksjoner som stilte seg bak regjeringens forslag.

Norge stilte med et ingeniørkompani som blant annet skulle bidra til å bedre infrastrukturen i området samt stabsoffiserer til den britiske og polske brigadens hovedkvarter.⁴⁶⁹ Fra norsk politisk hold ble det understreket at bidraget i stabiliseringsstyrken hovedsakelig var humanitært og ikke var en del av okkupasjonen eller krigføringen.⁴⁷⁰ Leraand påpeker imidlertid at ingeniørkompaniet ble trukket hjem allerede etter et år.⁴⁷¹ Dette var blant annet som følge av at det krigspregede området fortsatt hadde sikkerhetsutfordringer, og at kompaniet ikke opplevde støtte fra et samlet Storting.⁴⁷² Bidraget med stabsoffiserer ble avviklet i slutten av 2005.

7.3.3 Kosovo 1999

7.3.3.1 *Bakgrunn og folkerettslig hjemmel*

Bakgrunnen for operasjonen var flere langvarige konflikter knyttet til oppløsningen av Jugoslavia og Kosovos ønske om selvstyre.⁴⁷³ Kosovo hadde vært en provins i Serbia med spesiell status og en viss grad av indre selvstyre. Da Jugoslavia ble oppløst ble det på 1990-tallet truffet tiltak fra serbisk side for å få Kosovo inn under sterkere kontroll, men kosovoalbanerne ønsket selvstyre. Dette førte til kamper mellom Den militante separatistiske bevegelsen Kosovos frigjøringshær (UCK) og serberne under ledelse av Milosevic, som svarte med det som ble oppfattet som etnisk rensning av Kosovo.⁴⁷⁴ Sikkerhetsrådet vedtok to resolusjoner, en som fordømte voldsbruken mellom begge parter, og en som krevde øyeblikkelig våpenhvile. Det kom imidlertid ingen beslutning om bruk av makt i FNs sikkerhetsråd ettersom forsøkene ble stanset av russisk og kinesisk veto.⁴⁷⁵

Etter at situasjonen forverret seg ytterligere i 1999, besluttet NATO likevel å gå til militær aksjon, og luftangrep mot Jugoslavia ble innledet 24. mars frem til 9. juni 1999.⁴⁷⁶ Operasjonen ble altså gjennomført uten mandat fra FN. Grunnlaget for operasjonen var å forhindre humanitær katastrofe i Kosovo. Ettersom operasjonen ikke hadde grunnlag FN-pakten, ble den kritisert av flere som folkerettsstridig til tross for at formålet var å beskytte humanitære mål.⁴⁷⁷ Slik sett representerer operasjonen i Kosovo en endring fra de tidligere operasjonene der Norge har deltatt.

⁴⁶⁹ Leraand (2012) s. 99, Forsvarets nettsider.

⁴⁷⁰ Leraand (2012) s. 100.

⁴⁷¹ Leraand (2012) s. 100.

⁴⁷² Leraand (2012) s. 100.

⁴⁷³ Leraand (2012) s. 89, Ulfstein (2011) s. 202.

⁴⁷⁴ Leraand (2012) s. 100.

⁴⁷⁵ Leraand (2012) s. 89.

⁴⁷⁶ Ulfstein (2011) s. 202. Målet var å bombe taktiske mål på bakken i Kosovo og infrastruktur i Serbia, jf. Leraand (2012) s. 89.

⁴⁷⁷ Se Eskeland (2011) s. 131-135, Helgesen (1999), Simma (1999).

7.3.3.2 Nærmere om norsk bidrag og saksbehandling

Daværende statsminister Kjell Magne Bondevik orienterte Stortinget om regjeringens syn på situasjonen i Kosovo 18. mars 1999, og forklarte at regjeringen ville vurdere om det var grunnlag for å gå til militæraksjon i Kosovo uten FN-mandat, og at «Det var bred tilslutning i Stortingets organer til en slik holdning».⁴⁷⁸ Regjeringen tok altså beslutningen etter å ha konsultert den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen, og Stortinget ble orientert før operasjonene ble igangsatt. Norske F-16 fly deltok i operasjonen «Allied Force», og dette var første gang norske kampfly ble brukt siden den andre verdenskrig.⁴⁷⁹

7.3.4 Afghanistan 2001-2014

7.3.4.1 Bakgrunn og folkerettslig hjemmel

I etterkant av terrorangrepene mot USA 11. september 2001 ble det etablert to militæroperasjoner i Afghanistan, Operation Enduring Freedom (OEF) og International Security Assistance Force (ISAF).⁴⁸⁰ Ifølge Afghanistan-utvalget fastholdt norske myndigheter i hele perioden at deltakelsen i OEF hadde tilstrekkelig folkerettslig hjemmel i både kollektiv selvforsvarsrett og samtykke fra afghanske myndigheter.⁴⁸¹ OEF hadde imidlertid ikke mandat fra FN, og i litteraturen ble det av enkelte stilt spørsmål ved om selvforsvarsbegrepet kunne omfatte angrep på en *stat* som følge av terrorhandlinger fra en *terrorgruppe*, samt over hvor lang tid selvforsvar faktisk kunne begrunne operasjonen.⁴⁸² OEF begynte formelt med flybombing fra oktober 2001 som ble etterfulgt av spesialstyrker. Taliban-regimet falt innen desember 2001.⁴⁸³ Norske soldater deltok i OEF-operasjonen fra januar 2002 frem til 2006.⁴⁸⁴

Den andre operasjonen, ISAF, hadde hjemmel både i sikkerhetsrådsresolusjoner og samtykke fra afghanske myndigheter.⁴⁸⁵ Det folkerettslige grunnlaget for ISAF var derfor ikke kontroversielt. Ettersom Taliban hadde falt ble det besluttet at en ny regjering med Hamid Karzai

⁴⁷⁸ S.tid nr. 143 (1998/1999) s. 2392.

⁴⁷⁹ Henriksen (2014) s. 182.

⁴⁸⁰ Se også omtalen av debatten om konflikten i Afghanistan og krigsbegrepet, jf. punkt 3.6.2 over.

⁴⁸¹ NOU 2016:8 s. 158 hvor det henvises til uttalelser fra Jan Petersens redegjørelse i Stortinget den 15. desember 2003 og utenriksminister Jonas Gahr Støres uttalelse til Dagbladet i november 2005 «- USAs krig er legitim», Dagbladet, 10. november 2005.

⁴⁸² Afghanistan-utvalget påpekte at «gitt at det ifølge enkelte var uklart hvor lenge selvforsvarshjemmelen fortsatte å gjelde, og at annet eksplisitt grunnlag ikke forelå – som en formell invitasjon fra den afghanske overgangsregjeringen – anser utvalget at regjeringen kunne ha drøftet dette spørsmålet mer utfyllende.», jf. NOU 2016:8 s. 158-159.

⁴⁸³ Leraand (2012) s. 106.

⁴⁸⁴ De første soldatene kom allerede i desember 2001 for å forberede mottak av hovedstyrken jf. Leraand (2012) s. 109, se også NOU 2016:8 s. 158 om bidraget i OEF.

⁴⁸⁵ Se NOU 2016:8 som gjennomgår alle sikkerhetsrådsresolusjonene s. 158.

som president skulle innsettes. Dette ble besluttet med støtte fra et afghansk stormøte i regi av FN i Bonn, der også etableringen av ISAF-styrken ble besluttet i januar 2002.⁴⁸⁶

7.3.4.2 *Nærmere om norsk bidrag og saksbehandling*

Regjeringen konsulterte den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen om å sende norske styrker til Afghanistan, og som nevnt ble også spørsmålet debattert i Stortinget.⁴⁸⁷ Debatten fant sted som følge av at medlemmene fra SV og FrP fikk flertall i den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen for å behandle saken i Stortinget. Etter forretningsordenen § 16(8) skal dette skje når minst seks komited medlemmer krever det. Det ble derfor den 5. desember holdt et åpent møte, og en redegjørelse i Stortinget om saken. Som nevnt ønsket ikke stortingsflertallet å fatte et vedtak i spørsmålet om norsk deltagelse. Stortingsflertallet aksepterte dermed at regjeringen hadde besluttet å sende norske styrker i samråd med den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen.⁴⁸⁸ Norge deltok deretter med både jagerfly og bakkestyrker til både OEF og ISAF.⁴⁸⁹ Operasjonene i Afghanistan har blitt beskrevet som svært krevende, flere norske soldater ble såret og ti mistet livet.⁴⁹⁰

7.3.5 Libya 2011 og Irak fra 2015

De to siste operasjonene som hører med i denne fremstillingen er aksjonen i Libya 2011 og det norske militærbidraget i Irak fra 2015. Begge operasjonene er behandlet i punkt 1.2 over. Det sentrale å ha i mente er at aksjonen i Libya bygget på mandat fra Sikkerhetsrådet, mens militærbistanden i Irak bygger på invitasjon fra den irakiske staten. Begge operasjonene har i utgangspunktet legitimt folkerettslig grunnlag. Som nevnt er det i begge sakene likevel fremmet kritikk knyttet til det folkerettslige grunnlaget. For Libya-saken gjaldt kritikken om mandatet ble overskredet ved gjennomføringen av operasjonen.⁴⁹¹ For Irak-saken gikk kritikken ut på at det var noe uklarhet knyttet til hvilke tropper Irak formelt hadde invitert som bakkestyrker.⁴⁹²

Det norske militærbidraget i sakene er forskjellig, da det i Libya ble sendt jagerfly som slapp til nærmere 600 bomber,⁴⁹³ mens de norske styrkene i Irak skal bistå med opptrening av ira-

⁴⁸⁶ Leraand (2012) s. 109.

⁴⁸⁷ S.tid nr. 146 (2001) s. 603 følgende.

⁴⁸⁸ SV fremmet forslag ikke om å sende militære styrker til Afghanistan under amerikansk kommando. Dette ble nedstemt med 96 mot 15 stemmer.

⁴⁸⁹ Leraand (2012) s. 109-110, norsk innsats ble gransket i Afghanistansutvalgets utredning i NOU 2016:8.

⁴⁹⁰ NOU 2016:8 s. 206 vedlegg I, Leraand (2012) s. 110.

⁴⁹¹ Se diskusjonen om såkalt mission creep i Libya og uenighetene i Stoltenberg-regjeringen, i Gade/Hilde (2016) s. 85.

⁴⁹² Se Hellestveit (2016), samt diskusjonen om militærbidrag på syrisk side, se notat rettsavdelingen 24.4.16, og Hustadnes (2017).

⁴⁹³ Henriksen (2013) s. 29-56.

kiske sikkerhetsstyrker, og kun utøve selvforsvar ved nødvendighet.⁴⁹⁴ Dette viser at karakteren av det norske bidraget er av ulik karakter. Den norske prosessen forut for beslutningen om å delta i Libya, var som nevnt svært rask, og det ble først redegjort for Libya-saken i Stortinget *etter* første norske bombeoppdrag var gjennomført. Utenrikskomiteen og Kongen i statsråd møttes før selve bombingene, men norske fly var allerede uplassert på Kreta, og norske myndigheter hadde allerede bekreftet sin deltagelse til de andre allierte i koalisjonen.⁴⁹⁵ Irak-saken ble derimot diskutert i den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen og orientert om i Stortingets plenum før soldatene ble sendt.⁴⁹⁶

7.4 Utgjør den omtalte praksisen konstitusjonell sedvanerett?

7.4.1 Foreligger praksis over tilstrekkelig tid?

Sammenfattet viser sakene at praksisen de siste 20-30 årene har vært at regjeringen ikke har innhentet Stortingets eksplisitte samtykke før norsk deltakelse i militæroperasjoner. Regjeringen har som hovedregel tatt beslutning om militære utenlandsoppdrag etter konsultasjon med den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen og redegjort for sakene i Stortinget i plenum før beslutningene er gjennomført. Av eldre praksis som klart går imot dette utgangspunktet er det kun Østgrønlandssaken som taler for at sakene krever Stortingets samtykke. Dette åpner for at det kan foreligge en bindende sedvanerett som innebærer at militære fellesoperasjoner som utgangspunkt ikke krever Stortingets samtykke.

Tiden på rundt 20-30 år imidlertid ikke er så lenge i konstitusjonell sammenheng, ettersom Grunnloven er 200 år. Der praksis er i strid med utgangspunktet i eldre forarbeider om Grl. § 26, samt Odelstingets uttalelser i Østgrønlandssaken, kan ikke en praksis nødvendigvis hevdes å være bindende i løpet 20-30 år.

7.4.2 Ensartethet

I ensartethetskriteriet må det sees på hvordan norske myndigheter har *besluttet* de ulike operasjonene, men også hva slags *type* operasjoner det er tale om. Som nevnt har praksisen vært relativt ensartet da regjeringen har tatt beslutninger ved statsråd i konsultasjon med den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen. Imidlertid har ikke denne praksisen alltid vært konsekvent, som eksempelvis i Libya-saken der beslutningen ble formidlet til de allierte før møte statsråd og konsultasjon med utenrikskomiteen. Det ble som nevnt kritisert at Stortinget i plenum først ble informert 29. mars 2011, etter at første norske bombeoppdrag ble gjennomført. I Afghanistan-saken ble som nevnt saken brakt inn for Stortinget til debatt om både styrkebi-

⁴⁹⁴ Jf. punkt 1.2 om Irak-eksempelet.

⁴⁹⁵ Jf. punkt 1.2. om Libya-eksempelet.

⁴⁹⁶ Jf. punkt 1.2 om Irak-eksempelet.

drag og forståelsen av Grunnlovens regler om behandling av militærstyrker. Dette viser at behandlingsmåten ikke har vært helt ensartet.

Som nevnt vil noen få spredte unntak tillates, og en praksis må altså ikke være helt lik over tid.⁴⁹⁷ Her ser imidlertid ut til at også militæroperasjoner som Norge har deltatt i er forskjellige både med hensyn til grunnlag og karakteren av det norske bidraget. Utgangspunktet har vært at Norge kun skal delta i operasjoner med grunnlag i FN-pakten, men eksempelvis Kosovo var utenfor dette. Karakteren til de norske bidragene har vært forskjellige. Den siste tiden har særlig det norske bidraget i Libya utmerket seg, og er av Henriksen omtalt som et paradigmeskiftet for norsk militærinnsats, jf. punkt 4.4.3.6. Tidvis variert behandling sett i sammenheng med ulike typer operasjoner og norske bidrag, gjør det noe vanskelig å omtale praksis med hensyn til behandling av militæroperasjoner som ensartet.

7.4.3 Foreligger opinio juris?

Kravet til opinio juris er kritisert blant annet fordi det kan være vanskelig å måle om en slik rettsoverbevisning finnes, og hva kravet til en slik måling skal være.⁴⁹⁸ Ettersom politikere sjelden skiller mellom rettslige og politiske normer vil det tidvis kunne oppstå misforståelser om hvilke regler som faktisk følger av Grunnloven og hva som derimot er politisk praksis, eller simpelthen kun forventet av administrasjonen eller partigruppen.⁴⁹⁹ I tillegg kan det hende enkelte politikere påberoper seg konstitusjonen der dette er taktisk politisk sett.⁵⁰⁰

Sejersted gjennomgår dansk debatt om opinio juris-kravet og finner at et krav om opinio juris likevel bør legges til grunn også i norsk statsrett. Kravet til opinio juris pålegger en forpliktelse til å «sannsynliggjøre og dokumentere hvilke holdninger de politiske aktører har hatt som bakgrunn for sin faste praksis».⁵⁰¹ Dermed hindres sedvanerettsdrøftelsen i å bero på mer subjektive godhetsvurderinger. Sejersted peker på at det ikke er hensiktsmessig å gi en minste-standard, men at en *viss påviselig rettsoppfatning* i hvert fall må foreligge. Her vil det være avgjørende hvor klar oppfatningen har vært, hvor utbredt og hvordan den kan dokumenteres.⁵⁰²

Hva gjelder spørsmålet om regjeringens kompetanse til å beslutte deltagelse i militæroperasjoner, kan det se ut til å foreligge en viss opinio juris for at regjeringen ikke må innhente sam-

⁴⁹⁷ Andenæs (2017) s. 48.

⁴⁹⁸ Smith (2017) s. 127, Helgesen (1977) s. 219-220.

⁴⁹⁹ Sejersted (2002) s. 76, Smith (2017) s. 127.

⁵⁰⁰ Smith (2017) s. 127.

⁵⁰¹ Sejersted (2002) s. 77 henviser til teoretikere i dansk rett.

⁵⁰² Sejersted (2002) s. 77.

tykke fra Stortinget i slike saker. I debatten om Afghanistan-saken nevnt over, påpekte daværende leder i utenrikskomiteen Thorbjørn Jagland at et eventuelt krav til vedtak i Stortinget om militæroperasjoner ville bryte med den praksisen som var ført i forbindelse med Golf-krigen og Kosovo-krisen.⁵⁰³

I debatten er det hovedsakelig § 25 som omtales, men det sentrale må være å understreke at han, med betydelig støtte i stortingssalen, mener at regjeringen ikke må innhente Stortingets samtykke ved avgjørelsen av spørsmål som å sende norske styrker til Afghanistan. På tross av at Grl. § 26 og bestemmelsens grenser ikke undersøkes nærmere, har altså stortingsflertallet akseptert som riktig juss at det ikke kreves vedtak i Stortinget, som følge av Grunnloven og statspraksis. Her kan det imidlertid nevnes at SV og FrP markerte at partiene hadde et annet syn på tolkningen av Grunnloven da spørsmålet kom opp i debatten i 2001. *Opinio juris* har altså vært noe omdiskutert.

Et annet relevant dokument er grunnlovsforslaget fra SV fra 2011/2012, nevnt i punkt 2.2.⁵⁰⁴ Forslaget ble ikke vedtatt, men det illustrerer politikernes syn på myndighetenes saksbehandling av militæroperasjoner de siste årene. Forslagsstillerne ønsket å innføre en presis regel med krav om Stortingets eksplisitte samtykke i Grunnloven dersom regjeringen skulle ønske å bruke militærstyrker utenfor Norges grenser og forsvar:

«Å sende et land inn i en krig er noe av det mest alvorlige et land kan gjøre. I dag er det etablert en praksis på at det er regjeringen som vedtar dette, uten Stortinget behøver å involveres i verken åpen debatt eller åpne vedtak, men konsultasjoner gjøres i hemmelige, lukkede møter med et utvalg av nasjonalforsamlingen.»⁵⁰⁵

Det sentrale er at forslagsstillerne med «referanse» til Grl. §§ 25 og 26 påpeker at det er «etablert» en problematisk «praksis» som innebærer at norsk krigsdeltakelse ikke skal vedtas i Stortinget. Som grunnlag pekes det på norske tropper uten et aktivt vedtak i Stortinget har blitt sendt til «tre utenlandskriger (Irak, Afghanistan, Libya) de siste ti årene».⁵⁰⁶ Forslagsstillerne peker altså på at det foreligger en praksis som har blitt akseptert i tre saker de siste ti årene av norske statsmakter. Dette understøtter at det foreligger en viss *opinio juris*, men forslagsstillerne understreker imidlertid at det er «omdiskutert» hvorvidt en slik praksis faktisk er

⁵⁰³ S.tid nr. 146 (2001-2002) s. 603-605.

⁵⁰⁴ Dok. 12:3 (2011-2012) Grunnlovsforslag nr. 3.

⁵⁰⁵ Dok. 12:3 (2011-2012) s. 13.

⁵⁰⁶ Dok. 12:3 (2011-2012) s. 13.

omfattet av regjeringens prerogativ.⁵⁰⁷ Hovedsakelig de samme momentene trekkes frem i grunnlagsforslaget som var bakgrunnen for debatten om Afghanistan-saken ti år tidligere.

7.4.4 Er praksisen konstitusjonell?

Ifølge Andenæs og Fliflet er en sedvane konstitusjonell når den «regulerer sentrale forhold mellom de høyeste statsorganer».⁵⁰⁸ Sejersted presiserer at det må vurderes om regelen helhetlig fortjener et slikt særlig vern som grunnlovstrinnhøyde innebærer, blant ved å se på hvor sentral sedvanerettsregelen er, om den passer inn med de foreliggende grunnlovsreglene og at det påvises «faste oppfatninger i praksis om regelens trinnhøyde».⁵⁰⁹ Her kommer altså opinio juris inn ved at nettopp oppfatninger regelens *trinnhøyde* kan få betydning.

I dette tilfellet er det tale om en praksis som endrer en regelen om bruk av statens krigsmakt, og forholdet mellom Stortinget og regjeringen etter § 26. Dette er et område som ikke bare er grunnleggende for staten, men som altså *allerede* er regulert i Grunnloven. Andenæs påpeker at praksis som endrer regler i Grunnloven må ha konstitusjonell rang.⁵¹⁰ Dette gjelder også en sedvanerettslig regel som regulerer sentrale forhold mellom de høyeste statsmaktene, selv om spørsmålet ikke er uttrykkelig løst i Grunnloven.⁵¹¹

Som det ble vist i punkt 7.4.3 om opinio juris ble statsmaktenes praksis ved betydningen av tolkningen av Grunnloven trukket frem både i stortingsdebatten om Afghanistan-saken i 2001 og i grunnlovsforslaget av fra SV uten at dette presiseres som noen konstitusjonell sedvanerett.⁵¹² Grensen mellom hvor langt fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse kan strekkes og etablering av konstitusjonell sedvanerett på eget grunnlag kan oppfattes som usikker. Det sentrale her er uansett å konstatere er at regelen om bruk av og behandling av krigsmakt er oppfattet å være konstitusjonell ettersom statens krigsmakt allerede er regulert i Grunnloven.

7.5 Sammenfatning og helthetsvurdering

Som det har fremgått må det gjøres en helthetsvurdering av vilkårene sett i sammenheng med reelle hensyn som regelens godhet. Her vil det være av betydning om sedvaneretten «gir en fornuftig regel» og om den «har en sterk og bred støtte i det politiske system».⁵¹³

⁵⁰⁷ Dok. 12:3 (2011-2012) s. 14.

⁵⁰⁸ Andenæs (2017) s. 52.

⁵⁰⁹ Sejersted (2002) s. 77-78.

⁵¹⁰ Andenæs (2017) s. 47 og 52.

⁵¹¹ Andenæs (2017) s. 52-53.

⁵¹² S.tid nr. 146 (2001-2002) s. 603 følgende, Dok. 12:3 (2011-2012).

⁵¹³ Andenæs (2017) s. 48-49, Sejersted (2002) s. 76-77.

Drøftelsen av sedvanerettsvilkårene viser at praksisen fra regjeringen og det politiske flertall på Stortinget siden 90-tallet har gått i en annen retning enn vurderingene i Østgrønlandsaken i 1931 la til grunn. Praksisen i seg selv taler for at en sedvanerettsregel foreligger, og det er en bred støtte i det politiske system for dette. Samtidig viser ensartethetsdrøftelsen at det er store forskjeller i typen bidrag Norge har bistått, og at særlig Libya-saken utmerker som særegen. Den store variasjonen i operasjonene, Norges bidrag og tidvis varierende fremgangsmåte innternt tilsier at det skal mer til å fastslå en bindende konstitusjonell sedvanerett.

Dette underbygges ved at Grl. § 26 ser ut til å være mangelfullt utredet. Som pekt på tidligere er ikke begrensninger etter § 26 vurdert eller omtalt i verken Afghanistan-debatten eller i det omtalte grunnlovsforslaget fra SV i 2011, som kun peker på rettsavdelingens drøftelser av § 25.⁵¹⁴ På denne bakgrunnen er det problematisk å hevde at det er skapt en sedvanerett som trumfer Grunnloven - når man unngår å sette seg inn i de problemstillingene Grl. § 26 reiser. Særlig gjelder dette når den omtalte praksisen underveis har vært omdiskutert i Stortinget, og i konstitusjonell sammenheng heller ikke kan anses som svært lang og fast.

Et viktig hensyn i Grunnloven er å forhindre at den politiske makten skal ta seg til rette, uten å forholde seg til Grunnlovens begrensninger. Ettersom den nye utviklingen viser at det er tale om varierende militærbidrag i ulike operasjoner, bør den enkelte operasjon og Norges bidrag vurderes opp mot Grl. § 26. Dette vil i det minste sikre en politisk debatt der ulike fagsynspunkter om den enkelte operasjon kan komme frem før endelig formell beslutning tas, og avgjørelsesgrunnlaget har muligheter til forbedring.

Ved beslutningen av deltagelse i militæroperasjoner vil imidlertid flere ulike hensyn gjøre seg gjeldende, og hva som oppfattes som en fornuftig regel vil kunne være avhengig av synet på den enkelte operasjon. De åpenbare argumentene for at regjeringen alene formelt skal kunne beslutte deltagelse i militæroperasjoner også utenfor forsvar av Norge er eksempelvis at utenriksfeltet nødvendiggjør mulighet for rask og hemmelig behandling av spørsmål om krig og væpnet konflikt. Regjeringens prerogativ sees i lys av at Stortinget kan fremme mistillitsforslag mot regjeringen etter Grl. § 15, og at konsensus kan oppnås ved drøftelser med Stortingets utenrikskomite, og utenrikskomiteen kan kreve saken fremlagt for Stortinget i plenum.⁵¹⁵ Man legger da gjerne til grunn at Stortinget heller kan følge opp beslutninger fra regjeringen gjennom etterfølgende kontroll.

⁵¹⁴ Dok. 12:3 (2011-2012) s. 14, jf. notat rettsavdelingen i Utenriksdepartementet 27. november 2001, notat Stortingets konstitusjonelle avdeling 4. desember 2001.

⁵¹⁵ Etter forretningsorden § 16 siste ledd skal en sak legges frem for Stortinget når minst seks komitémedlemmer krever det i et møte i den utvidete utenriks- og forsvarskomite hvor saken står på dagsordenen. Stortinget kan beslutte lukkede dører jf. Grl. § 84.

Argumentene på den andre siden er derimot knyttet til at bruk av makt utenfor Norge er svært viktige avgjørelser som kan få stor betydning for Norge og derfor *bør* bygge på et positivt vedtak fra parlamentet utenfor nødtilfeller. Internasjonale relasjoner og militærinngripen i andre stater kan ta lang tid å gjennomføre der man først involverer seg. Dersom utviklingen ikke går som planlagt, vil man som fremmed stat kunne møte langvarige utfordringer, eksempelvis der formålet er å skape en bedre stat og et velfungerende samfunn i tidvis konfliktpregede land langt fra Norge med en annen kultur og historie. Dette taler for at regjeringens kompetanse bør være begrenset og at militærbistand utenfor forsvar av Norge, eller særlig viktige avtaler om militærbistand, bør gå gjennom behandling i Stortinget eventuelt for lukkede dører når det er behov for dette. Grl. § 26 viser at Grunnloven ikke utelukkende gir mulighet for etterhåndskontroll, men også en ordning for å forhindre unødvendig maktbruk. Grensene må overholdes, med mindre det er tale om en form for konstitusjonell nødrett.

Hensynet til hva man oppfatter som en god og fornuftig regel vil kunne variere. Det er etter dette ikke et sikkert svar på om en konstitusjonell sedvanerett foreligger eller ikke. Det sentrale her må uansett være at formålet med § 26 var å begrense kompetansen til den utøvende makt ved bruk av krigsmakten og ved inngåelsen av særlig viktige traktater. I denne avveiningen er det lagt særlig vekt på at praksisen ikke er ensartet nok til å begrunne en videre bruk av statens forsvarsmakt enn det som følger av § 26, særlig ettersom begrensningene i § 26 ikke er utførlig drøftet av myndighetene. Konklusjonen er derfor at det ikke foreligger en konstitusjonell sedvanerett på tvers av § 26. Etter dette kan regjeringen kun beslutte deltagelse i krig og væpnet konflikt innenfor grensene av § 26, det vil si der dette er til forsvar av Norge, samt at det må innhentes samtykke fra Stortinget ved inngåelse av særlige viktige traktater som gjelder bruk av militærbistand utenfor Norge.

8 Avslutning

Avhandlingens hovedproblemstilling har vært om regjeringen etter § 26 må innhente samtykke fra Stortinget før Norge kan bistå militært i krig og væpnet konflikt utenfor Norge. Analysen har vist at § 26 første og andre ledd begrenser regjeringens kompetanse til å beslutte slik militærbistand.

Problemstillingen ble først drøftet opp mot § 26 første ledd (kapittel 3 og 4). Ordlyden «krig» forstås som væpnet konflikt, og som utgangspunkt vil militærbistand i både internasjonale og ikke-internasjonale konflikter omfattes av bestemmelsen (punkt 3.7 og 3.8). Regjeringens kompetanse til å beslutte militærbistand må bygge på en tolkning av at den er til «forsvar» av Norge. Som nevnt er det sikkert etter § 26 første ledd at forsvar ved angrep mot norsk territorium omfattes. I tillegg kan forsvarsbegrepet til en viss grad tolkes utvidende i lys av forsvarspolitisk utvikling og praksis. Etter § 26 første ledd kan derfor regjeringen beslutte delta-

gelse i operasjoner begrunnet i kollektivt selvforsvar etter Atlanterhavspakten artikkel 5, jf. FN-pakten 51 (punkt 4.4.2).

Når det gjelder militærdeltagelse i væpnet konflikt utenfor forsvar av NATO-allierte ble det lagt til grunn at tilknytningen som hovedregel ligger fjernere fra et forsvar av Norge (punkt 4.4.3-4.4.4). Dette til tross for at operasjonene har mandat fra FNs sikkerhetsråd, og at det uttalte formålet er å skape en fredeligere situasjon. Militæroperasjoner som innebærer at Norge skal delta i krigslignende konflikter i stater eller gjennomføre væpnede angrep mot stater utenfor forsvar av Norge, krever etter denne analysen at både Stortinget og regjeringen treffer nødvendige vedtak. Sammenfattet viser drøftelsen av § 26 første ledd at regjeringens kompetanse til å beslutte militærdeltagelse i væpnet konflikt er begrenset ut i fra *formålet* med den enkelte militærdeltagelsen.

Problemstillingen ble deretter vurdert etter § 26 andre ledd (kapittel 5 og 6). Anvendelsesområdet besluttet ut i fra traktatbegrepet. Avhandlingen har vist at avtaler vedrørende norske militæroperasjoner samt avtaler som omhandler militærstyrkers status kan regnes som traktater etter Grl. § 26 (punkt 5.5). Ettersom avtaler knyttet til norske styrker og militæroperasjoner kan være særlig viktige for landet er det også lagt til grunn at slike avtaler potensielt kan utgjøre traktater av særlig stor viktighet som må fremlegges for Stortinget (punkt 6.3).

Forholdet til statspraksis er drøftet i oppgaven både som moment ved fortolkningen av § 26, og som mulig grunnlag for konstitusjonell sedvanerett. Det er lagt til grunn at det går en grense for hvor langt praksis kan strekke bestemmelsens ordlyd og formål ved fortolkningen, særlig ettersom praksis ikke er entydig. Det er konkludert med at det heller ikke eksisterer en selvstendig regel på grunnlag av konstitusjonell sedvanerett som gir regjeringen en utvidet kompetanse til å beslutte deltagelse i militæroperasjoner utenfor Grl. § 26 (punkt 7.4).

Et sentralt spørsmål var om Grunnlovens ordlyd setter snevrere grenser for militærdeltagelse enn utviklingen av praksis og enkelte utsagn i juridisk teori legger til grunn i dag (punkt 1.1). Avveiningene gir grunnlag for å besvare bekreftende på dette. Samlet sett er konklusjonen i oppgaven at regjeringen ved enkelte typer militæroperasjoner utenfor Norge må innhente samtykke fra Stortinget.

Det ble innledningsvis pekt på flere eksempler der Grl. § 25 er drøftet forut for norsk deltagelse i militæroperasjoner (punkt 2.2). Til tross for at utgangspunktet for en beslutning om militærdeltagelse ligger i § 26, har det vært mindre fokus på denne bestemmelsen. Et formål med denne oppgaven har vært å peke på at det eksisterer grenser i § 26 som bør vurderes og diskuteres forut for beslutninger om militæroperasjoner i det enkelte tilfelle. Som det er påpekt ble ikke Grunnloven § 26 vedtatt med tanke på at Norge skulle bli en sentral og viktig militærak-

tør i militæraksjoner i stater langt fra Norge. Som følge av utviklingen i nåværende praksis bør myndighetene vurdere ordlyden og bakgrunnen for Grunnloven § 26. Slik vil det kunne tas et bevisst konstitusjonelt valg for den videre utviklingen på området, og for forholdet mellom Stortinget og regjeringen ved beslutninger om norsk militærdeltagelse.

9 Kildeliste

9.1 Litteratur

(Alfabetisk)

Acheson, Dean, «Present at the Creation» W.W. Norton & Company Inc. New York 1969

Andenæs, Johs. «Statsforfatningen i Norge», 11. utgave ved Arne Fliflet, Universitetsforlaget 2017»

Andenæs, Johs. «Statsforfatningen i Norge», 10. utgave ved Arne Fliflet, Universitetsforlaget 2006

Andenæs, Johs. «Statsforfatningen i Norge», Johan Grundt Tanum 1945

Aust, Anthony, «Modern Treaty Law and Practice» Cambridge University Press 2013

Boe, Erik, «Innføring i juss» Universitetsforlaget 2010

Brownlie, Ian «Brownlie's principles of public international law», åttende utgave ved James Crawford, Oxford University Press 2012

Castberg, Frede, «Norges statsforfatning» Arbeidernes trykkeri 1947, del I og II

Colban, Erik, «Stortinget og utenrikspolitikken» Universitetsforlaget 1961

Crawford, Emily og Pert, Alison, «International humanitarian law», Cambridge University Press 2015

Dahl, Arne Willy, «Håndbok i militær folkerett», Cappelen Akademisk forlag 2008

Dinstein, Yoram, «War, Aggression and Self-Defence», Cambridge University Press 2011

Detter, Ingrid, «The Law of War» Cambridge University Press, 2000

- Eckhoff, Torstein, «Rettskildelære», 5. utgave ved Jan Helgesen, Universitetsforlaget 2001
- Eskeland, Ståle, «De mest alvorlige forbrytelser», Cappelen Damm 2011
- Fleischer, Carl August, «Folkerett» Universitetsforlaget 2005
- Freedman, Lawrence «The Oxford Handbook of War» (red.) Julian Lindley French og Yves Boyer, Oxford University Press 2012
- Fure, Eli, «Eidsvoll 1814» Knut Mykland (red.), Dreyers forlag 2013
- Gade/Hilde, Jo G. Gade og Paal Sigurd Hilde, «Å gå til krig – et politisk perspektiv», i *Militære fellesoperasjoner – en innføring*, Morten Andersen og Geir Ødegaard (red.), Abstrakt forlag AS 2016
- Helgesen, Vidar, «Kosovo og folkeretten», Institutt for forsvarsstudier skriftserie, Info 4 1999
- Henriksen, Dag, «Luftforsvaret – kun en taktisk leverandør av luftmakt?», i *Norge i internasjonale operasjoner*, Tormod Heier, Anders Kjølberg, Carsten F. Rønnfeldt, Universitetsforlaget (red.) 2014
- Holmøyvik, Eirik, «Maktfordeling og 1814» Fagbokforlaget 2012
- Hollis, Duncan «The Oxford Guide to Treaties» Oxford University Press 2012
- Høgberg, Benedikte, «Statsrett» Universitetsforlaget 2016
- Johansen, Sigrid Redse, «Jus og militærmakt» Sigrid Redse Johansen og Jacob Thomas Staib, Gyldendal 2009
- Leraand, Dag, «INTOPS norske soldater i internasjonale operasjoner» Forsvarsmuseet Oslo 2012 red. Dag Leraand
- Neff, Stephen, «War and the law of Nations», Cambridge University Press 2009
- Oppenheim, Lassa, «International law» Vol. II syvende utgave med H. Lauterpacht, Longmans, Green og co London 1952
- Ruud, Morten, «Innføring i krigens folkerett» Tanum-Norli 1980

Bruno Simma et.al. (red.), «The Charter of the United Nations: A Commentary» Volume II (3rd Edition) Oxford Commentaries on International Law 2012

Sejersted, Fredrik «Kontroll og konstitusjon» Cappelen akademisk forlag 2002

Skodvin, Knut Einar, bokmanus om §§ 26 og 26 til «Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2016», Dag Michaelsen og Ola Mestad (red.) Universitetsforlaget 2018

Stoltenberg, Jens, «Min historie» Gyldendal 2016

Smith, Eivind, «Konstitusjonelt demokrati» Fagbokforlaget 2015

Smith, Eivind, «Konstitusjonelt demokrati» Fagbokforlaget 2017

Trifunovska, Snežana, «North Atlantic Treaty Organization» Kluwer international law 2010

Michel, Leo G., «NATO's Post-Cold War Politics New Security Challenges» Sebastian Mayer (red.), Palgrave Macmillan London 2014

Ulfstein, Geir, «Innføring i folkerett» Morten Ruud og Geir Ulfstein, Universitetsforlaget 2011

Woxholft, Geir, «Avtalerett» Gyldendal 2017

Østerud, Øyvind, «Hva er krig», Universitetsforlaget 2009

9.2 Fagartikler

(Alfabetisk)

Andenæs, Johs., «Stortingets medvirkning ved avslutning av traktater», Jussens Venner 1978 s. 213-228

Arimatsu, Louise og Choudhury, Mohbuba «The Legal Classification of the Armed Conflicts in Syria, Yemen and Libya», Chatham House International Law, PP 2014/01

Dalton, Richard, «Libya» i «The Legal Classification of the Armed Conflicts in Syria, Yemen and Libya», Louise Arimatsu og Mohbuba Choudhury, Chatham House International Law, PP 2014/01

Fife, Rolf Einar, «Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v Norway) » i Eirik Bjørge og Cameron Miles (red.), «Landmark Cases of Public International Law» Hart Publishing 2018

Fournier, Sylvian og Bumgardner, Sherrod L., «Article 5 of The North Atlantic Treaty: The Cornerstone of the Alliance» i «NATO Legal Gazette», Issue 34, juli 2014

Frostad, Magne, «Folkerettens krigsbegrep», Lov og Rett 2010 s. 344-362

Frostad, Magne, «Krigsbegrepet i nasjonal rett og enkelte beslektede straffeprosessuelle spørsmål», Tidsskrift for strafferett 2011 s. 44-63

Helgesen, Jan, «Om den såkalte ”konstitusjonelle sedvanerett”», Jussens Venner 1977 s 193-240

Hellestveit, Cecilie, «Stomperud i Bagdad» 2016 Internasjonal Politikk, 74, 3: 1–21.

Henriksen, Dag, «Suksess uten innflytelse? Norges erfaringer fra operasjonene over Libya» 2013 Internasjonal Politikk, 71, s. 29-56

Holmøyvik, Eirik, «Bruk av norske styrkar utanfor Noreg - Statsrettslege utfordringar i fortid og notid» Jussens Venner 2012 s. 184-215

Kierulf, Anine, «Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?» Lov og Rett 03 / 2012 (Volum 51)

Simma, Bruno, «NATO, The UN and the force: legal aspects» European Journal of international Law 10 (1999) s. 1-22

Thune, Henrik, Eide, Espen, Ulfstein, Geir, «Krig mot Irak», Internasjonal Politikk 01/2003, Volum 61, s. 93-120

9.3 Lover og traktater

(Kronologisk)

Lover

Grunnloven (Grl.) 17. mai 1814

Militær straffelov 22. mai 1902 nr. 13

Menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30

Straffeloven (Strl.) 20. mai 2005 nr. 28

Traktater

Haag-konvensjon (III) om åpning av fiendtligheter, 1907

Briand-Kellogg fredspakt, 1928

FN-pakten, 1945

Atlanterhavspakten (NATO), 1949

Genève-konvensjonene om krigens folkerett, 1949

I: Forbedring av sykes kår i de væpnede styrker i felten

II: Forbedring av syke, sårede og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs

III: Behandling av krigsfanger

IV: Beskyttelse av sivile i krigstid

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), 1950

Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT), 1969

Genèvekonvensjonenes Tilleggsprotokoll II, 1977

9.4 Lovforarbeider og stortingsdokumenter

(Kronologisk)

Riksforsamlingens forhandlinger, 1814, bind 3

Indst. S. nr. 28 (1905-1906)

Indst. S. LI (1917)

S.tid. nr. 292 (1917)

Innst. S. nr. 47 (1931)

Innst. O. XXX (1933)

Innst. S nr. 166 (1933)

S.tid. nr. 93 (1949)

St.prp.nr. 7(1990-1991)

S.tid nr. 143 (1998/1999)

S.tid nr. 146 (2001-2002)

S.tid. nr. 147 (2002-2003)

Dokument 15:748 (2002-2003)

NOU 2003:18

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008)

Dokument 12:3 (2011–2012)

Dokument 16 (2011-12)

Innst. 169 S (2012-2013)

Innst. 177 S (2013-2014)

Prop. 102 L (2015-2016)

NOU 2016:8

9.5 Rettsavgjørelser

(Kronologisk)

Norges Høyesterett

Rt 1945 s. 109

Rt. 1976-1

Rt. 2000-1118
Rt. 2010 s. 535
HR-2016-2554-P
HR-2016-296-A

Amerikanske Høyesterett

Hamdan v. Rumsfeld, 548 US 557, (29. juni 2006)

Jugoslavia Tribunalet (ICTY)

Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-AR72, Decision on the defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, (2. Oktober 1995)

Den internasjonale domstol (ICJ)

Nicaragua v. USA, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Judgment ICJ Rep. (27. juni 1986)

Den faste domstol for mellomfolkelig rettspleie (PCIJ)

Denmark v. Norway, *In the Legal Status of Eastern Greenland case*, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53 (5. april 1933)

9.6 Resolusjoner og brev

(Kronologisk)

FNs generalforsamling 1974, Resolution 3314 (XXIX) (Definition of Aggression), referanse: A/RES/3314

Kongelig resolusjon 27. juni 2003, Regjeringen, referansenummer: 53 saksnummer: 03/00078-/FD II/JEH/012.0, om norsk deltakelse i stabiliseringsstyrke i Irak

FNs generalforsamling 2005, 2005 World Summit Outcome, referanse: A/RES/60/1

FNs sikkerhetsråd 2011, Resolution 1973 (2011) om beskyttelse av sivile i Libya, referanse: S/RES/1973 (2011)

Kongelig resolusjon 23. mars 2011, Regjeringen, saksnummer: 2011/00704- /FD II 5/JEH/, Fullmakt til deltakelse med norske militære bidrag i operasjoner til gjennomføring av FNs sikkerhetsrådsresolusjon 1973

FNs sikkerhetsråd 2014, brev fra den permanente representanten fra Irak til FNs sikkerhetsråd, referanse: S/2014/691

9.7 Avisartikler

(Kronologisk)

VG (2003) «Norge skal delta med ingeniørsoldater i Irak-styrke» VG 12.05.2003

Leer-Salvesen (2003) «Norske styrker til Irak» Klassekampen 10. mai 2003

Diesen (2007) «Er Norge i krig?» Aftenposten 12. november 2007

Ruud (2007) «Definisjonen av krig er utdatert» Aftenposten 10. november 2007

Aftenposten, uten navn på journalist, «Generaladvokaten vil ta i bruk krigslovene», 27.juli 2010

Johansen (2011), «Norge bomber mest i Libya», Aftenposten 19. april 2011

Johansen (2011), «Tok beslutningen om kampfly på telefon», Aftensposten 19. april 2011

Gedde-Dahl, (2012), «-Krig må vedtas i Stortinget», Aftenposten 13. juni 2012

Chan (2014) «Australian military role unclear as Iraq minister rejects idea of foreign troops», The Guardian 15.oktober 2014

Hustadnes (2017) «Frykter folkerettsbrudd: Ber forsvarsministeren klargjøre om norske soldater er i Syria» Dagbladet 22. mai 2017

Andersen og Blindheim (2017) «Forsvarsministeren: - Én holdbar grunn til norske soldater i Syria» Dagbladet 22. mai 2017

Lysberg, Magnus, (2018) «Rådgivning var krigsoppdrag» Klassekampen 4. april 2018

9.8 Nettsider

(Kronologisk)

Pressemelding, Forsvarsdepartementet 27. juni 2003, nr. 26/2003:

https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/norsk_ingeniorkompani_skal_bidra/id248983/

NRK 2003 «-Respekterer Norges Irak-syn»

<https://www.nrk.no/norge/--respekterer-norges-irak-syn-1.509582> [hentet 06.03.2018]

NRK 2003 « Vil rydde miner i Irak»

<https://www.nrk.no/norge/vil-rydde-miner-i-irak-1.509520> [hentet 06.03.2018]

ICRC-booklet 2015, «International Humanitarian Law: Answers to your Questions», International Committee on Red Cross, referanse 0703-ebook:

file:///Users/idaandenaesgaltung/Downloads/0703_002_IHL-answers_LR.pdf

NATO 2015: «ISAF's mission in Afghanistan (2001-2014) (Archived)»

https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_69366.htm [hentet 27.12.17]

NATO 2016: «Consensus decision-making at NATO»:

http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49178.htm [hentet 22.9.17]

FN-sambandets nettsider om IS (2017) [hentet 5. April 2018]

<https://www.fn.no/Konflikter/Den-islamske-staten-IS>

NATO 2017 «What is NATO»

<https://www.nato.int/nato-welcome/index.html> [hentet 30. desember 2017]

NATO 2017 «Collective defence - Article 5»

https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_110496.htm [hentet 4.01.2017]

NATO 2017 «North Atlantic Council»

https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49763.htm [hentet 20. desember 2017]

NATO 2018 «Crisis management»

https://www.nato.int/cps/ic/natohq/topics_49192.htm [hentet 27. februar 2018]

Bokmålsordboka på nett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Språkrådet:

<http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=&bokmaal=+&ordbok=bokmaal> [hentet 27.11.17]

Forsvaret «Norsk militær deltakelse i internasjonale operasjoner»

<https://itjenestefornorge.no/> [hentet 9.01.2018]

Forsvaret «OPERASJON Operation Desert Storm»

<https://itjenestefornorge.no/operasjoner/operation-desert-storm> [hentet 6.03.2018]

Forsvaret «OPERASJON - Multi-National Force–Iraq (MNF–I)»

<https://itjenestefornorge.no/operasjoner/multi-national-force-iraq-mnf-i> [hentet 6.03.2018]

Veum, Eirik, «Norske soldater drepte IS-krigere som angrep dem i Irak», NRK (2018)

<https://www.nrk.no/urix/xl/norske-soldater-drepte-is-krigere-som-angrep-dem-i-irak-1.13988314> [hentet 8. april 2018]

9.9 Notater og tolkningsuttalelser

(Kronologisk)

Rettsavdelingen, Utenriksdepartementet 2001, notat, «Grunnloven § 25 – Vurderinger i forhold til eventuell deltakelse i koalisjonsoperasjoner og humanitære støtteoperasjoner i forbindelse med kampen mot terrorisme», 27. november 2001

Konstitusjonell avdeling, Stortinget 2001, notat, «Grunnloven § 25 – Spørsmål knyttet til mulige norske styrkebidrag i forbindelse med militære og humanitære operasjoner i Afghanistan», 4. desember 2001

Lovavdelingen, Justisdepartementet, tolkningsuttalelse, «§ 26 - Samtykke fra Stortinget ved innlemmelse av rettsakter i EØS-avtalen», 12.02.2007, saksnummer: 200700764 EO KHR

Lovavdelingen, Justisdepartementet, tolkningsuttalelse, «§ 26 - Opphevelse av et norsk forbehold til COTIF-regelverket - forholdet til Grunnloven § 26 annet ledd mv.», 06.03.2013, saksnummer: 12/6165 EO ATV/AND

Rettsavdelingen, Utenriksdepartementet 2016, notat, «Det norske styrkebidraget til bekjempelse av ISIL i Syria», 29. april 2016

9.10 Øvrige kilder

FNs folkerettskommisjon (International Law Commission) «Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts» with commentaries 2001:

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

NATO, 2010, retningslinje: «Doctrine for non-article five crisis response operations», ref: AJP-3.4 (A)

ICRC Commentary on Protocol 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), 8 June 1977, 1st edition 1987:

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>

ICRC Commentary on the first Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016:

<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>