

Bekjempelse av fremmedkrigere fra Norge ved kriminalisering av deltakelse i væpnet konflikt

*En analyse av regelens innhold og en vurdering
av om dette er en god og forsvarlig
reguleringsmåte*

Kandidatnummer:

46

Antall ord:

13531



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning.....	4
1.1. Tema og problemstilling	4
1.2. Bakgrunn og aktualitet	4
1.3. Avgrensninger	5
1.4. Fremstillingen videre.....	6
2. En rettsdogmatisk fremstilling av straffeloven § 145	7
2.1. En kort historisk fremstilling og dagens øvrige rettskildebilde	7
2.2. Straffansvar etter § 145	10
2.2.1. Bestemmelsens formål	11
2.2.2. Analyse av vilkårene for straffansvar.....	12
2.2.2.1. ”Deltar”	12
2.2.2.2. ”Militær virksomhet”	12
2.2.2.3. “Væpnet konflikt I utlandet”	13
2.2.2.4. ”Med mindre vedkommende deltar på vegne av en statlig styrke”	14
2.2.2.5. Rettsstridsreservasjonen	15
2.2.2.6. Andre ledd – forsøksansvar	17
2.2.2.7. Medvirkning	20
2.2.2.8. Skyldkravet.....	21
3. Relevant regulering av kriminalisering av fremmedkrigere i utlandet	23
3.1. Australsk rett	23
3.2. Dansk rett	24
4. Vurdering av om regelen fremstår som en god og forsvarlig reguleringsmåte.....	25
4.1. Kriminaliseringsprinsippene – hensynene bak kriminaliseringen	25
4.1.1. Skadefølgeprinsippet	25
4.2. Legalitetsprinsippet	30
4.2.1. Utfordringer knyttet til forberedelseshandlinger	30
4.2.2. Presisjonskravet.....	31
4.3. Lovformulering modellert etter fullmaktsloven fra 1937, dansk og australsk rett.....	34
4.3.1. Oppgavens lovforslag.....	34
4.3.2. Vurdering av sentrale fordeler og ulemper ved oppgavens lovforslag	35

5. Litteraturliste 41

1. Innledning

1.1. Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er kriminalisering av fremmedkrigere fra Norge. Fremveksten av fremmedkrigere er et problem som har fått høy aktualitet de siste årene, og lovverket var ikke tilpasset behovet for regulering før § 145 ble vedtatt. FNs sikkerhetsråd vedtok 24. September 2014 sikkerhetsrådsresolusjon 2178 (2014) og denne forplikter FNs medlemsstater til å gjennomføre tiltak for å forebygge at personer reiser utenlands for å på forskjellige måter delta i terrorhandlinger eller terrortrening. I 2016 ble det innført en ny straffebestemmelse i straffelovens kapittel 18 som kriminaliserer deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt i utlandet.¹ Bestemmelsen er et ledd i den omfattende kampen mot terrorisme og handlinger knyttet til dette, og er en del av kapitlet om terrorhandlinger og terrorrelaterte handlinger.

Straffeloven § 145 er en nykriminalisering på strafferettens område, og oppgaven tar for seg denne bestemmelsen. Hovedproblemstillingen er således ”En analyse av regelens innhold og en vurdering av om dette er en god og forsvarlig reguleringsmåte.”

1.2. Bakgrunn og aktualitet

Gjennom FNs sikkerhetsråd resolusjon 1372 (28.09.01) fikk alle land folkerettslig påbud om å kriminalisere handlinger tilknyttet terrorisme og da spesielt handlinger som støtter oppom terrorisme, for eksempel finansiering, forberedelse og planlegging.² Dette kom som en reaksjon på angrepene på USA 11. September 2001 og startet en offensiv mot terrorhandlinger på mange plan, som også inkluderte strafferetten.

Fremmedkrigere er ikke et fenomen som har oppstått i løpet av de siste årene, men det har fått et spesielt rettslig fokus etter at FNs sikkerhetsråd vedtok 24. September 2014 sikkerhetsrådsresolusjon 2178 (2014) og påla medlemsstatene å forebygge slike situasjoner. Gjennom kamp, trening og ideologisk indoktrinering i konfliktområder tilegnes motivasjon og kompetanse til å utføre terrorangrep, og i mange tilfeller går det ikke lang tid mellom ankomst i treningsleire til motivasjonen og kapasiteten til å gjennomføre terrorhandlinger utgjør en

¹ Straffeloven 2005, LOV-2005-05-20-28

² Erling Johannes Husabø, *Pre-aktiv strafferett*, Tidsskrift for strafferett 2003 s. 102

trussel for det norske samfunnet.³ For å beskytte sikkerheten i Norge er det derfor nødvendig med straffebestemmelser som tar for seg denne trusselen. I prop. 44 L (2015-2016) ble § 145 lagt frem for å kriminalisere handlinger som synes å skape denne sikkerhetstrusselen og for å hindre norske borgere fra å delta i militære væpnede konflikter. Siden bestemmelsen er helt ny og er innenfor et strafferettsområde som er i stadig endring og i fokus nasjonalt, men spesielt internasjonalt, er dette et tema med høy aktualitet i dag. Fordi bestemmelsen ble vedtatt i juni 2016 er problemstillingen relevant da det ikke foreligger rettspraksis eller noe særlig juridisk teori som belyser den fra før.

1.3. Avgrensninger

I forarbeidene til § 145 presenteres også flere andre forslag til lovbestemmelser, som dels også har samme begrunnelse og/eller vurderingstema som i § 145. Det avgrenses allikevel mot å kommentere disse lovforslagene da de representerer selvstendige straffebud og i liten grad bidrar til tolkningen av § 145. Dette innebærer blant annet forslaget til § 146 om rekruttering til militær virksomhet.

Det påpekes i oppgaven at det foreligger interessante problemstillinger rundt medvirkning til forsøk og medvirkning til forberedelseshandlinger. Dette vil ikke bli belyst videre av hensyn til oppgavens omfang og ordgrensen.

Av samme grunn er heller ikke problemstillinger tilknyttet utløste etterforskningsskritt bestemmelsen fører til, belyst utover det nødvendige for å påpeke høyst relevante hensyn som ivaretas som følge av dette.

Opgaven avgrenser også mot å diskutere strafferammen i bestemmelsen.

Under punkt 4 vil det være mange relevante rettspolitiske vurderinger knyttet til § 145, men oppgaven fokuserer her grundig på tre ulike temaer; Kriminaliseringsprinsippene, legalitetsprinsippet og om en annen utforming av straffebestemmelsen hadde vært mer hensiktsmessig og resultert i en bedre regel.

Fordi rettsområdet terrorisme er et så globalisert tema som påvirker og utspiller seg i de aller fleste land, vil det være hensiktsmessig å se til andre land og hvordan de har håndtert

³ Prop. 44 L (2015-2016) s. 7

terrortrusselen. Spesielt når det gjelder håndteringen av utreisende og hjemvendende fremmedkrigere vil land som sitter i en lignende økonomisk og samfunnsmessig stilling som Norge være interessante å se til. Oppgaven fokuserer derfor kun på reguleringen i Danmark og Australia, da disse har den mest relevante reguleringen for denne oppgaven.

1.4. Fremstillingen videre

Oppgaven vil i punkt 2 begynne med en rettsdogmatisk fremstilling av straffeloven § 145, hvor den først presenterer en kort historisk fremstilling og dagens øvrige rettskildebilde. Videre vil oppgaven analysere straffansvaret etter § 145, der bestemmelsens formål først presenteres, før vilkårene i loven analyseres under punkt 2.2.

Fordi temaet for oppgaven er et rettsområde som er relevant for de fleste land i verden vil også andre lands regulering av bekjempelsen av fremmedkrigere være interessant å se til. Oppgaven vil derfor i kapittel 3 presentere Australsk og Dansk rett, da disse landene har en regulering som er relevant for den videre rettspolitiske analysen av om vi har fått en god og forsvarlig regulering i Norge. Dette vil så være vurderingstemaet i kapittel 4. Her vil bestemmelsen bli analysert opp mot kriminaliseringsprinsippene, herunder skadefølgeprinsippet. Videre vil § 145 analyseres opp mot legalitetsprinsippet og da spesielt presisjonskravet. Til slutt vil oppgaven presentere en alternativ lovformulering som er modellert etter en fullmaktslov fra 1937, australsk og dansk rett og vurdere sentrale fordeler og ulemper ved denne, sammenlignet med gjeldende rett etter § 145. Punkt 4.3 stiller spørsmålet om en kan oppstille et lovforslag etter inspirasjon fra fullmaktsloven fra 1937, dansk og australsk rett, som har som utgangspunkt at opphold og tilreise til visse områder er kriminalisert, og da få en regulering som fremstår som bedre og mer forsvarlig enn slik § 145 er utformet i dag.

2. En rettsdogmatisk fremstilling av straffeloven § 145

2.1. En kort historisk fremstilling og dagens øvrige rettskildebilde

Begrepet fremmedkrigere er ikke et nytt fenomen som har oppstått de senere årene. David Malet⁴ har funnet at fremmedkrigere har deltatt i minst 67 av 331 væpnede konflikter siden 1815 og han antar at antallet er høyere. Den spanske borgerkrigen på 1930-tallet, palestina-krigen i 1947-1949 og Afghanistan-krigen på 1980-tallet er noen av de mest kjente krigene med et høyt antall deltagende fremmedkrigere.⁵ Også Norge har en lang historie med frivillige i væpnede konflikter utenfor norsk territorium. Ideologisk motivert verving til fremmede konflikter har i hvert fall forekommet siden 1800-tallet og de mest sentrale konfliktene nordmenn har deltatt i er de dansk-prøyssiske krigene i 1848-1850 og 1864, den spanske borgerkrigen, vinterkrigen i Finland i 1939 og andre verdenskrig på tysk side.⁶

Å bruke rettslige virkemidler for å håndtere nordmenn som deltar i fremmede konflikter er heller ikke noe nytt. Under den spanske borgerkrigen var det over 200 nordmenn som deltok, og med bakgrunn i denne krigen ble fullmaktsloven Lov om krigsdeltagelse i fremmed land⁷ gitt.⁸ Denne hjemler adgang for Kongen til å gi et forbud mot at noen i riket verver seg til krigstjeneste i et fremmed land, og mot at noen reiser fra Norge til et annet land for å delta i krig jf. § 1.⁹ Loven var forankret i den konkrete situasjonen, og ikke i kraft av en generell vurdering av behovet for en straffebestemmelse av denne typen. Dette fremgår av Ot.prp nr. 10 (1937) s. 1 der ”I anledning av den i juli måned 1936 utbrutte borgerkrig i Spania og for om mulig å avverge den fare for en almindelig europeisk konflikt som var opstått herved (...)”. Forarbeidene la til grunn at den tids lovregulering av verving til krigstjeneste ikke var tilstrekkelig, da straffeloven av 1902 §133¹⁰ kun gjaldt de som vervet andre til krigstjeneste,

⁴ David Samuel Malet, *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts*, George Washington University 2009, s. 58

⁵ Thomas Hegghammer, *Norske fremmedkrigere i går og i dag*, Norsk statsvitenskapelig tidsskrift 04/2014, s. 227-288

⁶ Ibid

⁷ Lov 19. Mars 1937 nr 1 om forholdsregler for å hindre deltagelse i krig i fremmed land

⁸ NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII, 2002-03-04 s. 455 11.4.2.7

⁹ Lov angående forholdsregler for å hindre deltagelse i krig i fremmed land, LOV-1937-03-19-1

¹⁰ LOV-1902-05-22-10 Almindelig borgelig Straffelov

ikke de som lot seg verve.¹¹ På s. 232 i NOU 1992:32 anbefalte Lovstrukturutvalget at loven skulle vurderes inkorporert i straffeloven 2005, men straffelovkommisjonen gikk allikevel inn for å oppheve loven da de ”ikke (ser) grunn til å ta inn i straffeloven en ’sovende’ fullmaktslov, som har sin bakgrunn i mer enn 60 år gamle historiske begivenheter.” Det ble også lagt vekt på at dersom det skulle oppstå et behov for å gjøre verving til fremmed krigstjeneste mv. straffbart, burde dette fremlegges Stortinget, særlig fordi slike spørsmål er av politisk karakter og dermed krever politisk avklaring.¹²

§ 1 i Lov om krigsdeltagelse i fremmed land regulerte adgangen for Kongen (stortinget) til å treffe forbud mot at noen ”her i riket lar sig hverve til fremmed krigstjeneste” og ”at noen reiser fra Norge til et sådant land for å delta i krig”. Stortinget kunne dermed raskt og uten stortingsbehandling gripe inn, hvis et spesielt tilfelle oppstod.¹³ Dette innebærer at man i norsk rett også tidligere har kriminalisert deltakelse i utenlandske konflikter. Ut fra bestemmelsens vide adgang for Kongen til å treffe forbud kunne denne bestemmelsen isolert sett, uten å legge vekt på at den etter forarbeidene rettet seg mot én spesiell konflikt på den tiden og ikke som en adgang med et generelt begrunnet behov for slik regulering, vært brukt for å hindre fremmedkrigere fra Norge fra å reise til for eksempel Syria i dag. Det foreligger imidlertid ikke rettspraksis eller dokumentasjon på at bestemmelsen har vært anvendt i etterkant av den spanske borgerkrigen,¹⁴ og den ble opphevet i 2015 etter vedtak til lov om ikraftsetting av straffeloven 2005 (straffelovens ikraftsettingslov) § 2 nr. 4.¹⁵

Selv om fullmaktsloven fra 1937 ble opphevet i 2015 var det allikevel et behov for en slik lovgivning som hindret nordmenns deltakelse i væpnede konflikter i utlandet. I Politiets Sikkerhetstjeneste Åpen Trusselvurdering 2014 fremgår det at ”(n)orske ekstreme islamisters opphold hos militante islamistiske grupper i krigs- og konfliktområder skjerper terrortrusselen mot Norge og norske interesser. Personer som har fått trening eller har deltatt i kamphandlinger sammen med slike militante grupper, har vært involvert i flere av de gjennomførte og avvergede terroraksjonene i Europa de siste årene.”¹⁶ Det slås også fast at ”(e)nkelt av de som returnerer fra opphold hos militante grupper i konfliktområder, vil i

¹¹ Ot.prp nr. 10 (1937) s. 1

¹² NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkomisjonens delutredning VII, 2002-03-04 s. 455 11.4.2.7

¹³ Ibid

¹⁴ Ibid

¹⁵ Lov 19. Juni 2015 nr. 65

¹⁶ Politiets Sikkerhetstjeneste, *Åpen Trusselvurdering 2014*, http://www.pst.no/media/67044/PSTs_tv2014.pdf, (nov 2016) s. 3

2014 representere en potensiell trussel mot norske interesser.”¹⁷ Her sikter PST spesielt mot muligheten for at de begår volds- og terrorangrep. Trusselen fra fremmedkrigere er heller ikke kun et norsk fenomen. I Resolusjon 2178 fra FNs sikkerhetsråd fra 2014 var målet å hindre at flere fremmedkrigere skulle slutte seg til terrororganisasjonene som hører til i Midtøsten.¹⁸ Resolusjon 2178 pålegger medlemsstatene å ha effektiv lovgivning som skal forebygge og stoppe finansiering, rekruttering, organisering, transport og utrustning av individer som med terrorhensikt reiser til konfliktområder. I punkt 6 pålegges også statene å kriminalisere reiser til utlandet for å begå eller medvirke til terrorhandlinger. Selv om Resolusjon 2178 kom i etterkant av at høringsnotatet om forslag til kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt¹⁹ bygger den på den samme bakgrunnen som høringsnotatet, og har blitt tatt inn som en faktor i Proposisjonen til Stortinget som omhandler militær virksomhet i væpnet konflikt m.m.²⁰ som ble skrevet i etterkant av høringsnotatet.²¹

Etter opphevelsen av fullmaktsloven fra 1937 i 2015 eksisterte det ikke lenger et straffebud som direkte rammet deltakelse i militær virksomhet i utlandet eller fremmedkrigere. Allikevel rammes de fleste handlinger som en norsk statsborger eller en som er bosatt i Norge begår i utlandet, av eksisterende straffebestemmelser under henvisning til at de også er straffbare etter lovgivningen på stedet de blir begått jf. strl. §5 første ledd nr. 1. Dette gjelder for eksempel drap jf. strl. §275, kroppskrenkelse og kroppsskade jf. §§ 213-274 og skadeverk jf. strl. Kapittel 28.

Det finnes også forbud mot å stifte private organisasjoner av militær karakter etter straffeloven § 128, men denne er begrenset til å gjelde ”her i riket” og hindrer dermed ikke dannelsen av organisasjoner i utlandet for så å rekruttere medlemmer til den. Derimot har det i nyere tid, spesielt etter angrepet på USA 11. september 2001 kommet flere straffebestemmelser som kriminaliserer handlinger knyttet til terror som har vist seg å være de mest effektive straffebestemmelsene for å straffeforfølge returnerende fremmedkrigere. Disse

¹⁷ Politiets Sikkerhetstjeneste, *Åpen Trusselvurdering 2014*, http://www.pst.no/media/67044/PSTs_tv2014.pdf, (nov 2016) s. 4

¹⁸ Security Council Unanimously Adopts Resolution Condemning Violent Extremism, Underscoring Need to Prevent Travel, Support for Foreign Terrorist Fighters, United Nations, 24. September 2014, <http://www.un.org/press/en/2014/sc11580.doc.htm> (nov. 2016)

¹⁹ Forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Høring av 4. Juli 2014, Justis- og beredskapsdepartementet

²⁰ Prop.44 L (2015-2016) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), Endringer i straffeloven mv. (militær virksomhet i væpnet konflikt m.m.), Justis- og beredskapsdepartementet

²¹ Prop.44 L (2015-2016) punkt 3.2.6

finnes stort sett i straffeloven kapittel 18 om terrorhandlinger og terrorrelaterte handlinger. De mest aktuelle bestemmelsene har vært § 131 og § 136 a. Disse rammer også mange av handlingene som faller utenfor § 128. Straffeloven § 136 a kriminaliserer ”kvalifiserte former for deltakelse i en terrororganisasjon”.²² Det er videre et krav etter forarbeidene at terrororganisasjonen ”enten har som hovedformål å begå terrorhandlinger eller hvor dette er en vesentlig del av gruppens virksomhet”.²³ Bestemmelsene om krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord i straffelovens kapittel 16 §§ 101-110 er også relevante ved bekjempelsen av terrorhandlinger og fremmedkrigere. Strl. § 5 punkt 2 gjør disse bestemmelsene anvendelige på handlinger foretatt i utlandet, men anvendelsen av disse straffebudene vil ikke gås nærmere inn på i denne oppgaven.

Selv om de fleste handlingene i utgangspunktet blir rammet av lovgivning som eksisterte før vedtakelsen av strl. § 145, knytter det seg spesielt bevisproblemer til straffeforfølgningen. Å skulle samle tilstrekkelig bevis slik at en person kan dømmes for handlinger begått i utlandet er generelt mer utfordrende enn å samle tilsvarende bevis i Norge. I disse situasjonene har handlingene ofte blitt begått i et område som er tilknyttet eller er i en væpnet konflikt. Dette kan vanskeliggjøre innsamlingen av tilstrekkelig bevis slik at den mistenkte kan knyttes til en konkret ulovlig handling. Både myndigheter og andre viktige samfunnsinstitusjoner kan være mer eller mindre ute av funksjon eller ikke pålitelig nok til at informasjon hentet derifra holder i retten. Et av de største problemene med fremmedkrigere er trusselen de utgjør når de kommer hjem, og for å forhindre dette må de stoppes før de reiser til konfliktområdet. Etter dagens lovgivning, sett bort i fra § 145, må påtalemyndigheten da sikte dem etter en forsøksbestemmelse for å hindre dem i å reise. Bevisproblematikken er her enda vanskeligere da det må bevises forsett og handlinger som ”leder direkte mot utføringen” av det konkrete straffebudet påstanden om forsøk gjelder jf. strl. §16.

2.2. Straffansvar etter § 145

²² Prop.131 L (2013-2014) punkt 14.4 Merknader til endringene i straffeloven 2005, til § 136 a, jf. punkt 14.1 Merknader til endringene i straffeloven 1902, til § 147 d

²³ Prop.131 L (2013-2014) punkt 14.4 Merknader til endringene i straffeloven 2005, til § 136 a, jf. punkt 14.1 Merknader til endringene i straffeloven 1902, til § 147 d

I 2014 ble høringsnotatet sendt ut til ulike instanser for kommentarer, og kommentarene resulterte i Prop. 44 L (2015-2016) som ble fremmet i statsråd i desember 2015. Straffeloven § 145 ble tilføyd ved lov 17. juni 2016 nr. 52 og ble ikraftsatt 1. juli 2016 iflg. res. 17. juni 2016 nr. 670.

Straffeloven § 145 er formulert slik:

§ 145 Deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt i utlandet

Den som på rettsstridig måte deltar i militær virksomhet i en væpnet konflikt i utlandet, straffes med fengsel inntil 6 år, med mindre vedkommende deltar på vegne av en statlig styrke.

Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som nevnt i første ledd, og påbegynner sin reise til området eller foretar andre handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen, straffes for forsøk. Forsøket straffes mildere enn fullbyrdet overtredelse. § 16 annet ledd gjelder tilsvarende.

2.2.1. Bestemmelsens formål

Ønsket om å utrede mulighetene for en bestemmelse som §145 og grunnlaget for høringsnotatet²⁴ ble basert på trusselvurderinger fra 2014. Blant annet i Åpen Trusselvurdering 2014 påpekes det at utviklingen innenfor kommunikasjon, reise og at vi blir et stadig mer multikulturelt samfunn, øker faren for at nordmenn reiser til konfliktområder og returnerer radikalisererte og som en trussel for sikkerheten i Norge.²⁵ Dette gjengir departementet i Høringsnotatet²⁶ som bakgrunnen til at det ble ansett som nødvendig å utrede mulighetene for en egen straffebestemmelse for å begrense fremmedkrigere fra Norge.

Videre ligger det effektivitets- og sikkerhetshensyn bak ønsket om å innføre strl. §145. Det fremgår av Proposisjon til Stortinget Prop. 44 L (2015-2016) s. 53 at det ”sentrale formålet er å hindre at personer drar ut som fremmedkrigere og kommer tilbake voldelig radikalisererte og som en mulig trussel mot sikkerheten i Norge” og i siste avsnitt i punkt 6.4.1 uttales det at §145 skal ”effektivisere strafforfølgningen av de som måtte returnere fra deltakelse i væpnet

²⁴ Høring – Forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Justis- og Beredskapsdepartementet, juli 2014

²⁵ Åpen Trusselvurdering 2014, Politiets Sikkerhetstjeneste, http://www.pst.no/media/67044/PSTs_tv2014.pdf (nov. 2016)

²⁶ Høring – Forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Justis- og Beredskapsdepartementet, juli 2014 punkt 4.3.1 s. 15

konflikt.” Bestemmelsen skal også stoppe de som er bosatt i Norge fra å delta i væpnede konflikter i utlandet. Dette fremgår på s. 53 der det uttales at formålet også er å ”hindre at norske statsborgere eller personer bosatt her skal delta i væpnet konflikt i utlandet som stridende uten privilegier, eller uten å slutte seg til en stats hær”. På s. 57 presiseres det også at bestemmelsen er formulert ganske vid, fordi selv om mer presise begreper kunne ha vært tilstrekkelig for å ramme de mest straffverdige handlingene er ”målet med lovforslaget (...) imidlertid bredere, idet det også går ut på å hindre voldelig radikaliserings og mer generell rekruttering til væpnet konflikt i utlandet.”

2.2.2. Analyse av vilkårene for straffansvar

2.2.2.1. ”Deltar”

At noen ”deltar” jf. § 145 første ledd tilsier at gjerningspersonen bidrar til en militær virksomhet og handler på vegne av denne. Dette kan tilsi at straffansvaret knytter seg til de faktiske handlingene man utfører i virksomheten. Her uttaler departementet i forarbeidene at handlingen ikke knytter seg til ”konkrete stridshandlinger eller medvirkningshandlinger”, men til selve deltakelsen i den militære virksomheten i en væpnet konflikt.²⁷ Dette tilsier at når gjerningspersonen ankommer området eller kan si å ha sluttet seg til den militære virksomheten, vil oppfylle vilkåret, uavhengig av hvilke faktiske stridshandlinger personen har gjennomført. Denne tolkningen støttes også av at hensikten med bestemmelsen var å gjøre strafforfølgelse mer effektivt. Hvis straffansvaret skulle knyttet seg til de konkrete handlingene gjerningspersonen utfører hadde § 145 tilført lite nytt til den tidligere rettstilstanden der gjerningspersonene ble dømt etter de enkelte straffebudene. Det ble også diskutert i forarbeidene om bestemmelsen skulle ha vært formulert snevrere, som ”tar aktivt del i fiendtlighetene” eller lignende. Av effektivitets- og bevisensyn ble dette heller ikke fulgt opp og den videre ordlyden ”deltar” ble gjeldende. Det vil derfor etter ordlyden være tilstrekkelig å bevise at gjerningspersonen har reist ned og sluttet seg til den militære virksomheten i utlandet, for at vilkåret skal være oppfylt.

2.2.2.2. ”Militær virksomhet”

²⁷ Prop. 44 L (2015-2016) s. 54

En ordlydstolkning av ”militær virksomhet” tilsier at organiseringen av gruppen må være relativt fast og ikke fremstå som en tilfeldig gruppering. Virksomheten må også være væpnet i noen grad. Dette kan for eksempel være statlige militærstyrker, leiesoldater i en organisert styrke, organiserte opprørere eller terrorgrupperinger. Nødhjelpsarbeidere, mineryddere, sivil sanitetstjeneste og helsetjenester som i første hånd er rettet mot sivilbefolkning vil her falle utenfor ordlyden fordi de ikke kan karakteriseres som ”militær(e)”.²⁸ Det fremgår av forarbeidene på side 57²⁹ at vilkåret skal forstås på samme måte som i straffeloven § 128 annet punktum og § 146. Etter forarbeidene³⁰ til strl. § 128 skal ”militær virksomhet” også innebære væpnede konflikter som ikke har status som krig. Dette gjelder dermed også for vilkåret om ”militær virksomhet” i § 145. Vilkaeret er også utformet som et objektive vilkår, og skal vurderes ut fra objektive kriterier.³¹

2.2.2.3. “Væpnet konflikt I utlandet”

Vilkåret ”væpnet konflikt” tilsier at den militære virksomheten har tatt i bruk våpen enten faktisk, eller at trusselen om bruken er så reell og nærliggende at forskjellen mellom faktisk bruk og trussel ikke er stor. ”Konflikt” tilsier at alle typer konflikter er omfattet, både internasjonale og ikke-internasjonale, konflikter der stater kjemper mot hverandre, opprørsgrupper som kjemper mot hverandre og stater som kjemper mot opprørsgrupper. Dette støttes også av juridisk teori om det tilsvarende begrepet ”armed conflict” i humanitærretten, der det påpekes at begrepet ikke er avhengig av om stater vedkjenner seg den væpnede konflikten eller at den får internasjonal anerkjennelse som en væpnet konflikt, det er konflikten i seg selv som utløser at vilkåret er oppfylt.³²

I Tadic-saken³³ ved den internasjonale domstolen ICTY ble de humanitærrettslige begrepene ”international armed conflict” og ”non-international armed conflict” definert. Det uttales her at det foreligger en internasjonal væpnet konflikt ”whenever there is a resort to armed force between states”³⁴ og en ikke-internasjonal konflikt når det har oppstått ”protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such

²⁸ Prop. 44 L (2015-2016) s. 57

²⁹ Prop. 44 L (2015-2016) s. 57

³⁰ Ot.prp. nr.8 (2007-2008) s. 314

³¹ Prop. 44 L s. 54

³² Erling Johannes Husabø and Ingvild Bruce (ass.), *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation*, Boston 2009 s. 375

³³ ICTY, Appeals Chamber, Judgement of 02 October 1995, Tadic (Jurisdiction)

³⁴ ICTY, Appeals Chamber, Judgement of 02 October 1995, Tadic (Jurisdiction) avsnitt 70

groups within a state”³⁵ som også ble gjentatt i Roma-vedtektene for Den internasjonale straffedomstol artikkel 8 (2) (f).³⁶ Begge definisjonene er vide og vil være oppfylt selv når det kun foreligger begrenset maktbruk mellom partene i konflikten. Definisjonen til en ikke-internasjonalt væpnet konflikt setter også den nedre grensen for en ”armed conflict” slik at interne uroligheter, opprør, sporadiske og isolerte voldshandlinger og lignende situasjoner ikke oppfyller vilkåret.³⁷

I straffeloven § 145 skilles det ikke mellom internasjonale og ikke-internasjonale konflikter, men som følge av at ”væpnet konflikt” omfatter begge definisjonene i humanitærretten, vil presiseringen av disse begrepene i rettskildene til humanitærretten være veiledende for tolkningen av ”væpnet konflikt” i § 145. En så vid ordlydstolkning som disse kildene tilsier støttes også av formålet med bestemmelsen om å signalisere klart at ”samfunnet ikke aksepterer at nordmenn reiser til utlandet for å delta i grove voldshandlinger”.³⁸

At den væpnede konflikten der deltakelsen skjer må være ”i utlandet” tilsier at konflikten må foregå utenfor Norges riksgrense. Dette fremgår også av forarbeidene på s. 57 under punkt 6.4.6.³⁹

2.2.2.4. ”Med mindre vedkommende deltar på vegne av en statlig styrke”

Etter § 145 første ledd foreligger det et unntak fra bestemmelsen hvis gjerningspersonen har ”delta(tt) på vegne av en statlig styrke”. En ordlydstolkning av dette tilsier at gjerningspersonen må være tilknyttet og organisert i en stats offisielle styrke som er underlagt styresmaktene i statens kontroll for å være unntatt fra straffansvar.

Dette er et unntaksvilkår som følge av folkerettslige forpliktelser om immunitet. Folkeretten forutsetter noen handlinger begått i væpnede konflikter som lovlige, innenfor visse rammer. De som lovlig deltar i en væpnet konflikt er stridende med privilegier og disse nyter immunitet mot straffefølgning i andre land. Disse reglene om lovlig krigføring utgjør

³⁵ ICTY, Appeals Chamber, Judgement of 02 October 1995, Tadic (Jurisdiction) avsnitt 70

³⁶ Rome Statute of the International Criminal Court, 1998-07-17, artikkel 8 (2) (f)

³⁷ Erling Johannes Husabø and Ingvild Bruce (ass.), *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation*, Boston 2009 s. 376

³⁸ Prop. 44 L (2015-2016) s. 53

³⁹ Prop. 44 L s. 57

humanitærretten⁴⁰ og stridende med privilegier etter denne, får strafferettslig immunitet for lovlige krigshandlinger. Som følge av Norges forpliktelser til humanitærretten i straffeloven § 2 kan stridende med folkerettslig immunitet ikke straffes for lovlige stridshandlinger, med mindre handlingen er omfattet av straffebestemmelsene om krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten. Folkeretten jf. strl. § 2 gjør dermed noen begrensninger i hvilken type deltakelse i væpnede konflikter som kan kriminaliseres.

Det er først og fremst de som deltar som medlemmer av væpnede styrker på vegne av en stat som er part i en internasjonal væpnet konflikt, som regnes som stridende med privilegier. Dette fremgår av tredje Genève-konvensjon om krigsfanger artikkel 4 og første tilleggsprotokoll artikkel 43.⁴¹ Første tilleggsprotokoll artikkel 1 nr. 4 gir også medlemmer av visse væpnede styrker status som stridende med privilegier, selv om de ikke opptrer på vegne av en stat. Dette kan for eksempel være motstands- eller frigjøringsbevegelser som kjemper mot okkupasjon eller invasjon.⁴²

Hvis ikke dette unntaket hadde fulgt av § 145 hadde vært det allikevel vært gjeldende jf. strl. § 2. Dette er således en kodifisering av visse aspekter av folkeretten som begrenser straffbarheten av noen deltakere i en væpnet konflikt etter strl. § 145.

2.2.2.5. Rettsstridsreservasjonen

Straffeloven § 145 inneholder i første ledd begrensning av straffansvaret ved at kun de som på ”rettsstridig måte” oppfyller gjerningsbeskrivelsen, straffes. En ordlydstolkning av ”rettsstridig måte” tilsier at det i hver enkelt sak må foretas en konkret vurdering ut fra forholdene om handlingene som er begått strider med den gjeldende rettsoppfatningen, og at det vil finnes handlinger som ikke er straffbare fordi de ikke er rettsstridige. Forarbeidene til § 145 uttrykker at ikke alle forhold som oppfyller vilkårene i bestemmelsen vil være straffbart.⁴³ En slik tolkning støttes også i Frihet, Forbrytelse og Straff på side 194 der det legges til grunn at et forhold, selv om det faller inn under ordlyden i bestemmelsen, likevel ikke regnes å være

⁴⁰ Erling Johannes Husabø and Ingvild Bruce (ass.), *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation*, Boston 2009 s. 373

⁴¹ Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Genève 12. august 1949 og Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Genève 8. Juni 1977

⁴² Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Genève 8. Juni 1977, artikkel 1 nr. 4

⁴³ Prop. 44 L (2015-2016) s. 68

straffbare hvis handlingen er vesentlig ulik fra handlingene lovgiver har ment å kriminalisere.⁴⁴ Slike begrensninger av straffebudet kalles i juridisk teori for en rettsstridsreservasjon.⁴⁵

I teorien strides det om hva rettsstrid innebærer, i hvor stor grad det kan anvendes som grunnlag for å tolke bestemmelser presiserende eller innskrenkende og om rettsstrid også inneholder en henvisning til straffrihetsreglene.⁴⁶ I forarbeidene til § 145 fremgår det imidlertid at rettsstridsreservasjonen kan leses som en henvisning til for eksempel nødrett og nødverge, og at bestemmelsen må tolkes innskrenkende jf. strl. § 2 om folkerettslige begrensninger. Dette tilsier at rettsstridsreservasjonen i § 145 omfatter en vid forståelse av rettsstridsbegrepet. At departementet også har valgt å ta inn en særskilt rettsstridsreservasjon, selv om straffelovkommisjonen tidligere har uttalt at de ville unngå bruk av uttrykket ”rettsstrid”,⁴⁷ taler også for at rettsstridsreservasjonen svarer til rettsstridsbegrepets vide omfang, slik det fremgår av forarbeidene.

Rettsstridsreservasjonen åpner dermed for unntakstilfellene som ikke allerede er fanget opp av det spesifikke unntaket i bestemmelsen og fungerer som en sikkerhetsventil. Hvis alle andre vilkår i bestemmelsen er oppfylt, kan rettsstridsreservasjonen være et unntak slik at legitime handlinger – som det ikke fremstår som meningen å straffe ut fra formålet med bestemmelsen – ikke er straffbart. Dette følger også av forarbeidene at var hensikten med rettsstridsreservasjonen.⁴⁸ For eksempel vil medvirkningssituasjoner der du er tilknyttet den væpnede konflikten, og på en måte bidrar til deres eksistens, men allikevel ikke rettsstridig deltar i konflikten, falle utenfor det som er rettsstridig deltakelse. Et eksempel på dette kan være en forretningsmann som på vanlig måte handler med de som deltar i den væpnede konflikter, uten at de er direkte knyttet til ham, for eksempel at de kjøper matvarer i en butikk som ligger i nærheten av konflikten, men der butikken primært er ment for den øvrige befolkningen.⁴⁹ Et annet eksempel på situasjoner rettsstridsreservasjonen kan omfatte er andre enn statlige styrker som kjemper som part i en væpnet konflikt og som synes å ha en aktverdig grunn for å delta i konflikten, men som ikke er omfattet av stridende med privilegier og derfor ikke nyter strafferettslig immunitet.

⁴⁴ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 194

⁴⁵ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 193-194

⁴⁶ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 189 flg

⁴⁷ NOU 1992: 23 s. 105

⁴⁸ Prop. 44 L (2015-2016) s. 57

⁴⁹ Sammenlignbart med eksempelet på i Prop. 44 L (2015-2016) på side 29

2.2.2.6. Andre ledd – forsøksansvar

Bestemmelsene i norsk strafferett forutsetter at hele gjerningsinnholdet i straffebudet er oppfylt før personen kan straffes. Når alle deler av gjerningsbeskrivelsen i en straffebestemmelse er oppfylt straffes gjerningspersonen for en fullbyrdet forbrytelse. Handlingsrekken kan allikevel bli avbrutt før det foreligger en fullbyrdet forbrytelse. Slike forsøkshandlinger er også straffbare etter norsk rett. Den fullbyrdede forbrytelsen er forsøkets øvre grense, mens den nedre grensen går mot straffrie forberedelseshandlinger, for eksempel å gå til innkjøp av innbruddsverktøy.⁵⁰ Straffeloven § 16 er straffelovens hovedregel om forsøk, og uttrykker at forsøksansvaret gjelder tilfeller der forbrytelsen ikke er ferdig utført, der gjerningspersonen har hatt forsett om fullbyrdelse, der gjerningspersonen allerede har gjort noe som ”leder direkte mot”⁵¹ utførelsen og der lovbruddet som forsøkes fullbyrdet kan føre til fengsel i 1 år eller mer.⁵²

Straffeloven § 145 inneholder i andre ledd en egen forsøksbestemmelse. Gjerningspersonen må ha fullbyrdelsesforsett om gjerningsbeskrivelsen i første ledd, jf. andre ledd. Det fremgår av forarbeidene at det i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig at gjerningspersonen har ”bestemt seg for å dra til et konfliktområde”. Videre stilles det opp to alternative vilkår for forsøk; ”påbegynner sin reise til området” og ”foretar andre handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen” jf. strl. § 145 andre ledd.

At gjerningspersonen ”påbegynner sin reise” tilsier at gjerningspersonen må ha tatt reelle og faktiske skritt for å komme seg til den væpnede konflikten han skal delta i. Å sitte på flyet ned til destinasjonen vil her være en av handlingene som er mest i kjernen, men også andre handlinger tilknyttet reisen ned vil kunne oppfylle vilkåret. Han kan for eksempel ha satt seg på flytoget eller i bilen på vei til flyplassen eller sjekket inn enten via skranken på flyplassen eller andre portaler. At ”påbegynt” står i relasjon til ”reise” tilsier at ordlyden ikke bare skal omfatte reisen fra Norge men også reiserelaterte handlinger foretatt i Norge. Formålet med bestemmelsen støtter også en ordlydstolkning som omfatter reisehandlinger foretatt i Norge som leder til reisen ut av landet.⁵³ Hvis slike handlinger ikke er omfattet av forsøksbestemmelsen vil ikke politiet ha mulighet til å stoppe de som ønsker å delta i en væpnet konflikt i utlandet før de forlater Norge. Hvis ikke utreisende blir hindret før de

⁵⁰ Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012, s. 100

⁵¹ Lov 20. Mai 2005 nr. 28, Lov om straff (straffeloven), § 16

⁵² Linda Grønning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 354

⁵³ Prop. 44 L (2015-2016) s. 58

forlater Norge vil det være vanskelig å hindre at de blir radikalisererte og senere vil kunne utgjøre en trussel for Norge. Reisevirksomhet vil her også være en typisk form for forberedelse til å delta i en væpnet konflikt etter første ledd.

”Til området” tilsier at gjerningspersonens forflytninger eller reiserelaterte handlinger må ha som formål å transportere ham til den væpnede konflikten. Formålet bak bestemmelsen tilsier her også at reiser til områder som senere vil ta ham til den væpnede konflikten også bør være omfattet. Det blir for lett å omgå regelen hvis man kan ha et mer eller mindre kort stopp i et annet område enn der den væpnede konflikten foregår, og da være utenfor forsøksbestemmelsen.

Det andre alternative vilkåret ”foretar andre handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen”⁵⁴ kriminaliserer andre handlinger enn faktisk forflytning mot destinasjonen slik første alternativ dekker. Dette alternativet synes mer rettet mot forberedelseshandlinger til deltakelsen, som tydelig legger til rette for at gjerningspersonen skal oppfylle gjerningsbestemmelsen i første ledd. Også dette er begrunnet i formålet med bestemmelsen slik at myndighetene kan ”gripe inn (...) tidlig i handlingsforløpet”⁵⁵ slik at de kan stoppe de utreisende før de forlater Norge.

En ordlydstolkning av ”foretar andre handlinger” tilsier at gjerningspersonen må ha gjennomført handlinger som ikke i seg selv er omfattet av ”påbegynner sin reise”, da ”andre” viser tilbake på reisevilkåret i første alternativ. Disse handlingene må være tilknyttet gjennomføringen av vilkårene i første ledd jf. ”peker mot gjennomføringen”. De må altså lede mot at gjerningspersonen senere skal delta i en væpnet konflikt i utlandet, de må være av betydning for reisen, men behøver ikke å være knyttet til eller være begynnelsen på selve deltakelsen. Det fremgår av forarbeidene at for at vilkårene skal være oppfylt må gjerningspersonen ”ha foretatt reelle og alvorlige forberedelser med sikte på å delta militært i væpnet konflikt i utlandet.”⁵⁶ Dette tilsier at handlingene klart må lede mot at personen skal fullføre gjerningsbeskrivelsen. Det må være handlinger som fører gjerningspersonen nærmere en deltakelse, og gjør avstanden mellom utforsknings- og idéstadiet og gjennomføringsstadiet mindre. Eksempler på slike handlinger kan være kjøp av flybilletter, planer for aktiviteter i konfliktområdet, avtaler om overnatting, utstyrsinnkjøp og samtaler som bekrefter

⁵⁴Lov 20. Mai 2005 nr. 28, Lov om straff (straffeloven), § 145 andre ledd

⁵⁵ Prop. 44 L (2015-2016) s. 58

⁵⁶ Prop. 44 L (2015-2016) s. 69

deltakelse.⁵⁷ Forarbeidene tilsier også at handlingene her skal ses i sammenheng, slik at selv om hver enkelt handling ikke hadde vært tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret, vil handlingene sett under ett føre til at vilkåret er oppfylt.

Selv om denne bestemmelsen bruker begrepet ”forsøk” tilsvarer det allikevel ikke slik ”forsøk” er brukt ellers i straffelovgivningen, da det som fremgår videre i § 145 andre ledd ikke sammenfaller med den vanlige forståelsen av ”forsøk”. I § 145 rammes handlinger som ikke er omfattet av bestemmelses første ledd. Selv om ikke deltakelsen i den militære konflikten er påbegynt eller i nærheten av å bli påbegynt, vil man kunne bli dømt for forsøk. Dette fordi andre handlinger som er ansett å lede frem til det å forsøke å delta i en væpnet konflikt, er kriminalisert så lenge man har forsett for fullbyrdelsen etter første ledd. Det kreves altså ingen særlig nærhet mellom de forberedende handlingene, og det forestående lovbruddet, slik som for eksempel er uttrykt i strl. §16 ved ”leder *direkte* mot utføringen”(mine uthevelser). Forsøksbestemmelsen i strl. § 145 andre ledd utgjør dermed en betydelig utvidelse av det alminnelige kravet til forsøk som gjelder etter strl. §16. Dette fremgår også av forarbeidene at var hensikten.⁵⁸

Forarbeidene begrunner det utvidede forsøket med at det alminnelige forsøksansvaret ikke vil være tilstrekkelig for å ivareta formålet med bestemmelsen. Hvis forsøksbestemmelsen ikke hadde vært utvidet antar departementet at forsøksansvaret ville vært ”uaktuelt før den reisende er kommet frem til konfliktområdet, (og) kanskje helt frem til han har sluttet seg til en væpnet gruppe.” Det vil da være svært vanskelig for myndighetene å gripe inn før forsøksstadiet har gått over til en fullbyrdelse av gjerningsbeskrivelsen og de uheldige virkningene av dette har begynt å inntre.

Det nevnes også kort at på grunn av forberedelsesstraffeбудenes selvstendige karakter, slik som § 145 andre ledd, er det antatt at disse kan suppleres av det alminnelige forsøksansvaret etter straffeloven § 16.⁵⁹ Dette medfører at det knyttes straffansvar til forsøk på forberedelseshandlinger. Dette har imidlertid blitt kritisert av Husabø og Bruce⁶⁰ og Gröning, Husabø og Jacobsen⁶¹ for å gjøre den nedre grensen for straffansvar spesielt vanskelig å

⁵⁷ Prop. 44 L (2015-2016) s. 69

⁵⁸ Prop. 44 L (2015-2016) s. 68

⁵⁹ Dette støttes i Rt. 2013 s. 798 i avsnitt 56, og i Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, på side 388

⁶⁰ Erling Johannes Husabø and Ingvild Bruce (ass.), *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation*, Boston 2009 s. 443

⁶¹ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, s. 388

trekke, og at det strekker straffansvaret langt på bekostning av borgernes handlefrihet. Dette blir imidlertid ikke behandlet videre i oppgaven av hensyn til oppgavens omfang.

2.2.2.7. Medvirkning

Hovedregelen om medvirkning fremgår av straffeloven § 15. Etter denne bestemmelsen vil alle som ”medvirker til overtredelsen” av et straffebud, også bli rammet av straffebudet, med mindre ”annet er bestemt.” I § 145 er det ikke unntak fra medvirkningsbestemmelsen, og medvirkningsansvaret kommer dermed også til anvendelse på handlinger som medvirker til at gjerningsbeskrivelsen i § 145 blir oppfylt.

Medvirkningsansvaret er en handling som assisterer hovedgjerningspersonen med sine handlinger som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, jf. ”overtredelsen”. Det forutsetter dermed at det foreligger en eller flere hovedgjerninger som svarer til gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.⁶² I Norsk rett omfatter medvirkningsbegrepet både fysisk og psykisk og passiv medvirkning, der fysisk og psykisk vil være de mest aktuelle etter strl. § 145.⁶³

Et grunnkrav for straff ved fysisk medvirkning er at bistanden ”faktisk virker med i utføringen av hovedgjerningen”.⁶⁴ Fysiske handlinger som vil kunne utløse medvirkningsansvar etter § 145 jf. § 15 kan for eksempel være å bidra med mat og utstyr i konfliktområdet, eller støtte deltagelsen til hovedgjerningspersonen finansielt.⁶⁵

Ved psykisk medvirkning oppstiller forarbeidene til straffeloven krav om at ”hovedlovbryteren påvirkes”.⁶⁶ I relasjon til et medvirkningsansvar etter § 145 jf. § 15 vil verbal overtalelse eller oppmuntring til deltakelse i en væpnet konflikt her være mest aktuelt både etter første og andre ledd i § 145.

En ”overtredelse” omfatter også forberedelseshandlingene etter § 145 andre ledd. Det er dermed straffbart å medvirke til straffbare forberedelseshandlinger. Den som medvirker må allikevel ha forsett som dekker at gjerningspersonen forbereder en forbrytelse som er straffbar

⁶² Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, s. 319

⁶³ Prop. 44 L (2015-2016) s. 57

⁶⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 441

⁶⁵ Prop. 44 L (2015-2016) s. 57

⁶⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 441

etter § 145, og at hans handlinger bidrar til de straffbare forberedelseshandlingene.⁶⁷ Eksempler på dette kan være hjelp til å planlegge reiserute ned til den væpnede konflikten eller hjelp til innkjøp av utstyr gjerningspersonen skal ha med seg.

2.2.2.8. Skyldkravet

Utgangspunktet i norsk straffelovgivning er at skyldkravet er forsett. Dette fremgår av strl. §21 som uttaler at ”(s)traffelovgivningen rammer bare forsettelige lovbrudd med mindre annet er bestemt.” Straffeloven § 145 omtaler ikke skyldkravet spesifikt og heller ikke at uaktsomhet rammes. Hovedregelen i § 21 kommer dermed til anvendelse.

Gjerningspersonens forsett må dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen. Dette innebærer et kunnskapskrav der personen til en viss grad må ha sett for seg at handlingen vil oppfylle gjerningsbeskrivelsen.⁶⁸ Det stilles her krav til gjerningspersonens egen kunnskap, innsikt eller forståelse.⁶⁹ I norsk rett skiller man mellom tre ulike typer forsett; hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett og eventuelt forsett (dolus eventualis). Disse er definert i strl. § 22. Straffeloven § 145 rammer forsett, og siden ingenting annet er presisert, er alle forsettsformene aktuelle.⁷⁰ Forsettet må ifølge § 25 foreligge på ”handlingstidspunktet”.

Hensiktsforsett er hjemlet i § 22 bokstav a, og foreligger dersom gjerningspersonen med ”hensikt” foretar en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Dette er også den mest alvorlige og kvalifiserte forsøksformen vi har, da gjerningspersonen her vet hva han gjør og gjerne handler målrettet.⁷¹

Sannsynlighetsforsett fremkommer av § 22 bokstav b, og er oppfylt hvis gjerningspersonen ”med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen.”⁷² Det sentrale her er om gjerningspersonen tror at handlingen vil oppfylle gjerningsbeskrivelsen, eller regner det som mest sannsynlig at situasjonen er på et slikt vis at den oppfyller gjerningsbeskrivelsen.⁷³

⁶⁷ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, s. 388

⁶⁸ Ibid s. 228

⁶⁹ Ibid s. 231

⁷⁰ Ibid s. 230

⁷¹ Ibid s. 232

⁷² Straffeloven 2005 §22 b

⁷³ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 233

Eventuelt forsett (dolus eventualis) er den siste formen for forsett etter strl. § 22 og fremgår av bokstav c. Gjerningspersonen ”holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet” jf. § 22 c. Det foreligger her en erkjennelse av muligheten for at handlingen er straffbar etter gjerningsbeskrivelsen, men gjerningspersonen velger å positivt handle selv om det skulle stemme at handlingen oppfyller vilkårene i et straffebud.⁷⁴

Sett i sammenheng med § 145 vil hensiktsforsett her være det mest relevante. Dette vil innebære at gjerningspersonen med viten reiser til utlandet for å delta i en konflikt han vet er væpnet og av militær art. Det er ikke så mange praktiske situasjoner der gjerningspersonen kun har holdt det for mer enn 50 % sannsynlig at han skal delta i en væpnet konflikt i utlandet, men ikke har det til hensikt.

Etter § 145 andre ledd må gjerningspersonen ha fullbyrdelsesforsett og dette må dekke gjerningsbeskrivelsen som fremgår i første ledd. Også ved forsøk vil hensiktsforsett være det mest aktuelle. Det er få situasjoner en bare holder det for sannsynlig at handlingene vil føre til gjennomføringen av gjerningsbeskrivelsen. Det fremstår som lite trolig at en person sjekker inn og påbegynner sin reise mot konfliktområdet samtidig som han bare holder det for sannsynlig at han vil delta i en væpnet konflikt der. Det kan allikevel hende at sannsynlighetsforsett vil være mest aktuelt å bevise for påtalemyndigheten, da dette er enklere bevismessig.

⁷⁴ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 238

3. Relevant regulering av kriminalisering av fremmedkrigere i utlandet

3.1. Australsk rett

Etter *The Counter-Terrorism Legislation Amendment(Foreign Fighters) Act*,⁷⁵ fremgår det av *Criminal Code Act 1995 (Cth)*, s 119.2 (1) at en person som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i (c)⁷⁶ begår en straffbar handling hvis personen reiser til eller oppholder seg i et område utenfor Australia, som utenriksministeren har utpekt som et ”declared area”.⁷⁷

Utenriksministeren vil utpeke slike områder når han er ”satisfied that a listed terrorist organisation is engaging in a hostile activity in that area of the foreign country.”⁷⁸ Seksjon 119.2 (3) – (5) uttrykker så en liste over legitime grunner for å oppholde seg i et ”declared area”.⁷⁹ Dette utgjør for eksempel hvis man gir humanitær hjelp, er der i god tro, besøker familie eller hvis man er en del av et anerkjent, profesjonelt nyhetsteam som rapporterer fra området.⁸⁰

Ut fra ordlyden i bestemmelsen er det tilstrekkelig at påtalemyndigheten kan bevise at gjerningspersonen har oppholdt seg i området listet som et ”declared area”, for å kunne konstatere straffskyld, med mindre noen av unntakene gjør seg gjeldende. Listen over unntak fra seksjon 119.2 (1) i seksjon 119.2 (3) er uttømmende.

Formålet med seksjon 119.2 var å stoppe Australiere fra å reise til områder kjent for å være kontrollert og bebodd av terrorister, med mindre de hadde en legitim grunn til å være der. På grunn av det senkede bevisbehovet for å kunne tiltale noen for å ha reist til et slikt område vel vitende om risikoen, muliggjorde også bestemmelsen en mye enklere vei fra mistanke til tiltale for påtalemyndigheten, og forenklet og effektiviserte dermed saksgangen betraktelig.⁸¹

⁷⁵ *The Counter-Terrorism Legislation Amendment(Foreign Fighters) Act 2014 (Cth)*

⁷⁶ *Criminal Code Act 1995 (Cth)*, s 119.2 (1)(c)

⁷⁷ *Ibid* (1)

⁷⁸ *Ibid* s 119.3 (1)

⁷⁹ *Ibid* s 119.2 (3)

⁸⁰ *Ibid* s 119.2 (3) (a) (g) (f)

⁸¹ Revised Explanatory Memorandum, *The Counter-Terrorism Legislation Amendment(Foreign Fighters) Bill 2014 (Cth)* 48, side 234

3.2. Dansk rett

I den danske straffeloven kap. 13 § 114 j. kan Danmarks justisminister etter forhandlinger med utenriksministeren og forsvarsministeren, bestemme at i det området en terrororganisasjon er part i en væpnet konflikt, gjelder det et forbud mot å reise til og oppholde seg i, for danske statsborgere og andre som bor i Danmark. Etter Stk. 4 kan justisministeren tillate innreise og/eller opphold i et område som er omfattet av Stk. 1 hvis oppholdet eller innreisen har et ”anerkendelsesværdigt” formål.

Bestemmelsen ble foreslått satt opp etter inspirasjon fra de australske reglene,⁸² og formålet med bestemmelsen er å gjøre det enklere å straffe personer som reiser til eller oppholder seg i et konfliktområde for å delta i væpnede konflikter. Dette er eksemplifisert ved terrororganisasjoner. Det fremgår av ordlyden og av forarbeidene at det allikevel ikke må føres bevis for brudd på noen av straffelovens terrorbestemmelser eller at gjerningspersonen har hensikt om å bidra til terrororganisasjoner, det er tilstrekkelig å bevise at personen reiste til eller har oppholdt seg i et område som er forbudt etter § 114 j.⁸³

Som aktverdig formål regnes formål som ikke har med den væpnede konflikten å gjøre, og som vurderes å være rimelig anledning til å gjennomføre på tross av konflikten som verserer i området. Eksempler på dette er journalistisk arbeid, familiebesøk, humanitær bistand.⁸⁴

⁸² Jørn Vestergaard, *Fremmedkrigere i terroristers theneste – internationale, europæiske og dansk regler om foreign terrorist fighters*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, s.407

⁸³ Justitsministeriet, Udkast til Forslag til Lov om ændring af straffeloven (Væbnede konflikter i udlandet mv.), 8. April 2016, https://www.politi.dk/NR/rdonlyres/90ACE678-17B0-4BF6-B016-EC75026A12BB/0/Forslagtillovom%C3%A6ndringafstraffeloven_v%C3%A6bnedekonflikteriudlandet_udkast.pdf, s. 5

⁸⁴ Ibid s. 42

4. Vurdering av om regelen fremstår som en god og forsvarlig reguleringsmåte

4.1. Kriminaliseringsprinsippene – hensynene bak kriminaliseringen

I norsk strafferett finnes det to hovedstrategier for å bekjempe kriminalitet; tiltak som skal forebygge og forhindre at det begås straffbare handlinger (pre-aktive tiltak) og oppklaring og i retteføring av begått kriminalitet (reaktive tiltak).⁸⁵ Utviklingen i den moderne straffelovgivningens leder mot et større fokus på å stoppe forbrytelser før de skjer, og den pre-aktive strafferetten blir stadig mer utbredt.⁸⁶ Denne tankegangen har særlig vært viktig i vernet av ”rikets sikkerhet”.⁸⁷ Hovedfokuset er ikke lenger på trusselen mot nasjonale interesser fra andre stater, men fra organisert kriminalitet, terrorisme og farer som det stadig mer teknologibaserte samfunnet vårt står overfor.⁸⁸ Dette taler for en mer pre-aktiv strafferett, og særlig innenfor bekjempelse av terrorisme har bruken av pre-aktive straffebestemmelser blitt utbredt.⁸⁹

Straffeloven § 145 andre ledd har et klart pre-aktivt preg og det har som formål å forhindre at nordmenn reiser til utlandet og deltar i militære konflikter, og kommer tilbake radikaliserte og som en mulig trussel for det norske samfunnet. Spørsmålet er så om hensiktene bak kriminalisering i § 145 blir oppfylt ved utformingen og kriminaliseringen som er foretatt i bestemmelsen.

4.1.1. Skadefølgeprinsippet

Det prinsipielle utgangspunktet i en rettsstat er at individene har en alminnelig handlefrihet som det skal en særlig begrunnelse til for å gjøre inngrep i. Den alminnelige handlefriheten må imidlertid i ethvert samfunn begrenses for å ivareta ulike hensyn og interesser.

⁸⁵ Tor-Aksel Busch, *Reaktiv kriminalitetsbekjempelse i 2020*, Tidsskrift for strafferett nr. 10 2010 s. 345-355, s. 345

⁸⁶ Erling Johannes Husabø, *Pre-aktiv strafferett*, Tidsskrift for strafferett 2003 s. 97-106 s. 98

⁸⁷ Ibid s. 101

⁸⁸ Ibid s. 102

⁸⁹ Ibid s. 102

Straffeloven er her uttrykk for den strengeste formen for begrensning av handlefriheten.⁹⁰ Straffeloven 2005 bygger på et skadefølgeprinsipp, der det ”først og fremst (er) handlinger som på en aller annen måte medfører skade eller fare for skade, som bør straffesanksjoneres” jf. Straffelovkommisjonen som også ble fulgt opp av departementet.⁹¹ Det blir også fremhevet at det er skade på interesser som samfunnet bør beskytte, som er sentralt i prinsippet.⁹² En handling skal heller ikke straffes bare fordi flertallet misliker den.⁹³

Skadefølgeprinsippet presiseres videre med subsidiaritetsprinsippet og kontroll- og effektivitetshensyn.⁹⁴ Subsidiaritetsprinsippet går ut på at straff skal være det siste virkemiddelet man tar i bruk for å få bukt med et problem. Det bør bare ”brukes dersom man ikke kan oppnå en like god eller bedre nytteeffekt med andre og mindre inngripende virkemidler.”⁹⁵ Straffelovkommisjonen mente videre at kontroll- og effektivitetshensyn i noen unntakstilfeller kunne brukes som grunnlag for å fravike skadefølgeprinsippet og kriminalisere ”atferd som ikke har noen direkte skadevirkninger, og som i seg selv ikke framstår som straffverdig.”⁹⁶

Grønning, Husabø og Jacobsen uttaler i sin bok *Frihet, forbrytelse og straff*, at det er kriminaliseringen som skal begrunnes og ikke unnlattelsen av å kriminalisere, fordi det er kriminaliseringen som utgjør innskrenkningen av individets handlefrihet.⁹⁷ Problemstillingen er da om kriminaliseringen av deltakelse i militær konflikt, og forsøk og forberedelseshandlinger til dette, som er gjort i § 145, er tilstrekkelig begrunnet ut fra kriminaliseringsprinsippene.

For å svare på om § 145 er tilstrekkelig begrunnet ut fra kriminaliseringsprinsippene, er det første spørsmålet hvilke skader som kan oppstå i situasjonen § 145 regulerer, og hvilke skader § 145 har til hensikt å forhindre.

⁹⁰ NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII, s. 78

⁹¹ Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 20 og 89 jf. NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII, s. 79

⁹² Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 20

⁹³ NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII, s.79 (fulgt opp i Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 19

⁹⁴ Tor-Geir Myhrer, *Ny straffelov, Jussens Venner 2008* s. 95-136 (JV-2008-95) s. 102

⁹⁵ NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII, s.7 tiltrådt i Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 21 og 92

⁹⁶ NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII, s. 81 tiltrådt i Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 91

⁹⁷ Linda Grønning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 48

I en væpnet konflikt er det et stort skadepotensial både for de deltakende, de som oppholder seg i påvirkede områder og samfunnet generelt. Både deltakere, støttespillere og sivile kan miste livet eller på annen måte skade seg, bygninger og infrastruktur kan bli ødelagt og statlige organer kan bli satt ut av spill.

At deltakerne skal bli skadet er den mest åpenbare faren for skade i en væpnet konflikt. De kan bli drept eller på annen måte bli fysisk eller psykisk skadet. Likevel er deltakerne i konflikten frivillig med, og har et valg om å utsette seg for en slik fare for skade. At man velger selv å utsette seg for en fare for skade er ikke grunn nok til å kriminalisere, med mindre det foreligger spesielle omstendigheter som gjør at samfunnet må verne borgerne mot at de påfører seg en slik fare for skade. Dette fremgår også i Ot.prp nr. 90, der skadefølgeprinsippet er presisert slik at det som hovedregel ikke skal benyttes straff mot handlinger som ”utelukkende eller i det alt vesentlige er skadelige for gjerningspersonen selv”.⁹⁸ Dette taler for at skadefølgeprinsippet tilsier at deltakelse i væpnet konflikt ikke burde være kriminalisert, da det utgjør størst fare for skade på de som selv deltar frivillig.

Selv om faren er størst for de som aktivt tar del i konflikten frivillig vil det også være stor fare for skade på sivile, bygninger, infrastruktur og området generelt, som konflikten pågår i. Hensynet til å forhindre slike skader tilsier at å delta i væpnede konflikter i utlandet burde være kriminalisert og dette rettfærdiggjør bestemmelsen i første ledd ut fra skadepriusippet. Til en viss grad ser det også ut som om departementet har vurdert dette, da de uttaler på s. 53 at de ønsker å sende sterke signaler til befolkningen om at de ikke aksepterer deres deltakelse i væpnede konflikter i utlandet.⁹⁹ Likevel kommer det ikke klart frem om de har vurdert dette opp mot skadefølgeprinsippet som en del av en vurdering om det å delta i en væpnet konflikt i utlandet i det hele tatt burde kriminaliseres. Heller ikke i høringsnotatet kommenteres det om handlingene kriminaliseres for å unngå de mulige skadene som kan oppstå i en væpnet konflikt. Bakgrunnen for dette kan være at slik gjeldende rett var før § 145 ble innført, var også de fleste straffverdige handlingene som blir utført i en væpnet konflikt, som kan føre til skade, allerede kriminalisert i andre straffebud. Det kan derfor argumenteres for at det ikke var så sentralt om skadefølgeprinsippet var tatt hensyn til ved kriminaliseringen, fordi eksisterende og innarbeidede straffebestemmelser allerede konstaterte behovet for kriminalisering i tråd med skadefølgeprinsippet.

⁹⁸ Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 91

⁹⁹ Prop. 44 L (2015-2016) s. 53

Spørsmålet er så om man kan stanse fremmedkrigerne med andre midler enn kriminalisering, i tråd med subsidiaritetsprinsippet. Det kan tenke at man kan forhindre deltakelse i væpnede konflikter ved forebyggende arbeid mot utsatte grupper, i Norge. På en annen side er ofte de som reiser allerede radikaliserede og det kan være svært vanskelig å få dem til å endre mening eller se flere sider av saken da påvirkningen fra miljøet de omgås ofte er sterk. Selv om forebyggende arbeid kan ha en viss påvirkning fremstår det ikke som et alternativ som vil være effektivt nok. Det fremgår av trusselvurderingen 2016 at en kriminalisering *har* en effekt på de som omgås miljøene som oppfordrer til deltakelse i væpnede konflikter i utlandet, ved at PST antar at antall fremmedkrigere vil gå ned blant annet som konsekvens av at effektivt gjennomført straffeforfølgning og trussel om det.¹⁰⁰ Dette tyder på at for å få til en effektiv stansing av fremmedkrigere, er det ikke tilstrekkelig med forebyggende arbeid, og det oppnås heller ikke tilstrekkelig effekt uten kriminalisering.

Trusselvurderingen fra 2016 gjort av Politiets Sikkerhetstjeneste (PST), fremhever også at fremmedkrigere som returnerer til Norge kan utgjøre en trussel for sikkerheten i det norske samfunnet blant annet ved å kunne utføre terrorhandlinger selv, spre ekstremistisk propaganda og/eller legge til rette for at andre nettverk eller personer kan utføre terroraksjoner i Norge.¹⁰¹ Dette fremgår også som en av de viktigste begrunnelsene bak bestemmelsen i høringsnotatet¹⁰² og etter slik § 145 ble vedtatt, se punkt 2.2.1. For å oppnå formålet med bestemmelsen må fremmedkrigerne stoppes før de forlater Norge,¹⁰³ og da må også bevisinnhentingene være så ukomplisert at det er realistisk å få avbrutt hendelsesforløpet når de enda er i Norge. En enkel bevisføring og dermed mulighet til å stanse utreisen fremgår dermed som hovedhensikten bak kriminaliseringen, og ikke det å straffe de som deltar i en væpnet konflikt i utlandet. Departementet nevner er inne på skadevirkningene av at nordmenn deltar i væpnede konflikter, men denne kriminaliseringen fremstår som et biprodukt av ønsket å om å stoppe trusselen fra radikaliserede personer som kommer tilbake til Norge. Her har departementet følgelig kriminalisert en handling for å få bukt med en skademulighet som ikke egentlig er et direkte resultat av handlingen som kriminaliseres. Handlingen som resulterer i faren for skade er å returnere til Norge som radikaliseret og som en trussel for sikkerheten, men det er ikke dette som er kriminalisert i § 145.

¹⁰⁰ Politiets Sikkerhetstjeneste, Trusselvurdering 2016, januar 2016, http://www.pst.no/media/81096/PST_Brosjyre_Trussel_NORSK.pdf (des. 2016), s. 13

¹⁰¹ Ibid, s. 13

¹⁰² Forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Høring av 4. Juli 2014, Justis- og beredskapsdepartementet s. 15-16

¹⁰³ Prop. 44 L (2015-2016) s. 58

Trusselvurderingen fra 2016 antyder også at fremmedkrigere ikke utgjør et så stort faremoment for den norske samfunnet som kriminaliseringen og dens begrunnelse tilsier. Mange av terrorhandlingene som vi har sett i Europa de siste årene er begått av personer uten erfaring som fremmedkrieger,¹⁰⁴ og antallet fremmedkrigere er synkende. I slutten av 2014 var antall fremmedkrigere som har vært eller fortsatt befant seg i Syria eller Irak over 70 personer.¹⁰⁵ Mens etter trusselvurderingen av 2016 var antallet redusert til ca 40 fremmedkrigere fra Norge som befant seg i Syria og Irak.¹⁰⁶ PST uttaler også at fremmedkrigere som returnerer ”ikke nødvendigvis (har) intensjon om å returnere til Norge for å utføre terrorhandlinger.”¹⁰⁷

At lovgiver her kriminaliserer en handling som ikke direkte fører til skaden straffebudet har som hovedbegrunnelse og hensikt å forhindre, kan kritiseres. Spesielt siden det kan stilles spørsmålsteget ved hvor stor fare det faktisk er for skade i Norge, ut fra trusselvurderingene. Det fremstår som lite hensiktsmessig og dårlig begrunnet å da kriminalisere handlinger som egentlig ikke er hovedgrunnen til at man innfører straffebudet.

I andre ledd er forsøk på deltakelse i væpnet konflikt, og derunder forberedelseshandlinger til dette, kriminalisert. Handlingene skissert i 2.2.2.3 har i seg selv ingen skadevirkninger knyttet til det departementet ønsker å forebygge av skade ut fra formålene uttalt i forarbeidene. Forsøksbestemmelsen i andre ledd kriminaliserer handlinger som i utgangspunktet er lovlige, og som er langt utenfor det vi tradisjonelt oppfatter som straffverdig, som for eksempel å reise, sjekke inn og gjøre planer om kost og losji på reisedestinasjonen. I stedet for blir gjerningspersonens subjektive hensikt avgjørende for handlingens objektive straffbarhet.¹⁰⁸ Det at forberedelseshandlingene i seg selv ikke skader noen er heller ikke kommentert i forarbeidene, og dette tilsier at departementet ikke har overveid skadeprinsippet grundig nok.

Det kan allikevel argumenteres for at hensynet til effektiv gjennomføring av bestemmelsen her må begrunne at skadefølgeprinsippet ikke er fulgt helt opp. Indirekte er radikalisererte

¹⁰⁴ Politiets Sikkerhetstjeneste, Trusselvurdering 2016, januar 2016, http://www.pst.no/media/81096/PST_Brosjyre_Trussel_NORSK.pdf (des. 2016), s. 10

¹⁰⁵ Politiets Sikkerhetstjeneste, Trusselvurdering 2015, http://www.pst.no/media/74351/PSTs_tv2015-2.pdf (des. 2016), s. 4

¹⁰⁶ Politiets Sikkerhetstjeneste, Trusselvurdering 2016, januar 2016, http://www.pst.no/media/81096/PST_Brosjyre_Trussel_NORSK.pdf (des. 2016), s. 13

¹⁰⁷ Politiets Sikkerhetstjeneste, Trusselvurdering 2016, januar 2016, http://www.pst.no/media/81096/PST_Brosjyre_Trussel_NORSK.pdf (des. 2016), s. 13

¹⁰⁸ Jon Wessel-Aas, *Abnormal frihet?*, Minerva (<https://www.minervanett.no/abnormal-frihet/>), publisert 19.03.2010

personer som returnerer til Norge en sikkerhetstrussel som følge av at de har deltatt i en væpnet konflikt hvor de har fått stridstreningen og tilegnet seg kunnskapene fra miljøet der. Og selv om mangelen på skadefølger av forberedelseshandlingene ikke er kommentert i forarbeidene, kommenteres det flere steder at begrunnelsen for å ha en utvidet forsøksbestemmelse som også rammer forberedelseshandlinger som vanligvis er lovlige er for å på en effektiv måte kunne gjennomføre hensikten bak straffebudet – å stoppe dem tidlig i handlingsforløpet for å forebygge senere radikaliserings.¹⁰⁹ Bestemmelsen er altså i kjerneområdet til kontroll- og effektivitetshensynet som kan danne grunnlag for et unntak fra skadefølgeprinsippet når man kriminaliserer handlinger,¹¹⁰ men det påpekes også at lovgiver skal være tilbakeholden med kriminalisering på slikt grunnlag.

4.2. Legalitetsprinsippet

Det strafferettslige legalitetsprinsippet i norsk rett fremgår av Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettskonvensjon Artikkel 7. Det innebærer at norske domstoler ikke kan dømme noen uten å ha hjemmel i formell lov. Et av de sentrale formålene med legalitetsprinsippet er at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling, så de vet hvordan de må handle for å opptre lovlydig.¹¹¹

4.2.1. utfordringer knyttet til forberedelseshandlinger

Legalitetsprinsippet lanserer problemstillinger i den pre-aktive strafferetten, spesielt ved forberedelseshandlinger. Ofte er den eneste forskjellen mellom de kriminaliserte handlingene på forberedelsesstadiet og de samme handlingene når de ikke er straffbare, den forbryterske viljen og forsettet om at disse handlingene skal lede til gjennomføringen av et straffebud. For eksempel vil det å bestille billett, fortelle dine nærmeste at og hvordan du skal reise og planlegge kost og losji i for eksempel Syria, ikke være straffbart med mindre du har forsett om å delta i den væpnede konflikten som pågår der. Handlinger er her den samme, men det er gjerningspersonens subjektive innstilling til handlingen som får betydning for om handlingen er straffbar eller ikke. Ved kriminaliseringen av forberedelseshandlinger går man vekk fra å se på straffebudets krav til handlingen, og fokuserer på forsettet til gjerningspersonen. Dette blir

¹⁰⁹ Prop. 44 L (2015-2016) s. 58

¹¹⁰ NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII s. 81

¹¹¹ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 66

i teorien kalt subjektivisering av straffansvaret.¹¹² Når det ikke lenger er de faktiske handlingene som utgjør den kriminelle gjerning, men handling og subjektiv innstilling sammen, blir det vanskeligere for borgerne å forutberegne sin rettsstilling.¹¹³ Dette taler for at legalitetsprinsippet ikke her er ivaretatt ved innføringen av straffeloven § 145.

Denne problemstillingen realiserer seg ikke på samme måte ved regulering slik den australske og danske kriminaliseringen er. Her er det selve oppholdet i et nærmere angitt område som utløser straffansvar, og det er dermed enkelt for borgerne å vite hvilke handlinger som er ulovlige. At utreisende etter den danske bestemmelsen kan søke myndighetene for tillatelse for unntak fra bestemmelsen for visse aktverdige formål, gjør også at de som ønsker å reise på forhånd kan få vite konkret om grunnen de ønsker å basere sitt opphold på er straffverdig eller ikke. Legalitetsprinsippet er på den måten godt ivaretatt i reguleringen av fremmedkrigere i dansk og australsk rett.

4.2.2. Presisjonskravet

At det etter Grunnloven § 96 gjelder et presisjonskrav under legalitetsprinsippet er forutsatt i flere høyesterettsavgjørelser, blant annet i Rt. 1958 s. 497 og Rt. 2005 s. 1628. Det er antatt i teorien at presisjonskravet bestemmer en nedre grense for hvor upresis en lovhjemmel kan være.¹¹⁴ En lovbestemmelse må utformes på en så klar og presis måte, at borgerne som må innrette seg etter bestemmelsen, kan forutberegne sin rettsstilling.

Allikevel kan det ikke stilles særlig strenge krav til klarhet og presisjon i lovteksten, da det er umulig å unngå skjønsmessige begreper uten å måtte regulere på en alt for omfattende og lite effektiv anvendbar måte. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen uttalte i *Cantoni v. France* at for å få en dynamisk lovgivning som ikke er for rigid for samfunnets endringer, måtte generell og mer eller mindre vag ordlyd i lovtekst aksepteres.¹¹⁵ Spesielt på rettsområder som er i stor endring er det viktig at lovbestemmelsene er anvendelige, også etter endringer. I Norge har domstolene aldri satt til side et straffebed på grunn av mangler ved kravet til presisjon.¹¹⁶ Selv om Høyesterett i Rt. 2014 s. 238 uttalte at "(i) nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av

¹¹² Erling Johannes Husabø, *Pre-aktiv strafferett*, Tidsskrift for strafferett 2003 s 97-106, 2003, s. 104

¹¹³ Erling Johannes Husabø, *Pre-aktiv strafferett*, Tidsskrift for strafferett 2003 s 97-106, 2003, s. 104

¹¹⁴ Thomas Frøberg, Forsøksansvarets yttergrenser: forsøk på forsøk og uaktsomt forsøk, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 125, 1-2/2012, s. 49-90, s. 68

¹¹⁵ *Cantoni v. France* (45/1995/551/637) avsnitt 31

¹¹⁶ Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016 s. 68

det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen”,¹¹⁷ tilsier Thomas Frøbergs gjennomgang av nyere rettspraksis at innstramningen gjelder analogiforbudet, en annen side ved legalitetsprinsippet, og ikke presisjonskravet.¹¹⁸ Dette tyder på at presisjonskravet heller ikke etter dagens rettstilstand blir praktiserts spesielt strengt.

Vilkårene i straffeloven § 145 første ledd kan i det vesentlige presiseres gjennom ordlydstolkning og ved å se til internasjonal rett og juridisk teori. Andre ledd fremstår dermed i tråd med presisjonskravet og det skaper forutberegnelighet for borgerne.

Straffeloven § 145 andre ledd er det derimot større usikkerhet rundt hvor langt rekker. Generelt utgjør forsøksbegrepet allerede en presisjonsmessig utfordring, da det er vanskelig å vite når en handling går over fra å være straffri til å være innenfor vilkårene for forsøk på straffbar handling, og dermed er straffbar. Når det gjelder forberedelseshandlinger slik som i § 145 andre ledd blir dette problemet enda mer synlig. Her går hver enkelt persons handlefrihet særlig nær, og det representerer en tendens til subjektivisering av straffansvaret, der man rammer et sinnelag som bare i liten grad har gitt seg utslag i ytre handling.¹¹⁹ Når straffebudet ikke kriminaliserer handlinger, men sinnelag, fremstår dette som lite presist, og taler for at presisjonskravet ikke er tilstrekkelig oppfylt.

Etter strl. § 145 andre ledd første alternativ er det ”påbegynner sin reise til området” som blir ansett som et forsøk på å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i første ledd. Å ”påbegynne sin reise” peker på en konkret handling og fremstår tilstrekkelig presist, selv om også gjerningspersonens subjektive vilje med handlingen er relevant for å slå fast om den er straffbar etter § 145 eller ikke. Vilkåret er avgrenset og tilstrekkelig konkret for at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling, og dette taler for at denne delen av bestemmelsen ikke strider mot presisjonskravet etter Grl. § 96.

Straffeloven § 145 andre ledd, andre alternativ kriminaliserer det å ”foreta(r) andre handlinger som legger til rett for og peker mot gjennomføringen”. Selv om dette vilkåret må leses i sammenheng med ”påbegynner sin reise” som kan gi en veiledning til hva som er kriminalisert i andre alternativ, er ordlyden meget vid og upresis. Selv om ”peker mot

¹¹⁷ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15

¹¹⁸ Thomas Frøberg, *Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsipp*, Jussens Venner 01-02/2015 (Volum 50) punkt 3.4

¹¹⁹ Thomas Frøberg, *Forsøksansvarets yttergrenser: forsøk på forsøk og uaktsomt forsøk*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 125, 1-2/2012, s. 49-90, s. 70

gjennomføringen” vil avskjære de handlinger som ikke er tilknyttet en tiltenkt gjennomføring av § 145 første ledd, gir vilkåret liten veiledning om hvilke handlinger som er straffbare. Når gjerningspersonens vilje med handlingen i tillegg bestemmer om den er straffbar eller ikke står man overfor et vilkår som er lite forutsigbart og gir liten mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Dette taler for at strl. § 145 andre ledd andre alternativ må anses å være i strid med presisjonskravet jf. Grl. § 96.

Det fremgår ikke av forarbeidene at det har vært vurdert å presisere innholdet av § 145 ytterligere. Heller ikke i rettspraksis om § 131 som § 145 er modellert etter, har det vært stilt spørsmålstegn om bestemmelsen oppfyller presisjonskravet. Forarbeidene til § 131 uttaler også at når man har hensikt om å begå en terrorhandling, har man ingen beskyttelsesverdig forventning om å skulle kunne forutberegne presist hvilke handlinger som vil gjøre at handlingen overskrider grensen for straffbare forberedelser.¹²⁰ Til dels taler dette for at presisjonskravet må vike for at den nasjonale sikkerheten skal ivaretas. Allikevel synes det ikke i tråd med likhetsprinsippet etter Grl. § 98 at presisjonskravet i legalitetsprinsippet ikke skal gjelde i samme grad for alle bestemmelser, men ut fra hvor klanderverdig lovgiver anser at handlingen straffebudet kriminaliserer er. I tillegg er faren for skade etter § 131 og § 145 ganske ulik. For en som har bestemt seg for å fullbyrde en terrorhandling, fremstår behovet for å kunne stanse vedkommende på et tidligere tidspunkt, enn behovet for å stanse en som har til hensikt å delta i en væpnet konflikt, og som dermed kan blir radikaliseret, som igjen muligens kan utgjøre en sikkerhetsrisiko ved retur til Norge. Hensynet til rikets sikkerhet taler her i større grad for å gjøre unntak fra presisjonskravet i tråd med uttalelsene i Prop. 131 L¹²¹ for strl. § 131 enn for § 145.

Straffelovgivning tilknyttet bekjempelse av terror har, spesielt siden angrepet på USA i 2001, vært gjenstand for mange endringer, presiseringer og nykriminaliseringer de siste årene. Noe av grunnen til dette er at det er et samfunnsproblem som utvikler seg raskt og spesielt med tanke på teknologiutviklingen i dag – uforutsigbart. I tråd med uttalelsene til EMD i *Cantoni v. France*¹²² tilsier dette at presisjonskravet ikke skal være for strengt for lovgivning på dette området. Og selv om sikkerhetstrusselen etter § 145 ofte ikke er like nærliggende som etter § 131, tilsier den sikkerhetsrisikoen fremmedkrigere utgjør for det norske samfunnet at myndighetene må ha effektive lovbestemmelser som kan måtte gå på bekostning av en presis

¹²⁰ Prop. 131 L (2012-2013) s. 61

¹²¹ Prop. 131 L (2012-2013) s. 61

¹²² *Cantoni v. France* (45/1995/551/637) avsnitt

utforming. Hensynet til rikets sikkerhet og høyesteretts ikke så høye krav til en presis utforming i tråd med legalitetsprinsippet tilsier her at § 145 ikke kan anses å være i strid med presisjonskravet etter Grl. § 96.

4.3. Lovformulering modellert etter fullmaktsloven fra 1937, dansk og australsk rett

Det er flere innvendinger mot at et straffebud som har til hensikt å kriminalisere og stoppe fremmedkrigere, er utformet som strl. § 145. Både den australske og den danske bestemmelsen kriminaliserer det å oppholde seg i et nærmere avgrenset område, og utgangspunktet er da at det er ulovlig å reise til og å befinne seg i det området i det hele tatt. Fra denne hovedregelen finnes det så noen unntak for legitimt begrunnede opphold. Både australsk og dansk rett har et unntak for de som er der som ledd i nasjonale eller internasjonale styrker,¹²³ Australia har så en uttømmende liste over legitime formål, mens en i Danmark kan søke om tillatelse for innreise og/eller opphold for aktverdige formål. Etter Lov om krigsdeltagelse i fremmed land (heretter: fullmaktsloven)¹²⁴ kunne Kongen forby at noen fra Norge vervet seg til krigstjeneste i utlandet. Det lå her ingen begrensninger eller unntak, og det fremgår av forarbeidene at ”fremmed krigstjeneste” også omfattet statlige styrker så vel som opprørsgrupper og organisasjoner så lenge de deltok aktivt i konflikten.¹²⁵ Spørsmålet er dermed om man kan oppstille et lovforslag etter inspirasjon fra fullmaktsloven fra 1937, dansk og australsk rett, som har som utgangspunkt at opphold og tilreise til visse områder er kriminalisert, og da få en regulering som fremstår som bedre og mer forsvarlig enn slik § 145 er utformet i dag.

4.3.1. Oppgavens lovforslag

Oppgaven foreslår en lovbestemmelse med et innhold etter modell av australsk og dansk rett, uten å gå inn på detaljene i ordlyden og alle vilkårene for straff, da oppgavens omfang ikke tillater dette.

¹²³ Criminal Code Act 1995 (Cth), s 119.2 (3) og Straffeloven kap. 13 § 114 j. stk. 2

¹²⁴ Lov angående forholdsregler for å hindre deltagelse i krig i fremmed land, LOV-1937-03-19-1

¹²⁵ Ot.Prp. Nr. 10 (1937)

Det foreslås å kriminalisere reise til og opphold i nærmere angitte områder, med mindre man er der som ledd i tjeneste eller verv som omfattes av den strafferettslige immuniteten etter humanitærretten. En eller flere ledere for departementer med relevant kompetanse innen temaet kriminalisering, sikkerhetstrusler og internasjonale relasjoner vil etter drøftelser seg i mellom ha kompetanse til å fastsette regler om at et område skal være omfattet av kriminaliseringen. Kun områder hvor det foregår omfattende brudd på internasjonal humanitærrett eller hvor terrorgrupperinger som nevnt i strl. § 136 a er part i en væpnet konflikt, kan kriminaliseres etter bestemmelsen. Unntak fra tilreise- og oppholdsforbudet kan gis av justisministeren eller den ansvaret delegeres til, hvis tilreise og opphold har et aktverdig formål. Som aktverdig formål regnes for eksempel familiebesøk, journalist på offisielt oppdrag, humanitært hjelpearbeid, oppfyllelse av juridiske forpliktelser som for eksempel vitne i retten, på offisielt oppdrag for myndighetene i Norge eller andre land og lignende formål. Forsøk og medvirkning foreslås kriminalisert etter hovedbestemmelsene i straffeloven §§ 15 og 16.

4.3.2. Vurdering av sentrale fordeler og ulemper ved oppgavens lovforslag

Det fremgår av forarbeidene til straffeloven § 145 at et av de viktigste formålene med bestemmelsen er å kunne stoppe fremmedkrigerne før de forlater Norge, slik at de ikke tilegner seg kunnskapen og blir radikalisert slik at de senere kan utgjøre en trussel for Norge ved retur, se punkt 2.2.1 i oppgaven. Når opphold og innreise i utgangspunktet er kriminalisert, vil en regulering som dette være mer effektivt for å hindre utreise enn slik den norske regelen ser ut i dag, der kriminaliseringen retter seg mot deltakelsen i konflikten. Etter § 145 er det handlingen man utfører når man deltar i en væpnet konflikt som er kriminalisert. Når det da i forarbeidene fremstår som viktigere å stoppe utreise til et konfliktområde enn å straffe de som faktisk deltar i en væpnet konflikt, er ikke den norske bestemmelsen utformet på den mest effektive måten for å oppnå hensikten og reguleringsmåten skissert over fremstår som en mer fornuftig og god regel som kriminaliserer det formålet med bestemmelsen tilsier at utgjør en trussel for det norske samfunnet.

Generaladvokaten¹²⁶ påpekte også at rettsstridsreservasjonen inntatt i § 145 ville være uhåndterlig for påtalemyndigheten uten at det ble nærmere presisert hva slags militær deltakelse som ikke skulle være rettsstridig. Etterretningstjenesten¹²⁷, Forsvarets Høgskole¹²⁸ og Kripos¹²⁹ pekte også på å behovet for å unnta ”aktverdig innsats” fra straffansvar i regelen, og at det er betenkeligheter ved å overlate aktverdighetsvurderingen til påtalemyndigheten. Kripos uttalte at det ikke bør ”være påtalemyndighetenes rolle å vurdere hva som politisk er å anse som aktverdig krigsdeltakelse. Slike vurderinger vil avhenge av en rekke politiske faktorer og som bør finne sin ”løsning” politisk og ikke av politi- og påtalemyndighet”

Slik § 145 er utformet er vurderingen av hvilken deltakelse som kan anses ”aktverdig” og av den grunn ikke bør straffes, overlatt til påtalemyndigheten, ved at det er de som skal vurdere om ”allmenne hensyn” jf. strl. § 5 siste ledd, foreligger. Selv om det i forarbeidene er påpekt at ”(r)ene politiske vurderinger av om lovbryteren kjempet for en aktverdig sak, (...) ikke (er) relevant for påtalemyndighetens vurdering av påtalespørsmålet”¹³⁰ innebærer vurderingstemaene skissert i redegjørelsen departementet viser til, flere vurderingsmomenter som går på aktverdigheten ved deltakelsen i den væpnede konflikten. Når det også i rettsstridsreservasjonen vil innebære en viss form for aktsomhetsvurdering av konflikten, jf. kapittel 2.2.2.5, er det klart at påtalemyndighetene når de skal avgjøre om de vil bringe en sak inn for rettssystemet eller ikke, må ta stilling til om konflikten kan anses å være ”aktverdig”.

Hvilke konflikter som skal anses som aktverdige å støtte og å delta i, er et spørsmål som vil kunne ha politisk betydning og som vil endres over tid. Slik også forarbeidene til § 145 påpeker vil vurderingen om et forhold skal påtales eller ikke på bakgrunn av en aktverdighetsvurdering, ikke være gjenstand for overprøving¹³¹ med mindre et forhold blir påtalt. Slike vurderinger vil dermed for det meste foregå i det skjulte, og ikke være gjenstand

¹²⁶ Hørings svar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Generaladvokaten, 17.10.2014,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/ga.pdf> (des 2016)

¹²⁷ Hørings svar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Etterretningstjenesten, 21.07.2014,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/etterretningstjenesten.pdf> (des 2016)

¹²⁸ Hørings svar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Forsvarets Høgskole, 30.09.2014,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/forsvarets hogskole.pdf> (des 2016)

¹²⁹ Hørings svar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), 17.10.2014,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/kripos.pdf> (des 2016)

¹³⁰ Prop. 44 L (2015-2016) s. 68

¹³¹ Prop. 44 L (2015-2016) s. 68

for påvirkning fra borgerne som bestemmelsen retter seg mot. At det er påtalemyndigheten som etter § 145 skal foreta disse vurderingene, fremstår ikke som en forsvarlig reguleringsmåte.

Ved at fremmedkrigere er regulert i en bestemmelse slik som foreslått i 4.3.1 vil vurderingen av om det blir ansett som aktverdig å delta i en konkret væpnet konflikt bli tatt av personer som tilhører en folkevalgt regjering, og som har stor kompetanse innen temaene kriminalisering, sikkerhetstrusler og internasjonale relasjoner. Både blir vurderingen her gjenstand for politiske skiftninger, slik at befolkningen har en påvirkningsmulighet, og vurderingene og beslutningene blir i mye større grad synlig for dem. Dette ivaretar også legalitetsprinsippet på en god måte ved at det for borgerne blir enkelt å forutberegne sin rettsstilling.

Også presisjonskravet jf. punkt 4.2.2. blir ivaretatt på en bedre måte ved regulering slik foreslått i 4.3.1. Ser man til dansk og australsk rett, inneholder lovbestemmelsene få vilkår for straffansvar der innholdet i ordlyden er upresis eller som gjør forutberegningen av egen rettsstilling vanskelig. Unntakene i *Criminal Code Act 1995 (Cth)*, s 119.2 (3) vil kunne by på utfordringer når det kommer til presisjonskravet i legalitetsprinsippet, men det er allikevel ikke så generelt utformet at den lave terskelen for å godta upresise lovformuleringer i Norsk rett ikke er oversteget. Dette vil uansett kunne avhjelpest ved en lovformulering som er presentert i 4.3.1 der aktverdighetsvilkåret er supplert med eksempler som også vil fungere som veiledning for forståelsen av ordlyden. Oppgavens foreslåtte lovregulering vil dermed ivareta presisjonskravet på en bedre måte enn § 145 gjør, og fremstår som en bedre måte å regulere trusselen fra fremmedkrigere på.

Slik lovbestemmelsen i Australia er formulert har flere uttrykt sin skepsis til de store innskrenkningene av den personlige autonomien og bevegelsesfriheten bestemmelsen gjør.¹³²

¹³²Zifcak, Spencer. Proportionality lost (January 2015). Arena Magazine (Fitzroy, Vic), No. 133, Dec 2014 - Jan 2015: 20-23.

<<http://search.informit.com.au.ezproxy.library.uq.edu.au/documentSummary:dn=852766378742985;res=IELAPA>>

Hardy, Keiran and Williams, George. National security reforms stage two : foreign fighters. LSJ : LAW SOCIETY OF NSW JOURNAL; (7) December 2014: 68-69.

<<http://search.informit.com.au.ezproxy.library.uq.edu.au/fullText;dn=20152135;res=AGISPT>> ISSN:1839-5287.>

Rhys Ryan, Foreign Fighters Bill: Expanded Counter-Terrorism Laws Encroach On Human Rights (17.12.2014) Right Now, Human Rights Australia, <<http://rightnow.org.au/writing-cat/article/foreign-fighters-bill-expanded-counter-terrorism-laws-encroach-on-human-rights/>>

Rhys Ryan uttrykker at listen over legitime grunner for å oppholde seg i et område er veldig begrenset og dekker for eksempel ikke forretningsreiser eller vennebesøk.¹³³ Dr Keiran Hardy og Professor George Williams AO¹³⁴ og Spencer Zifcak¹³⁵ legger også til religiøse pilgrimsreiser, gjennomføringen av handelstransaksjoner, folk på gjennomreise, eventyrere, de som havner der ved en feiltakelse og journalister som ikke arbeider i et kommersielt nyhetselskap, men for eksempel som blogger, jobber som researcher eller uavhengige kamerabesetninger, på listen over mulige legitime grunner til å oppholde seg i et ”declared area”, som etter bestemmelsen er straffbare. Ved å åpne for muligheten å søke tillatelse til innreise og opphold på forhånd, som skal vurderes etter reiseformålets aktverdighet eksemplifisert ved gitte situasjoner, unngås også problematikken rundt at antatt legitime grunner til å oppholde seg i et område blir kriminalisert.

Hvis lovbestemmelsen hadde vært utformet med et generelt unntak for reiser og opphold med et aktverdig formål, vil man støte på de samme problemene når man ønsker å stoppe fremmedkrigerne før utreise, som i gjeldende lovgivning og lovgivningen før § 145. Da kan det også bli behov for en utvidet forsøksbestemmelse som i § 145 andre ledd.

Påtalemyndigheten må ved en slik utforming bevise på hvilken måte gjerningspersonen ikke planlegger å oppholde seg i området på bakgrunn av et aktverdig formål, og må dermed gå inn på hensikten bak reisen og handlingene i forkant. Hvis lovbestemmelsen er formulert slik at opphold generelt er forbudt, og eventuelle unntak må forhåndsgodkjennes, vil det ikke være nødvendig for påtalemyndigheten å bevise hvilket formål gjerningspersonen har eller hadde med reisen til det aktuelle området. Enhver reisende som det kan bevises at har endestopp i det aktuelle området uten å være omfattet av bestemmelsens unntak, vil da kunne stoppes før utreise fra Norge etter den generelle forsøksbestemmelsen i § 16. Bevisføringen vil da bli betraktelig enklere, og hensikten med en effektiv gjennomføring av bestemmelsen ivaretas.

Dr Keiran Hardy, Professor George Williams, Review of Commonwealth Laws for Consistency with Traditional Rights, Freedoms and Privileges(25.02.2015), Australian Law Reform Commission, <http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/subs/22._org_gilbert_and_tobin_centre_for_public_law_alrc_freedom_s_sub.pdf>

¹³³ Rhys Ryan, Foreign Fighters Bill: Expanded Counter-Terrorism Laws Encroach On Human Rights (17.12.2014) Right Now, Human Rights Australia, <<http://rightnow.org.au/writing-cat/article/foreign-fighters-bill-expanded-counter-terrorism-laws-encroach-on-human-rights/>>

¹³⁴ Dr Keiran Hardy, Professor George Williams, Review of Commonwealth Laws for Consistency with Traditional Rights, Freedoms and Privileges(25.02.2015), Australian Law Reform Commission, <http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/subs/22._org_gilbert_and_tobin_centre_for_public_law_alrc_freedom_s_sub.pdf> side 3

¹³⁵ Zifcak, Spencer. Proportionality lost (January 2015). Arena Magazine (Fitzroy, Vic), No. 133, Dec 2014 - Jan 2015: 20-23.

<<http://search.informit.com.au.ezproxy.library.uq.edu.au/documentSummary:dn=852766378742985;res=IELAPA>> side 4

Det kan argumenteres for at et lovforslag slik det oppgaven presenterer, snur på uskyldpresumsjonen som fremgår i Grl. § 96 andre ledd, ved at man i utgangspunktet blir ansett som skyldig bare man oppholder seg i et område, og at det påhviler den mistenkte å bevise at han oppholdt seg der lovlig. Allikevel vil også reguleringen i § 145 gjøre det. Selv om det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden for at den mistenkte har begått en straffbar handling, vil fokuset på gjerningspersonens forsett med handlingene gjøre det vanskeligere for den mistenkte å føre motbevis for egen straffeskyld. Og er det vanskelig å føre bevis for at man ikke tenkte det handlingene tilsier at man har gjort, vil dette gjøre at den mistenkte ikke klarer å få frem noen rimelig tvil om bevisene til påtalemyndigheten holder, noe som er et viktig prinsipp innenfor uskyldpresumsjonen.¹³⁶

Dr Keiran Hardy og Professor George Williams AO argumenterer for at selv om Revised Explanatory Memorandum uttrykker at reguleringen i den australske straffebestemmelsen ikke endrer på bevisbyrden fordi skyld ikke er presumert,¹³⁷ vil bestemmelsen i realiteten ha den virkningen, fordi straffansvaret vil være etablert i det øyeblikket en person trer inn i eller oppholder seg i et ”declared area”¹³⁸. Sammenlignet med *Criminal Code Act 1995 (Cth)* s 119.1 (a) trenger ikke påtalemyndigheten å bevise noen intensjon om å engasjere seg i en fiendtlig aktivitet¹³⁹ for at gjerningsbeskrivelsen skal være oppfylt. At personen oppholdt seg der i det hele tatt er nok for å kunne tiltale noen etter seksjon 119.2. Denne kritikken gjør seg også gjeldende ved oppgavens foreslåtte lovbestemmelse. Likevel vil det etter at siktede har ført bevis for at vedkommende var der for et legitimt formål være påtalemyndighetenes ansvar å motbevise dette ut over enhver rimelig tvil.¹⁴⁰ Selv om siktede først måtte bevise sitt legitime formål med oppholdet ligger bevisbyrden på påtalemyndigheten.

Fordi det i Grunnloven § 97 er et forbud mot at lover kan gis tilbakevirkende kraft, vil det for at bestemmelsen skal være oppdatert og i tråd med formålet, være nødvendig at hvilke områder som er omfattet av bestemmelsen oppdateres hurtig etter eventuelle endringer i det internasjonale situasjonsbildet. Den foreslåtte bestemmelsen krever dermed en mer aktiv

¹³⁶ Erling Johannes Husabø, *Pre-aktiv strafferett*, Tidsskrift for strafferett 2003 s 97-106, 2003, s. 104

¹³⁷ Revised Explanatory Memorandum, The Counter-Terrorism Legislation Amendment(Foreign Fighters) Bill 2014 (Cth) 48, side 236

¹³⁸ Dr Keiran Hardy, Professor George Williams, Review of Commonwealth Laws for Consistency with Traditional Rights, Freedoms and Privileges(25.02.2015), Australian Law Reform Commission, <http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/subs/22._org_gilbert_and_tobin_centre_for_public_law_alrc_freedom_s_sub.pdf>

¹³⁹ Criminal Code Act 1995(Cth), s 119.1(a)

¹⁴⁰ Revised Explanatory Memorandum, The Counter-Terrorism Legislation Amendment(Foreign Fighters) Bill 2014 (Cth) 48, side 236

overvåking av situasjonen, for hvis den ikke blir tilpasset kan den både føre til at områder det ikke er aktuelt at skal være omfattet av bestemmelsen, vil være det, og at det vil være lovlig å reise til og oppholde seg i konfliktområder der det er stor risiko for radikaliserings.

Likevel er konflikter i konstant endring. Både trusselbildet, konfliktområdene og hva som er ansett som et aktverdig formål med et besøk i en væpnet konflikt, vil variere med tiden. I fremtiden er det ikke sikkert at det er fremmedkrigere fra de islamistiske ekstremmiljøene som utgjør den største trusselen, og straffebestemmelsen må også være skikket til å håndtere slike endringer.¹⁴¹ Selv om § 145 er utført med vide rettsvilkår, vil en lovbestemmelse som foreslått i oppgaven være mye mer dynamisk, og kan enkelt endres i takt med nye utviklinger.

Ut fra de overnevnte vurderingene fremstår oppgavens foreslåtte reguleringsmåte som en mer hensiktsmessig og god kriminaliseringsmåte av fremmedkrigere fra Norge. Bestemmelsen inneholder færre generelle og uklare formuleringer, og oppfyller legalitetsprinsippet og presisjonskravet på en bedre måte enn § 145. Den foreslåtte bestemmelsen synes også å være bedre tilpasset et rettsområde som er i stadig endring, og fremstår som en bedre og mer hensiktsmessig regulering enn slik § 145 er utformet i dag.

¹⁴¹ Justitsministeriet, Udkast til Forslag til Lov om ændring af straffeloven (Væbnede konflikter i udlandet mv.), 8. April 2016, https://www.politi.dk/NR/rdonlyres/90ACE678-17B0-4BF6-B016-EC75026A12BB/0/Forslagtillovom%C3%A6ndringafstraffeloven_v%C3%A6bnedekonflikteriudlandet_udkast.pdf, s. 15

5. Litteraturliste

Lover og forarbeid:

Lover

Kongerikets Norges Grunnlov, 17. Mai 1814

§ 96

§96

Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven), 22. Mai nr. 10. 1902:

§133

Lov om straff (Straffeloven), 20. Mai Nr. 28. 2005:

§ 2

§ 5

§ 16

§ 15

§ 21

§ 22

§ 25

§ 145

§ 146

§ 275

§§ 213-274

§ 128

§ 131

§ 136 a

§§ 101-110

Lov angående forholdsregler for å hindre deltagelse i krig i fremmed land (Lov om krigsdeltagelse i fremmed land), 19. mars 1937: (opphevet)

§ 1

The Counter-Terrorism Legislation Amendment(Foreign Fighters) Act 2014 (Cth)

Criminal Code Act 1995 (Cth)

Section 119

Danske straffelov kap. 13 § 114 j

Lovforarbeider:

NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkomisjonens delutredning VII, 2002-03-04

Ot.prp nr. 10 (1937)

Prop.44 L (2015-2016) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), Endringer i straffeloven mv. (militær virksomhet i væpnet konflikt m.m.), Justis- og beredskapsdepartementet

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

NOU 1992: 23 s. 105

NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII

Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 20 og 89 jf. NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII

Revised Explanatory Memorandum, The Counter-Terrorism Legislation Amendment(Foreign Fighters) Bill 2014 (Cth) 48

Justitsministeriet, Udkast til Forslag til Lov om ændring af straffeloven (Væbnede konflikter i udlandet mv.), 8. April 2016, https://www.politi.dk/NR/rdonlyres/90ACE678-17B0-4BF6-B016-EC75026A12BB/0/Forslagtillovom%C3%A6ndringafstraffeloven_v%C3%A6bnedekonflikte_i_udlandet_udkast.pdf

Traktater og internasjonale konvensjoner:

Security Council Unanimously Adopts Resolution Condemning Violent Extremism, Underscoring Need to Prevent Travel, Support for Foreign Terrorist Fighters. Publisert på FNs hjemmesider 24.09.2014.
(<http://www.un.org/pres/en>)

UN Security Council, *Security Council resolution 1372 (2001) [on Security Council resolution 1054 (1996) of 26 April 1996]*, 28 September 2001, S/RES/1372 (2001), available at: <http://www.refworld.org/docid/3c4e945523.html> [accessed 12 December 2016]

Implementation of Security Council resolution 2178 (2014) by States affected by foreign terrorist fighters (S/2015/683 of 2 September 2015)

Security Council Unanimously Adopts Resolution Condemning Violent Extremism, Underscoring Need to Prevent Travel, Support for Foreign Terrorist Fighters, United Nations, 24. September 2014,
<http://www.un.org/press/en/2014/sc11580.doc.htm> (nov. 2016)

Rome Statute of the International Criminal Court, 1998-07-17, artikkel 8

Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Genève 12. august 1949 og Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Genève 8. Juni 1977

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Genève 8. Juni 1977, artikkel 1

Den europeiske menneskerettskonvensjon

Artikkel 7

Domsregister:

Rt. 1958 s. 497

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 2014 s. 238

ICTY, Appeals Chamber, Judgement of 02 October 1995, Tadic (Jurisdiction)

Cantoni v. France (45/1995/551/637)

Juridisk litteratur:

David Samuel Malet, *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts*, George Washington University 2009

Thomas Hegghammer, *Norske fremmedkrigere i går og i dag*, Norsk statsvitenskapelig tidsskrift 04/2014

Erling Johannes Husabø and Ingvild Bruce (ass.), *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation*, Boston 2009

Linda Gröning, Erling Joannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016

Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012, s. 100

Jørn Vestergaard, *Fremmedkrigere i terroristers theneste – internationale, europæiske og dansk regler om foreign terrorist fighters*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, s.407

Erling Johannes Husabø, *Pre-aktiv strafferett*, Tidsskrift for strafferett 2003

Tor-Aksel Busch, *Reaktiv kriminalitetsbekjempelse i 2020*, Tidsskrift for strafferett nr. 10 2010

Tor-Geir Myhrer, *Ny straffelov*, Jussens Venner 2008 s. 95-136 (JV-2008-95)

Jon Wessel-Aas, *Abnormal frihet?*, Minerva (<https://www.minervanett.no/abnormal-frihet/>), publisert 19.03.2010

Erling Johannes Husabø, *Pre-aktiv strafferett*, Tidsskrift for strafferett 2003 s 97-106, 2003

Thomas Frøberg, *Forsøksansvarets yttergrenser: forsøk på forsøk og uaktsomt forsøk*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 125, 1-2/2012

Thomas Frøberg, *Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsipp*, Jussens Venner 01-02/2015 (Volum 50)

Rapporter:

Politiets Sikkerhetstjeneste, *Åpen Trusselvurdering 2014*,
http://www.pst.no/media/67044/PSTs_tv2014.pdf, (nov 2016)

Forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere),
Høring av 4. Juli 2014, Justis- og beredskapsdepartementet

Åpen Trusselvurdering 2014, Politiets Sikkerhetstjeneste,
http://www.pst.no/media/67044/PSTs_tv2014.pdf (nov. 2016)

Politiets Sikkerhetstjeneste, Trusselvurdering 2016, januar 2016,
http://www.pst.no/media/81096/PST_Brosjyre_Trussel_NORSK.pdf (des. 2016)

Politiets Sikkerhetstjeneste, Trusselvurdering 2015,
http://www.pst.no/media/74351/PSTs_tv2015-2.pdf (des. 2016)

Høringssvar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til
væpnet konflikt (fremmedkrigere), Generaladvokaten, 17.10.2014,
<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/ga.pdf> (des
2016)

Høringssvar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Etterretningstjenesten, 21.07.2014,
<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/etterretningstjenesten.pdf> (des 2016)

Høringssvar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), Forsvarets Høgskole, 30.09.2014,
<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/forsvarets-hogskole.pdf> (des 2016)

Høringssvar til Høringsnotat - forslag om kriminalisering av visse handlinger knyttet til væpnet konflikt (fremmedkrigere), 17.10.2014,
<https://www.regjeringen.no/contentassets/e6e8a18b1f714a97b284821a6796b5f3/kripos.pdf> (des 2016)

Zifcak, Spencer. Proportionality lost (January 2015). Arena Magazine (Fitzroy, Vic), No. 133, Dec 2014 - Jan 2015: 20-23.
<<http://search.informit.com.au.ezproxy.library.uq.edu.au/documentSummary;dn=852766378742985;res=IELAPA>>

Hardy, Keiran and Williams, George. National security reforms stage two : foreign fighters. LSJ : LAW SOCIETY OF NSW JOURNAL; (7) December 2014: 68-69.
<<http://search.informit.com.au.ezproxy.library.uq.edu.au/fullText;dn=20152135;res=AGISPT>> ISSN:1839-5287.>

Rhys Ryan, Foreign Fighters Bill: Expanded Counter-Terrorism Laws Encroach On Human Rights (17.12.2014) Right Now, Human Rights Australia, <<http://rightnow.org.au/writing-cat/article/foreign-fighters-bill-expanded-counter-terrorism-laws-encroach-on-human-rights/>

Dr Keiran Hardy, Professor George Williams, Review of Commonwealth Laws for Consistency with Traditional Rights, Freedoms and Privileges(25.02.2015), Australian Law Reform Commission,
http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/subs/22._org_gilbert_and_tobin_centre_for_public_law_alrc_freedoms_sub.pdf

Justitsministeriet, Udkast til Forslag til Lov om ændring af straffeloven (Væbnede konflikter i udlandet mv.), 8. April 2016, https://www.politi.dk/NR/rdonlyres/90ACE678-17B0-4BF6-B016-EC75026A12BB/0/Forslagtillovom%C3%A6ndringafstraffeloven_v%C3%A6bnedekonflikte_i_udlandet_udkast.pdf