

KAPITTEL 3

Fredløse fremmedkrigere? Om deltakerbegrepet i den norske straffeloven § 136 a

Lars Christie

Postdoktor, Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, Oxford
University og førstemanuensis II, Institutt for filosofi, idé- og
kunsthistorie og klassiske språk, Universitetet i Oslo

1 Innledning

Deltakelse i en terrororganisasjon er ifølge straffeloven § 136 a straffbart.¹ Paragrafen har følgende ordlyd:

Med fengsel inntil 6 år straffes den som danner, deltar i, rekrutterer medlemmer eller yter økonomisk eller annen materiell støtte til en terrororganisasjon, når organisasjonen har tatt skritt for å realisere formålet med ulovlige midler.

Medvirkning straffes ikke.

Mitt hovedanliggende i dette kapitlet er å belyse spørsmålet om hvorvidt måten § 136 a kriminaliserer deltakelse i terrororganisasjoner på, lar seg forsvare moralsk.² I artikkelen forutsetter jeg at minst to krav må være innfridd for at et

1 Straffeloven (2005) § 136 a tilsvarende straffeloven (1902) § 147 d.

2 Artikkelen gir ikke en uttømmende lovhistorisk utredning for denne paragrafen, men trekker fram relevante lovforarbeider og rettsavgjørelser for å illustrere deltakerbegrepets mangetydighet, samt

straffebud skal kunne forsvarers moralsk. For det første må straffebudet omhandle observerbar aktivitet og ikke rene tankehandlinger eller hensikter som ikke er kommunisert gjennom adferd, hvor enn klanderverdige disse måtte være (her kalt aktivitetskravet).³ For det andre må lovteksten i straffebudet være tilstrekkelig klar til at straffebudet fungerer handlingsveiledende for de personer loven gjelder for (her kalt klarhetskravet).⁴

I dette kapitlet kritiserer jeg lovteksten i § 136 a for ikke å innfri klarhetskravet. Jeg viser til at begrepet deltakelse lar seg fortolke på ulike måter, og påpeker at både lovgiver og domstol veksler mellom ulike fortolkninger av begrepet. Videre argumenterer jeg med at de eneste tolkningsforslagene som innfrir både aktivitets- og klarhetskravet, er tolkningsforslag som i utstrakt grad dekker forhold som allerede er kriminalisert i straffeloven. I konklusjonen foreslås det primært at deltakerbegrepet erstattes med en mer presis beskrivelse av de forhold lovgiver ønsker å kriminalisere. Sekundært foreslås det at lovgiver i selve lovteksten tydeliggjør hva som legges i deltakerbegrepet, samt at grenseoppgangen mot andre straffebud klargjøres for å unngå at samme forhold kriminaliseres ulike steder i lovteksten.

2 Deltakerbegrepets mangetydighet

Deltakerbegrepet har ingen naturlig klar og entydig forståelse, men kan fortolkes på ulike måter.⁵ Det er uklart i hvilken grad begrepet skal defineres på en subjek-

hvilke problemer de ulike måtene å forstå deltakelse byr på. Artikkelen tar heller ikke mål av seg å gi en fyllestgjørende redegjørelse for alle straffebud i straffeloven der deltakerbegrepet anvendes. I hvilken grad artikkelens kritikk av deltakerbegrepet slik det anvendes i § 136 a, har relevans for andre straffebud, må overlates til en senere anledning.

- 3 Justisdepartementet formulerer samme grunnidé når de i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) slår fast at «en psykisk innstilling, dvs. planer eller et ønske om å begå straffbare handlinger, ikke alene kan danne grunnlag for straffansvar, selv ikke om planene er av utpreget kriminelt slag» (s. 89).
- 4 Klarhetskravet overlapper med det som omtales som den materielle siden av legalitetsprinsippet i juridisk teori. Kravene er kun ment som nødvendige, men ikke tilstrekkelige betingelser for at straffebudet skal kunne forsvarers moralsk. Det avgrenses likevel mot rent konsekvensetisk berettigelse av straff. En slik begrunnelse ville åpnet for en rent instrumentell rettferdiggjøring av straff, der uskyldig adferd kan straffes såfremt straffebudet samlet sett oppnår gode konsekvenser for samfunnet. Jeg anser en rent konsekvensialistisk begrunnelse for straff som moralsk uholdbar, men kan ikke gå inn på en generell debatt om konsekvensetikken styrker og svakheter i denne artikkelen.
- 5 At Justisdepartementet og flere av høringsinstansene deler vurderingen av deltakerbegrepet som mangetydig, fremkommer i Ot.prp. nr. 62 (2002–2003) og i høringsbrevet til Ot.prp. nr. 8

tiv måte, med utgangspunkt i deltakerens sinnelag, eller på en objektiv måte med utgangspunkt i en ytre beskrivelse av deltakerens handlinger.

2.1 Deltakelse forstått subjektivt

På en skala fra en subjektiv til en objektiv fortolkning av begrepet deltakelse kan vi i den ene enden se for oss en rent subjektiv forståelse, der det å sympatisere med eller å ha til hensikt å delta i en organisasjon eller aktivitet er tilstrekkelig for å dekkes av deltakerbegrepet. I lovforarbeidene formulerer Justisdepartementet sine betenkeligheter mot å kriminalisere deltakelse på en måte som kan tyde på at de baserer seg på en fortolkning i nærheten av den subjektive enden av spektrumet. I Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), der spørsmålet om «deltakelse i en terrorgruppe» ble vurdert kriminalisert for første gang, avviste Justisdepartementet forslaget blant annet på bakgrunn av følgende betenkeligheter:

Norsk strafferett bygger på en tradisjon der straffansvar knytter seg til konkrete handlinger, og ikke til deltakelse i en organisasjon. Skal det gjøres unntak fra dette, med de rettssikkerhetsmessige ulempene det medfører, krever det en god begrunnelse. Høringen har etter departementets mening ikke avdekket noen slik.⁶

I Prop. 131 L (2012–2013) gjentas denne innvendingen mot forslaget om å kriminalisere deltakelse (selv om departementet i denne omgang mente at det nå forelå en tilstrekkelig god begrunnelse for å gjøre et unntak fra denne tradisjonen):⁷

En slik bestemmelse [om å kriminalisere deltakelse i terrororganisasjoner] ble likevel ikke foreslått idet departementet mente den reiste prinsipielle betenkeligheter og

(2007–2008). I Ot.prp. nr. 62 (2002–2003) vurderte departementet enten å kriminalisere det å inngå forbund om alvorlige straffbare handlinger, eller det å delta aktivt i en organisert kriminell gruppe. I den forbindelse trakk departementet fram at riksadvokaten, Oslo statsadvokatembeter og Den norske advokatforening i høringsrunden hadde gitt uttrykk for at forbundsalternativet «gir en klarere angivelse av området for det straffbare» (s. 26). Departementet sa seg enig i denne vurderingen. Departementet konkluderte med å gå inn for forbundsalternativet, blant annet fordi dette ville innebære en mindre grad av skjønnsmessige vurderinger.

6 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), s. 195.

7 En faktor som ser ut til å ha medvirket til at Justisdepartementet endret mening fra Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) til Prop. 131 L (2012–2013) med hensyn til tilrådeligheten av å kriminalisere deltakelse i terrororganisasjoner, er at Politiets sikkerhetstjeneste endret mening om dette spørsmålet (Prop. 131 L (2012–2013), s. 38). Under det konkluderende avsnittet «Departementets vurdering» i Prop. 131 L (2012–2013) nevnes ikke den tidligere reiste prinsipielle betenkeligheten overhodet (s. 41).

ville kunne være vanskelig å håndheve. Den ville dessuten bryte med norsk strafferettstradisjon som knytter straffansvaret til konkrete handlinger. Således ble det ikke lagt frem et slikt forslag.⁸

I flere domsavsigelser der § 136 a (§ 147 d) har kommet til anvendelse, gjentar retten at forbudet mot deltakelse innebærer at straffansvaret ikke knyttes til konkrete handlinger.⁹ I en dom fra lagmannsretten konkluderer retten med at det er «gode grunner» til at «det å sverge troskap alene er tilstrekkelig til domfellelse etter § 147 d (136 a)».¹⁰ Dette kan tale for en fortolkning av deltakerbegrepet i nærheten av det subjektive ytterpunktet på skalaen.

En fullt ut subjektiv fortolkning av deltakerbegrepet må likevel avvises som uholdbar. For det første vil det bryte med kravet om at kun observerbar adferd er legitim gjenstand for kriminalisering. For det andre vil en fullt ut subjektiv forståelse bryte med en naturlig språklig forståelse av deltakerbegrepet, ettersom det likestiller det å ville eller ha til hensikt å delta i en organisasjon (heretter omtalt som deltakerforsett) med faktisk å delta i en organisasjon. En slik subjektiv forståelse vil dermed viske ut skillet mellom å forsøke å delta og å lykkes i å delta i en organisasjon, da enhver som «lykkes med» å forme et forsett om å delta i en organisasjon, etter denne subjektive forståelsen vil regnes som deltaker i denne organisasjonen. Det er vanskelig å se hvorfor vi skal godta en slik radikal språklig utvidelse av delta-

8 Prop. 131 L (2012–2013), s. 36.

9 Eksempelvis skriver Oslo tingrett i en sak der denne paragrafen kom til anvendelse: «Det er altså deltakelse i seg selv som er straffbart, og det er således ikke noe krav om at straffansvaret må knyttes til konkrete handlinger» (TOSLO-2015-175034, s. 9). I en annen og nyere dom fra Oslo tingrett viser retten til Justisdepartementets nettopp siterte betenkeligheter i Ot.prp. nr. 8 (2007–2008). Retten avviser betenkelighetene slik: «Departementet mente imidlertid at en slik straffebestemmelse [kriminalisering av deltakelse i en terrororganisasjon] ville reise prinsipielle betenkeligheter og ville kunne være vanskelig å håndheve. Den ville dessuten bryte med norsk strafferettstradisjon som knytter straffeansvar til konkrete handlinger. Denne tradisjonen ble imidlertid brutt allerede i 2008 ved vedtakelsen av straffeloven § 147 c (med senere endringer) som kriminaliserte oppfordring, rekruttering og opplæring til terrorhandling.» TOSLO-2016-84225-2, s. 21.

10 LB-2015-108037, s. 9. Videre kan det virke som en overveiende subjektiv fortolkning av deltakerbegrepet legges til grunn når domstolen definerer varigheten av tiltaltes deltakelse. For eksempel begrunner lagmannsretten konklusjonen om at tiltalte forble deltaker i IS helt frem til pågripelsen, med at han dagen før pågripelsen i en samtale med en annen tiltalt hadde sagt at han hadde «lyst til å kappe hodene på alle som er imot Den islamske staten (Dawla) på grunn av tingen, for brødrene», og at han noen timer før pågripelsen «liket» ISIL på Facebook (LB-2015-108037, s. 17).

kerbegrepet, og hvordan en slik utvidelse kan gi grunnlag for en tilsvarende radikal utvidelse av det strafferettslige ansvaret.¹¹

2.2 Deltakelse fortolket både subjektivt og objektivt

En mer sammensatt fortolkning av deltakerbegrepet ser deltakerforsett kun som en nødvendig og ikke en tilstrekkelig betingelse for at et forhold skal omfattes av deltakerbegrepet. For at et forhold skal dekket av deltakerbegrepet, må det etter denne fortolkningen foreligge både et subjektivt element i form av deltakerforsett og et objektivt element i form av en ytre aktivitet/handling. En slik sammensatt forståelse vil ikke bryte med tradisjonen om å knytte straffansvar til konkrete handlinger, slik Justisdepartementet påpekte i lovforarbeidet. Deltakelse forutsetter ifølge denne forståelsen at en person, i tillegg til å besitte deltakerforsett, bidrar til organisasjonens opprettholdelse i form av ulike aktiviteter (heretter omtalt som «bidragsytende aktiviteter»), der dette igjen med nødvendighet innebærer å utføre en konkret handling (eller en serie handlinger).

Justisdepartementet ordlegger seg flere steder på måter som gir inntrykk av at deltakerbegrepet skal forstås i denne retning. Både i høringsbrevet¹² i forkant av Prop. 131 L og i proposisjonen¹³ skriver Justisdepartementet at kriminalisering av deltakelse innebærer en utvidelse av grensen for medvirkningsansvar, og angir dette som grunn for at medvirkning til deltakelse i seg selv ikke kriminaliseres. En lignende fortolkning ser ut til å ligge til grunn når departementet forklarer deltakerbegrepet på følgende måte i Prop. 131 L (2012–2013):

Ulike former for bidrag til organisasjonen rammes. Deltakelse er meget vidtfavnende, og vil blant annet kunne ramme den som anskaffer våpen, datamateriell, kjemikalier eller annet utstyr til å begå en terrorhandling [...] Også det å oppfordre til terrorhandling og inspirere til aksjoner kan etter omstendighetene omfattes.¹⁴

I samme proposisjon forklares det at forslaget om å kriminalisere deltakelse i terrororganisasjoner er «myntet på dem som på ulikt vis bidrar til å danne og opprett-

11 For en generell drøftelse av problemstillingen knyttet til «subjektivering» av straffansvar, se Husabø 2004.

12 Høring – kriminalisering av forberedelse til terrorhandling, utvidet adgang til tvangsmiddelbruk, og endringer i straffeloven 1902 § 60 a. Oslo, s. 28.

13 Prop. 131 L (2012–2013), s. 87.

14 Prop. 131 L (2012–2013), s. 77.

holde en terrororganisasjon, for eksempel ved å verve medlemmer, styre, eller yte materiell støtte». ¹⁵

Det som særpreger denne forståelsen, er at straffansvaret ikke knyttes til klart definerte forhåndsspesifiserte handlinger. Til tross for at denne forståelsen av deltakelse innebærer et klart ytre aktivitetskrav, vil spørsmålet om hvorvidt en gitt aktivitet dekkes av deltakerbegrepet avgjøres av forsettet aktiviteten utføres med. Dette innebærer at en og samme aktivitet, objektivt beskrevet, kan falle innenfor eller utenfor deltakerbegrepet avhengig av gjerningspersonens hensikt. Et eksempel på dette er humanitær bistand, som departementet eksplisitt åpner for at kan omfattes av deltakerbegrepet, dersom dette bedrives i rekrutteringsøyemed. ¹⁶ Da dette spørsmålet ble vurdert i lagmannsretten, fastslo retten at «formålet med det humanitære arbeid skal vektlegges» for å avgjøre hvorvidt humanitært arbeid som kommer IS til gode, faller under deltakerbegrepet. ¹⁷

Det er flere svakheter ved den sammensatte forståelsen av deltakelse som bidragsytende aktiviteter utført med et særskilt deltakerforsett. Den største svakheten er at denne fortolkningen gjør at begrepet overlapper med forhold som allerede er gjort straffbare i norsk lov. Paragraf 136 a kriminaliserer i tillegg til deltakelse i en

15 Prop. 131 L (2012–2013), s. 41.

16 Prop. 131 L (2012–2013), s. 87.

17 LB-2015-108037, s. 9. Lagmannsretten skriver også: «Etter lagmannsrettens syn er det klare forskjeller mellom en lege som uten å være medlem i noen terrororganisasjon, jobber på et sykehus i et terrorkontrollert område (som i departementets eksempel), og et medlem i terrororganisasjonen som i tillegg til oppgaver av militær art bistår med for eksempel utdeling av mat og medisiner. I den grad legen ved sitt arbeid bidrar til opprettholdelse av terrororganisasjonen, er dette en utilsiktet bivirkning, mens det motsatte vil være tilfellet for medlemmet i terrororganisasjonen. Ifølge de sakkyndige har ISIL som en bevisst strategi å vinne oppslutning – å vinne hearts and minds, som de uttrykte det – ved for eksempel å drive sykehus og dele ut mat og medisiner. Formålet med straffebestemmelsen taler for at det humanitære arbeid under slike forutsetninger anses som deltakelse. Det er også en klar forskjell mellom humanitært arbeid i regi av Røde Kors og lignende organisasjoner og humanitært arbeid i regi av en terrororganisasjon.» S. 9. Det er rom for å tolke retten dit hen at den mener det er organisasjonens hensikt og ikke den individuelle hjelpearbeiderens hensikt som avgjør hvorvidt hjelpearbeidet faller inn under deltakerbegrepet. Dette ville være en oppsiktsvekkende tolkning, da det ville betydd at retten fortolker det objektive straffevilkåret i lys av andre personers forsett. Å hevde at tiltaltes eget forsett defineres av andre, ville også være misvisende. Forsett og formål besittes av individer og knytter seg til individets egne handlinger, og mens man kan tilrettelegge for andres handlinger med eller uten forsett, kan man ikke direkte ha en *hensikt* (eller andre former for forsett) med andres handlinger. Dette tolkningsforslaget ville også være egnet til å skape forvirring, ettersom det vil være usikkert hvem sitt forsett straffbarheten avledes fra, spesielt i tilfeller der flere parter tilrettelegger for en og samme handling.

terrororganisasjon også rekruttering og økonomisk og annen materiell støtte til terrororganisasjon. Justisdepartementets eksempler på hva deltakerbegrepet omfatter («den som anskaffer våpen, datamateriell, kjemikalier eller annet utstyr til å begå en terrorhandling» og «det å oppfordre til terrorhandlinger og inspirere til aksjoner»),¹⁸ er allerede dekket i andre deler av samme § 136 a («rekruttering, økonomisk eller annen materiell støtte») eller i andre paragrafer i straffeloven (spesielt § 137, som forbyr oppfordring, rekruttering og opplæring til terrorhandlinger).¹⁹ En som «anskaffer våpen, datamateriell, kjemikalier eller annet utstyr til å begå en terrorhandling», vil derfor kunne omfattes av gjerningsbeskrivelsen for både «deltakelse» og «materiell støtte» i samme lovparagraf. Dette er bekymringsfullt, særlig når lagmannsretten i nevnte domsavsigelse gjør det klart at den anser deltakelse som et isolert forhold det knytter seg et separat straffansvar til, utover det å rekruttere eller yte materiell støtte (en beslutning Høyesterett ikke omgjorde da straffutmålingen i denne saken ble anket).²⁰ For at dette skal kunne forsvares, må det kunne troverdiggjøres at dette er ulike forhold som er kriminalisert for å verne om ulike interesser. Det er vanskelig å se hva disse ulike interessene skulle være. Når departementet forklarer at deltakerforbudet er «myntet på dem som på ulikt vis bidrar til å danne og opprettholde en terrororganisasjon, for eksempel ved å verve medlemmer, styre, eller yte materiell støtte»,²¹ er det klart at slike bidragsytende handlinger er eksempler på deltakelse, ikke ulike straffebud som verner om ulike interesser.

Hvis deltakerbegrepet fortolkes som en sekkekategori som plukker opp mer vidtfavnende former for medvirkning til opprettholdelse av en terrororganisasjon enn de handlinger som allerede er dekket i loven, herunder psykisk medvirkning i form av moralske og politiske støtteerklæringer, innebærer det en åpenbar fare for dobbelkriminalisering så lenge mange av elementene i denne kategorien er skilt ut som separate straffbare forhold som forfølges parallelt med deltakerforholdet. Det

18 Prop. 131 L (2012–2013), s. 87.

19 Straffeloven § 137 har følgende ordlyd: «Med fengsel inntil 6 år straffes den som transporterer, skjuler eller på annen måte medvirker til at noen som har begått en straffbar handling som nevnt i §§ 131, 134, 135 eller §§ 138 til 144, unndrar seg straffølgningen eller en idømt straff. Den som har gitt bistand som nevnt i første ledd til en av sine nærmeste, straffes ikke.»

20 LB-2015-108037, s. 31. Da saken ble anket, støttet Høyesterett synet om at tiltalte skulle straffes for materiell støtte til IS i tillegg til sin deltakelse i organisasjonen (HR-2016-1422-A, domspremiss 31). Se også dommen mot Ubaydullah Hussain, der Oslo tingrett vurderte deltakelse, rekruttering og økonomisk støtte som separate straffbare forhold til tross for at retten også vurderte rekruttering og økonomisk støtte som «avarter av deltakelse» (TOSLO-2016-84225-2, s. 114).

21 Prop. 131 L (2012–2013), s. 41.

er en kjent problematikk fra andre områder i straffeloven at det kan oppstå tvil om tiltalte har gjort seg skyldig i flere selvstendige lovbrudd eller ett sammenhengende lovbrudd. Det samme problemet gjør seg gjeldende dersom man forstår deltakelse som en serie forsettlig utførte bidragsytende aktiviteter. Ut fra en slik forståelse kan de konkrete handlingene til støtte for organisasjonen enten sees på som en serie selvstendige brudd på forbudet mot å rekruttere og yte økonomisk eller materiell støtte, eller som en sammenhengende deltakervirksomhet. Faren er derfor at en slik forståelse åpner for at man kan dømmes *både* for en serie enkeltstående overtredelser og for et sammenhengende lovbrudd, når dette i realiteten er snakk om samme adferd beskrevet på ulike måter.

En annen svakhet med å forstå deltagerbegrepet slik at det inkluderer bidragsytende handlinger til støtte for en organisasjon utført med særlig deltakerforsett, er at denne forståelsen, i likhet med den rent subjektive, ikke fanger opp et naturlig språklig skille mellom deltakelse og mislykkede forsøk på deltakelse. Det er rimelig å anta at et kriterium for at en person skal regnes for å delta i en gruppe, er at også *andre* deltakere i gruppen anerkjenner vedkommende som meddeltaker. Dersom dette kriteriet avvises, vil deltakerstatusen kunne avgjøres utelukkende av en persons selvoppfattelse og handlinger. En person som gjennom sine handlinger utviser vilje til å delta i en gruppes handlinger, men som ikke anerkjennes av andre deltakere i gruppen, vil normalt ikke kunne påberope seg deltakerstatus nettopp fordi anerkjennelse fra andre deltakere er et rimelig kriterium for å bestemme om noen skal omfattes av deltagerbegrepet.

Denne observasjonen peker i retning av en tredje mulig fortolkning av deltagerbegrepet, som i tillegg til deltakerforsett og bidragsytende aktiviteter forutsetter andre deltakers anerkjennelse av gjerningspersonen som en deltaker. Dette er, slik jeg oppfatter det, den mest naturlige språklige fortolkningen av deltagerbegrepet. Dette er også en fortolkning som retten ser ut til å legge til grunn når den ved flere anledninger omtaler en tiltalt som en «vanlig menig» i IS.²² Beskrivelsen av tiltalte som en «vanlig menig» gir et utvetydig inntrykk av at retten her legger til grunn at tiltalte i tillegg til å ha innfridd det subjektive kravet om forsett, og det objektive kravet om bidragsytende aktiviteter, også blir *anerkjent* som deltaker av andre deltakere i IS, ettersom man knapt kan beskrive noen som menig i en organisasjon uten at man samtidig antar at vedkommende er blitt innvilget denne statusen av andre som er

22 TOSLO-2016-84225-2, s. 111, HR-2016-1422-A, s. 6, LB-2016-150638, s. 27, LB-2015-108037, s. 31.

høyere plassert i samme organisasjonen. En slik fortolkning går langt i å anse medlemskap i en organisasjon som en forutsetning for deltakelse.²³ Denne fortolkningen vil imidlertid øke beviskravene for at deltakelse skal sannsynliggjøres, betraktelig, ettersom også andre deltakers anerkjennelse av tiltalte som meddeltaker må bevises.

Videre vil denne fortolkningen innebære den samme risikoen for at deltakerbegrepet overlapper med forhold som allerede er gjort straffbare i samme straffebud, men også øke faren for ytterligere overlapp med andre forhold som er gjort straffbare i norsk lov, spesielt med § 133, som kriminaliserer det å «inngå forbund med noen om å begå» en straffbar terrorhandling.²⁴ At flere rettsinstanser har idømt straff både for inngåelse av terrorforbund og for deltakelse i IS, er derfor betenkelig.²⁵ Det er vanskelig å forstå hvilke interesser forbudet mot deltakelse i en terrororganisasjon verner som ikke allerede vernes av forbudet mot å inngå forbund med noen om å begå en terrorhandling. Dersom man ønsker å adskille deltakelse og inngåelse av forbund, er det mest nærliggende å se forskjellen som en forskjell i grad (der forbundsinngåelse representerer en grovere interessekrenkelse enn deltakelse) og ikke i art. Slik sett kan det vanskelig forsvares å ilegge straff både for å inngå et forbund med IS om å begå eller medvirke til å begå en terrorhandling og i tillegg for å delta i IS.²⁶

23 Denne forståelsen av deltakerbegrepet er i tråd med Kjerschow 1930. I sin kommentarutgave til straffeloven (1902) uttaler Kjerschow at formuleringen «deltar i en forening», slik det fremgår i straffeloven (1902) § 330, må antas å omfatte «ethvert medlem av foreningen, d.v.s. enhver som gjennom uttrykkelig erklæring eller ifølge konkludente handlinger har uttalt sin vilje om å være medlem og er godtatt som sådan. Det er ikke nødvendig, at der påvises en spesiell virksomhet fra vedkommendes side for foreningens formål, når han kun underkaster sig foreningens beslutninger og betrakter sig og betraktes som medlem» (Kjerschow 1930). Kjerschow ser ut til å anse medlemskap som en nødvendig betingelse for deltakelse i en forening, og at et anerkjennelseskriterium er nødvendig for medlemskap. Dette står imidlertid i motsetning til hvordan retten har forstått deltakerbegrepet i straffeloven § 136 a, slik det fremgår i domsavsigelsene LB-2016-150638, s. 18 og LB-2015-108037, s. 9, der retten slår fast at medlemskap ikke skal anses som en forutsetning for deltakelse.

24 Straffeloven § 133 har følgende ordlyd: «Med fengsel inntil 10 år straffes den som planlegger eller forbereder en terrorhandling ved å inngå forbund med noen om å begå en straffbar handling som nevnt i §§ 131, 138, 139, 141, 142, 143 eller 144. Med fengsel inntil 3 år straffes den som inngår forbund med noen om å begå en straffbar handling som nevnt i §§ 137 eller 140.»

25 LB-2016-150638 og TOSLO-2015-47166. Faren for overlapp mellom en forbundsbestemmelse og en deltakerbestemmelse er tydeligvis anerkjent av Justisdepartementet, da departementet i Ot.prp. nr. 62 (2002–2003) vurderte å kriminalisere *enten* det å inngå forbund om alvorlige straffbare handlinger eller det å delta aktivt i en organisert kriminell gruppe, men ikke begge deler.

26 Se HR-2003-532-A - Rt. 2003 s. 1376 - UTV-2003-1337. «Flere straffebud anvendes bare når dette er nødvendig for å markere momenter ved den straffbare handling som ikke blir markert om man bare anvender ett straffebud.»

2.3 Deltakelse fortolket objektivt

På en skala fra en subjektiv til en objektiv fortolkning av deltakerbegrepet kan vi til slutt vurdere et forslag om å forstå deltakelse på en rent objektiv måte, uten referanse til subjektive elementer overhodet (hverken gjerningspersonens eller andres). Både Justisdepartementet og domstolen ser enkelte steder ut til å gå langt i retning av forståelse av deltakerbegrepet som en rent objektiv gjerningsbeskrivelse. Blant annet skriver Justisdepartementet at kravet til skyld innebærer at den som deltar, må utvise forsett med hensyn til alle straffbarhetsbetingelsene, det vil si sin deltakelse i organisasjonen, at organisasjonen er en terrororganisasjon, og at den har «tatt skritt for å realisere formålet med ulovlige midler».²⁷ I nevnte dom fra lagmannsretten, der § 136 a kom til anvendelse, fant retten det hevet over enhver rimelig tvil at de tiltalte «var klar over sin deltakelse».²⁸

Gjennom disse formuleringene gir både departementet og retten inntrykk av at vurderingen av hvorvidt en gitt aktivitet dekkes av deltakerbegrepet, og vurderingen av hvorvidt denne aktiviteten er begått med forsett, er to separate vurderinger. Dersom deltakelse *forutsatte* både subjektivt forsett og objektivt aktivitetskrav, ville tilleggskravet om at personen utviser forsett med hensyn til sin deltakelse, eller er klar over sin deltakelse, ikke gi mening.²⁹ En objektiv forståelse av deltakelse som omfatter aktiviteter som bidrar til organisasjonens opprettholdelse, ville naturligvis være urimelig vidtfavnende. Uten referanse til hverken gjerningspersonens eller andre deltakers subjektive sinnstilstand åpner en rent objektiv forståelse for at en person kan omfattes av deltakerbegrepet uten at hverken personen selv eller andre deltakere er klar over dette. Det sier seg selv at en slik utvidelse av deltakerbegrepet er såpass langt unna en naturlig forståelse av hva det vil si å delta i en organisasjon, at det ikke kan forsvares å kriminalisere dette forholdet via deltakerbegrepet.

27 Prop. 131 L (2012–2013), s. 42.

28 LB-2015-108037, s. 25. Lagmannsretten sa seg dermed enig i konklusjonen fra Oslo tingrett i samme sak, som tidligere hadde funnet det bevist hinsides rimelig og fornuftig tvil at tiltalte «i objektiv henseende har forholdt seg som beskrevet i tiltalebeslutningens post I [overtredelse av § 147 d]», og at de hadde «handlet med forsett både med hensyn til sin deltagelse i ISIL, og med hensyn til at ISIL på handlingstiden var en terrororganisasjon som hadde tatt skritt for å realisere sine mål med ulovlige midler». TOSLO-2015-175034, s. 15.

29 Med mindre vi åpner for at en person kan være uvitende om sitt eget forsett. En diskusjon av dette alternativet anses ikke som relevant i denne sammenheng. For et argument for at vi ikke alltid kan ha kjennskap til vår egen mentale tilstand, herunder forsett, se Williamson 2002.

En alternativ måte å fortolke deltakelse objektivt på kan hentes fra diskusjonen om hvordan psykisk medvirkning kan gis et objektivt gjerningsinnhold. I en diskusjon om hvordan begrepet «solidariserende atferd» skal fortolkes innen medvirkningslæren, trekker Høgberg og Tøssebro veksler på hvordan begrepet «konkludent adferd» anvendes som objektiv adferdsbeskrivelse innen den privatrettslige læren. I henhold til denne læren er det ikke avgjørende hva gjerningspersonen mente å formidle, eller hva mottakeren rent faktisk forstod. Hvorvidt en gjerningsperson kan sies å ha utvist konkludent adferd, kan ifølge Høgberg og Tøssebro avgjøres ved å fastslå «hva en medkontrahent i god tro er berettiget til å forvente hensett til den totale konteksten som ledsager handlingen».³⁰ Med utgangspunkt i denne forståelsen kunne man kanskje hevde at enhver som oppfører seg på en måte som gir andre deltakere grunn til å forvente at man er en deltaker, er dekket av deltakerbegrepet, uavhengig av gjerningspersonens faktiske forsett.

En forståelse av deltakerbegrepet som likestiller det å *være* en deltaker med det å oppføre seg på en måte som gir andre god grunn til å tro at man er det, vil imidlertid invitere til noen åpenbare innvendinger. Den første innvendingen knytter seg til hvordan begrepet konkludent adferd skal forstås. Er det tilstrekkelig å oppføre seg på en måte som gir én annen person god grunn til å tro at gjerningspersonen er en deltaker, for at gjerningspersonen kan sies å ha utvist konkludent adferd? Det er ikke vanskelig å forestille seg at en pasient som blir behandlet ved et sykehus i et IS-kontrollert område, kan være berettiget i å tro at en i realiteten uavhengig helsearbeider er deltaker i IS, i en kontekst der helsearbeideren behandler stridende og sivile om hverandre. Det virker urimelig å trekke slutningen at helsearbeiderens aktiviteter bør omfattes av lovens deltakerbegrep, basert på hva denne pasienten hadde god grunn til å tro. Forslaget til forståelse av deltakerbegrepet som konkludent adferd forutsetter ikke at gjerningspersonen eller noen andre *faktisk* tror at gjerningspersonen er en deltaker, bare at adferden er av en slik karakter at én (eller flere) *ville vært berettiget* i å tro dette.³¹ I henhold til denne fortolkningen vil vedkommende helsearbeider i eksempelet over regnes for å delta i IS i juridisk forstand, selv om hverken helsearbeideren eller noen andre rent faktisk er av den oppfatning. I likhet med det forrige forslaget vil en slik forståelse av deltakerbegrepet fravike for mye fra den naturlige forståelsen av deltakelse til at lovteksten vil oppfylle kravet om

30 Se Høgberg og Tøssebro 2013, s. 132.

31 Se Høgberg og Tøssebro 2013, s. 132.

klarhet dersom slik adferd søkes kriminalisert gjennom formuleringen «deltakelse» i en organisasjon.

Utover innvendingen om at en slik fortolkning av deltakerbegrepet ville stride mot klarhetskravet til lovteksten, vil en slik fortolkning også omfatte en rekke former for moralsk berettiget adferd. Selv om en hjelpearbeider er klar over at hennes arbeid kan gi andre god grunn til å tro at hun deltar i IS, kan slik forsettlig objektiv konkludent adferd forsvares moralsk dersom det ikke er andre måter å utøve hjelpearbeidet på. Det samme gjelder «undercover»-journalister som rapporterer fra frontlinjen, eller fra områder kontrollert av terrororganisasjoner. Selv om journalisten forutser at han gjennom sin adferd kan gi andre god grunn til å tro at han er meddeltaker i en terrororganisasjon, kan dette berettiges moralsk dersom betydningen av rapporteringen er tilstrekkelig viktig.

3 Konklusjon

Kritikken av lovgivers beslutning om å kriminalisere deltakelse i terrororganisasjoner i denne artikkelen er todelt. For det første har jeg kritisert lovtekstens anvendelse av deltakerbegrepet i § 136 a for ikke å være tilstrekkelig klar til at straffebudet innfrir kravet om at et straffebud må fungere handlingsveiledende. Spesielt har jeg påpekt at det er uklart i hvilken grad begrepet skal defineres på en subjektiv måte, med utgangspunkt i deltakerens sinnelag, eller objektivt med utgangspunkt i en ytre beskrivelse av deltakerens handlinger. At lovgiver og rettsinstanser ikke gir noen entydig tolkning av deltakerbegrepet, men tvert imot ser ut til å veksle mellom ulike fortolkninger, bidrar til denne uklarheten.

Videre har jeg vurdert om deltakerbegrepet kan «reddes» ved å klargjøre hva som legges i begrepet. I artikkelen har jeg plassert ulike fortolkningsforslag langs en skala fra en rent subjektiv forståelse til en objektiv forståelse av deltakerbegrepet og konkludert med at fortolkningene på hver ende av skalaen avviker for mye fra den naturlige forståelsen av deltakelse til at en lovtekst som søker å kriminalisere slike forhold gjennom deltakerbegrepet, vil innfri klarhetskravet. Jeg har argumentert for at de forståelsene av deltakerbegrepet som ligger tette opp til en naturlig språklig forståelse av begrepet, er forståelser som kombinerer en objektiv aktivitetsbeskrivelse med enten ett (gjerningspersonens forsett) eller to (gjerningspersonens forsett og meddeltakers anerkjennelse) subjektive elementer. Begge forståelsene går langt i retning av å innfri aktivitetskravet eller klarhetskravet. Ulempen med disse forståelsene av deltakerbe-

grepet er imidlertid at de dekker forhold som i stor grad allerede er kriminalisert, enten gjennom andre deler av lovteksten i samme paragraf (rekruttering og økonomisk og annen materiell støtte) eller andre steder i loven (spesielt §§ 133 og 137).¹³⁶

I sum støtter argumentene i denne artikkelen den konklusjonen at kriminalisering av deltakelse i terrororganisasjoner, slik det gjøres i § 136 a, ikke er berettiget. Primært bør dette rettes ved å avstå fra å kriminalisere deltakelse i terrororganisasjoner og heller direkte spesifisere hvilke typer handlinger straffebudet kriminaliserer.³² Sekundært, dersom lovgiver ønsker å fastholde kriminaliseringen av deltakelse i terrororganisasjoner, må lovgiver tydeliggjøre i selve lovteksten hvilke subjektive og objektive elementer som legges i deltakerbegrepet, samt avklare grenseoppgangen mellom deltakelse og andre straffebud for å unngå å kriminalisere forhold som allerede er kriminalisert andre steder i loven.³³

Referanser

Bøker og tidsskriftsartikler

- Husabø, E.J. (2003), «Pre-aktiv strafferett». *Tidsskrift for strafferett* 2003(1), s. 97–106.
- Husabø, E.J. (2004), «Strafferetten og kampen mot terrorismen». *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskap* 91(2/3), s. 180–193.
- Høgberg, A.P. og Tøssebro, H.N. (2013), «Om aktiv og passiv medvirkning», i Høgberg, A.P., Schea, T.E., Torgersen, R. og Eskeland, S. (red.), *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland 70 år*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk.
- Kjerschow, P. (1930), *Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 og Lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttreden av 22. mai 1902*. Oslo: Aschehoug.
- Williamson, T. (2002), *Knowledge and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.

32 Jf. nordiske lands straffelover, som ikke direkte kriminaliserer deltakelse i terrororganisasjoner. Ifølge den danske straffelovens § 114 e er det straffbart å fremme virksomheten til en person, gruppe eller en sammenslutning som begår eller har til hensikt å begå nærmere bestemte terrorhandlinger. Finland forbyr gjennom strafflagen 4 § i kap 34 a en rekke handlinger som fremmer en terrororganisasjons virksomhet, samt «deltagande i utbildning för ett terroristbrott», uten at deltakelse i en terrororganisasjon i seg selv er kriminalisert. Heller ikke Sverige har kriminalisert deltakelse i terrororganisasjoner (Prop. 131 L (2012–2013), s. 37).

33 Lovgiver kan konkretisere hvilke subjektive og objektive elementer som må foreligge for at en handling skal omfattes av deltakerbegrepet ved å bruke formuleringer som anvendes andre steder i straffeloven. «For [deltakelse] straffes den som ...», jf. §§ 321 og 327, der lovgiver i lovteksten spesifiserer hva som menes med henholdsvis tyveri og ran.

Dommer

HR-2003-532-A - Rt. 2003 s. 1376 - UTV-2003-1337

HR-2016-1422-A

Borgarting lagmannsretts dom 18. januar 2016 (LB-2015-108037)

Oslo tingretts dom 8. mai 2015 (TOSLO-2015-175034)

Oslo tingretts dom 11. juli 2015 (TOSLO-2015-47166)

Oslo tingretts dom 4. april 2017 (TOSLO-2016-84225-2)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 62 (2002–2003) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.) <<https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/otprp-62-200203>>

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) <<https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/otprp-90-200304>>

Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet) <<https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/otprp-8-200708>>

Prop. 131 L (2012–2013) Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m.) <<https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/prop-131-l-201213>>

Høringssvar

Justis- og politidepartementet (2007) Høring – forslag til et kapittel i ny straffelov med straffebud mot terrorhandlinger og terrorrelaterte handlinger og spørsmålet om ratifikasjon av Europarådets konvensjon om forebygging av terrorisme

Justis- og politidepartementet (2012) Høring – kriminalisering av forberedelse til terrorhandling, utvidet adgang til tvangsmiddelbruk, og endringer i straffeloven 1902 § 60 a