

22. juli-kommisjonen

NOTAT: 6 /12

GRENSER FOR KRIMINALISERING AV FØREBUINGSHANDLINGAR OG BRUK AV SKJULTE TVANGSMIDLAR MOT TERRORISME I EIN DEMOKRATISK RETTSSTAT

Erling Johannes Husabø

Professor
Universitetet I Bergen

08.03.2012

www.22julikommisjonen.no

Grenser for kriminalisering av førebuingshandlingar og bruk av skjulte tvangsmidlar mot terrorisme i ein demokratisk rettsstat

v/ professor Erling Johannes Husabø, Universitetet i Bergen

Eit innspel til 22.juli-kommisjonen, avgitt 20.03.2012

Innhald

1. Grunnlova § 102 som illustrasjon av dilemmaet.....	2
2. Dei motståande omsyna og dagens utfordringar	3
3. Korleis definera terrorisme, -og finna terroristen?	5
4. Dagens kriminalisering av førebuing av terrorisme	7
5. Politiet sine fullmakter til å nytta skjulte tvangsmidlar.....	9
6. Behov for ytterlegare kriminalisering av førebuing?	11
a. Innleiing	11
b. Planlegging, særleg av «soloterrorisme»	11
c. Vera til stades der det blir drive terrortrening	15
d. Ha eller skaffa seg informasjon med tanke på terrorhandlingar	15
e. Motta trening eller instruksjon til nytte for terror	15
f. Leia eller delta i aktivitetane til ei terrorgruppe	16
g. Ha eller skaffa seg bestemte gjenstandar med tanke på terrorhandlingar	18
7. Oppsummering	19
Litteratur:.....	21

1. Grunnlova § 102 som illustrasjon av dilemmaet

Grunnlova § 102 lyder:

Hus-Inkvisitioner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde.

Med si enkle form illustrerer denne snart 200 år gamle regelen fleire grunnleggjande problemstillingar i ein demokratisk rettsstat. For det første balanserer regelen private og allmenne omsyn. Hus er noko privat, eller som det heitte i det Adler-Falsenske grunnlovskastet: «Hver Borgers Huus er et helligt Fristed».¹ «Inkvisitioner» dreier seg om kontroll frå styresmaktene si side. Grunnlova § 102 set grenser for kor langt den offentlege kontrollen kan gå inn i den private sfæren, slik også andre menneskerettar gjer.

Samtidig gjer regelen eit unntak for «kriminelle Tilfælde». Dette unntaket kan også forklarast ut frå idegrunnlaget til grunnlovsfedrene, – gjerne uttrykt gjennom den såkalte «samfunnskontrakten». Folket, som består av autonome borgarar, gir seg sjølv lovene og overlet til den utøvande makta å handheva desse. Om ein borgar bryt med straffelovgivinga, bryt han «kontrakten» å må finna seg i meir nærgåande kontroll frå politiet enn elles.

Men kva betyr så uttrykket «kriminelle Tilfælde»? Det kan sjølvsagt ikkje innebera at det må føreliggja ein rettskraftig dom eller 100% sikre bevis mot personen. Då er det ikkje lenger behov for å undersøka noko meir. Men som Frederik Stang var inne på i den første grunnlovskommentaren, utgitt i 1833, talar ordlyden i § 102 i retning av at det må vera *gjort* straffbare handlingar:²

Saaledes som Sætningen nu er udtrykt, synes den at faae Lidet at betyde med mindre man, hvad ogsaa Ordene bestyrke, vil antage, at det først maa være givet, at en Forbrydelse er begaaet, forinden det kan være tilladt ved Huusinqvisition at søge Oplysning om same.

Også omsynet til samanheng med Grunnlova § 96 trekkjer retning av at det i det minste må liggja føre ein konkret mistanke om at ei straffbar handling er utført. Det gir god meining å seia at ein med «kriminelle Tilfælde» siktar til handlingar som er straffbare etter «Lov», og som dermed kan føra til straff. Når det er mistanke om slike tilfelle, må borgarane tola at politiet undersøker jamvel private hus for å avklara om mistanken er grunngitt og i tilfelle reisa straffesak.³

Relatert til vår problemstilling er det etterfølgjande resonnementet til Stang vel så interessant.

Den Indvending, at Sætningen, saaledes forstaaet, i visse Tilfælde kunde være til Skade for Retssikkerheden, idet den vil hindre Huusinqvisitioner, hvorved en Forbrydelse, som er i Gjære, kunde forebygges, har maaskee ikkje saa megen Vægt, naar det bemærkes, at Indvendingen dog vel

¹ Jf Riksforsamlingens forhandlinger III s. 46.

² Jf Stang 1833 s. 611.

³ Slik har regelen også blitt forstått i ettertid, seinast i samband med Metodekontrollutvalet sin rapport «Skjult informasjon – åpen kontroll», jf NOU 2009:15 s. 152-154 samt vedlegg 2 (juridisk utgreiing av Husabø) og vedlegg 3 (juridisk utgreiing av Høgberg og Stub).

fornemmeligen maatte sigte til de Tilfælde, hvor en Complot truede med at iværksætte Forbrydelser, men i saadant Tilfælde er selve Complotens Stiftelse en Forbrydelse.

Når han seier at omsynet til «Retssikkerheden» kunne tala for ei vidare tolking, er det ikkje lovbrytaren sitt rettsvern han tenkjer på, slik vi i dag gjerne brukar dette omgrepet. Han peikar i staden på omsynet til at folk flest skal ha tryggleik for sine rettar og verdier. Omsynet til dei lovlydige borgarane kan tala for at politiet også bør kunne føreta husinkvisisjonar for å førebyggja brotsverk. Men så legg han til at denne innvendinga ikkje har så mykje vekt, for allereie det å stifte eit «Complot» er eit brotsverk i seg sjølv.

Stang si drøfting illustrerer at skjæringspunktet for når politiet kan bruka eit slikt verkemiddel som husransaking, kan flyttast ved å kriminalisera det å inngå «Complot» (eller «Forbund» som det heiter i dagens straffelov) eller andre former for førebuing til brotsverk. Eit mogeleg «spor» for å utvida politiet sin førebyggjande kontroll er såleis å kriminalisera førebuing til alvorlege brotsverk i større grad, og dermed utvida området for når politiet kan bruka dei verkemiddela som dei er gitt i tilfelle der det er mistanke om at det er gjort ei straffbar handling (etterforskingssporet). Eit anna mogeleg spor er å gi politiet vidare fullmakter –og fleire verkemiddel- for å undersøka om brotsverk er «i gjære», uavhengig av om det har skjedd noko straffbart (førebyggingssporet).

Seinare i drøftinga skal vi sjå nærare på korleis lovgivar dei siste åra har utvida politiet sine fullmakter i begge «spora». Men først vil eg trekkja fram enkelte tendensar ved det moderne samfunnet som gjer at dei motståande omsyna har ein til dels annan karakter i dag enn i 1814.

2. Dei motståande omsyna og dagens utfordringar

Grunnlova § 102 stiller opp to enkle, motståande omsyn: Behovet for å vera i fred i eige hus og behovet for offentleg kontroll. Men dei mellomliggjande samfunnsendingane har gjort at begge omsyna kjem i eit nytt lys.

a) På den eine sida har husa og privatlivet vårt endra seg svært mykje. Gjennom den industrielle revolusjonen og utbygginga av velferdsstaten har vi fått tilgang til ei rekkje tekniske nyvinningar innafor husets fire vegger: Innlagt vatn og toalett, straumtilførsel (og kanskje også gass), hushaldningsmaskiner osv. Etter kvart har vi også fått meir av verda inn i våre private rom, gjennom telefon, radio, TV og ikkje minst gjennom utviklinga av moderne datateknologi, med PC-ar, smarttelefonar osv.

Dette har også medverka til store endringar i måten vi lever ut privatlivet på. Kommunikasjon har blitt svært viktig, tek stadig nye former og skjer stadig raskare. No kan ein sitja i stova si og ha samtidig kontakt med personar over heile verda. Mange skaper gjennom dette sine egne private nettverk som til dels erstattar dei funksjonane som hus og heim hadde før. Ein tenåring vil gjerne meina at det er like viktig å få ha dei «private» sidene på Facebook for seg sjølv, som det i 1814 var å verna «enhver Borgers Huus» mot vilkårlige husbesøk. I tråd med dette har fokuset blitt utvida frå «husfred» til «privatlivets fred» og «personvern».

Personvernkommisjonen si utgreiing frå 2009 klargjer at det også i dag er viktig å verna om desse privatlivsinteressene. Kommisjonen peika på at personvern er ein føresetnad for demokratiet, samtidig som det også har ein umisteleg eigenverdi:⁴

Det å begrense samfunnsborgernes personvern og rett til privatliv kan sette demokratiet i fare.... Personvern og retten til privatliv beskytter altså rettigheter og friheter som igjen beskytter grunnleggende offentlige friheter, som friheten til å delta i demokratiske prosesser. Det er imidlertid viktig å ikke tenke personvernet primært som instrument for ytringsfrihet og fri offentlig diskusjon. Personvernet bør gis en selvstendig begrunnelse i menneskerettslige prinsipper om verdighet og moralsk respekt.

Som ein konsekvens av dette føreslo kommisjonen å grunnlovfesta retten til personvern,⁵ noko Stortinget sitt menneskerettsutval nyleg også har gått inn for.⁶

b) På den andre sida har også behovet for offentlig kontroll blitt større og meir komplekst, fordi dei farane som truar den allmenne tryggleiken vår har endra karakter. Også her må den teknologiske utviklinga nemnast. Vi har fått ei rekkje middel som i feil hender kan ha eit enormt skadepotensiale. Fly (som 11/9), sprengstoff (som 22/7), kjemiske våpen (Tokio-undergrunnen 1995), atombomber og andre masseødeleggingsvåpen. Sårbarhetsutvalet peika allereie i 2000 på at «når det gjelder bevisste handlinger (for eksempel sabotasje eller terrorisme), er trusselbildet preget av en forskyvning fra det manuelle mot det elektroniske.»⁷ Dette opnar for heilt andre skrekkscenarier enn det grunnlovsfedrane gjerne frykta av innbrotstjuvar, svindlarar og opprørsgjengar utstyrte med kuler og krut.

Vi har også utvikla ein langt større grad av felles sårbarhet enn før. Det er ikkje berre angrep på statsleiarar og statsinstitusjonar som kan skada oss alle, men også angrep mot ei rekkje av infrastrukturane som vi er heilt avhengige av, slik som transportsystem, kraftforsyning, vassforsyning, internett og samfunnsnødvendige tenester som helse- og bankvesen. Det som råkar ein plass kan lett få dominoeffektar andre stader, og innebera ein trussel mot oss alle.

Parallelt med desse endringane har det også skjedd ei endring i synet på *kven* desse trusslane mot vårt felles ve og vel stammar frå. Eit viktig utviklingstrekk er «fremveksten av andre mulige aktører enn nasjonalstater».⁸ Som vi har sett mange døme på dei siste åra, kan også mindre grupper og jamvel enkeltpersonar gjera svært stor skade. På grunn av globalisering, innvandring og auka pluralisme er det mange nok (til å utgjera ein fare) som ikkje deler det klassisk «norske» verdigrunnlaget. Vi har fått organisert, internasjonal kriminalitet og enkelte grupper som har som mål å erstatta demokratiet med eit alternativt styresett. Vi har ikkje berre ein ytre fiende, men også ein «indre fiende».

⁴ Jf NOU 2009:1 (Individ og integritet) s. 39. Dette perspektivet kjem også fram i ei avgjerd av 4. Mars 2004 frå den tyske forfatningsdomstolen om romavlytting m v, jf 1 BvR 2378/98 avsnitt 119. Der blir det understreka at grunnlova sitt vern om private heimar (art. 13) er tett samanbunde med den grunnleggjande plikta i den tyske konstitusjonen (art. 1) til å verna om menneskeverdet.

⁵ Jf NOU 2009:1 s. 209-210. Forslaget byggjer på ei juridisk utgreiing av Høgberg og Høstmælingen (vedlegg 3).

⁶ Jf Stortinget, Dokument 16 (2011–2012), med forslag til ny § 102 i grunnlova.

⁷ Jf NOU 2000:24 (Et sårbart samfunn) s. 6-7 (og s. 51).

⁸ Jf NOU 2000:24 s. 51.

c) Det sistnemnde utfordrar eigentleg sjølve grunntenkinga i den demokratiske rettsstaten: At alle er likestilte borgarar som vi i utgangspunktet kan og bør ha tillit til, og som har krav på ein privatsfære. Skal dette også gjelda illegale innvandrarar, organiserte kriminelle, grupper som har som ideologisk målsetjing å erstatta demokratiet med t d eit «teokrati»? Skal vi ha dei same reglane overfor alle, eller bør det gjelda ein rett for «gode borgarar» og ein annan for «fiendar» av rettsstaten?

Langt på veg har vi allereie gitt svar på dette. Vi har bunde oss til den europeiske menneskerettskonvensjonen og andre liknande konvensjonar, der kriteriet for rettsvern er utvida frå borgar til menneske. Likeins er det fast oppfatning i dag, seinast stadfesta gjennom Høgsterett sitt nylege oppgjør med Klinge-dommen frå 1946,⁹ at også grunnlovsrettane gjeld for alle. Inngrep i individ sin fridom og privatliv kan berre skje innafor dei rammene som desse grunnreglane og prinsippa set for styresmaktene sin kontroll. Lovreglar og praksis må dessutan vera innretta på ein ikkje-diskriminerande måte. Spelerommet for å skilja mellom ulike grupper innafor landets grenser er difor ikkje særleg stort.¹⁰

3. Korleis definera terrorisme, -og finna terroristen?

Spørsmålet om å innføra ein eigen terrorparagraf hadde blitt drøfta av eit offentleg utval på 1990-talet, men avvist.¹¹ Men hausten 2001 kom det opp igjen med fornya aktualitet. Den 28. september påla Sikkerhetsrådet i Resolusjon 1373 alle verdas statar ei rekkje plikter i kampen mot terrorisme, mellom anna å kriminalisera terrorisme, finansiering av terrorisme og “planning and preparation”.¹² Som medlem av Sikkerhetsrådet på den tida hadde Norge hatt mindre enn 24 timar til å ta stilling til resolusjonen. Etterpå gjekk det berre vel ei veke før regjeringa Jagland hadde vedteke ei provisorisk anordning som inneheldt ein definisjon av terrorhandlingar, ei kriminalisering av finansiering av terrorisme og reglar om bandlegging av midlar til mistenkte terroristar.¹³

Ein sjølvstendig terrorparagraf fekk vi likevel først i juni 2002, då den provisoriske anordninga vart avløyst av permanente reglar i straffelova, med § 147a om terrorhandlingar og § 147b om finansiering av terrorisme. Før vi går vidare er det nødvendig å peika på korleis terrorisme blir definert der.

⁹ I Klinge-dommen, Rt. 1946.198, uttalte førstvoterande mellom anna (om grunnlova § 97) at det var «urimelig å anta at den samme bestemmelse som er gitt til vern om samfunnet også skulle kunne påberopes av fremmede voldsmenn, borgere av en stat som har gått til angrep på det samme samfunn i den hensikt å underlegge seg det, og som et ledd i forsøket på undertvingelsen har anvendt de mest hensynsløse og brutale midler». I Rt. 2010.1445 uttalte førstvoterande at «flertallets begrunnelse i Klinge-saken (kan) ikke opprettholdes».

¹⁰ Til dømes har den europeiske menneskerettsdomstolen stempla dei britiske reglane frå 2001 om internering av «suspected international terrorists» som stridande mot ikkje-diskrimineringsprinsippet (EMK art. 14), fordi reglane berre gjaldt for utlendingar, jf A. and others v. UK, Application No. 3455/05, dom av 19.02.2009. House of Lords hadde i 2004 kome til same resultatet, jf nærare *Husabø/Aall, LoR 2005* s. 515-530.

¹¹ Jf NOU 1992:3 (Strafferettslige regler i terroristbekjempelsen) s. 43.

¹² Jf *Husabø/Bruce 2009* kap. 2.

¹³ Provisorisk anordning om forbud mot finansiering av terrorisme m.m. av 05.10.2001 nr. 1134.

Slik § 147 er bygt opp, må det dreia seg om ei handling som i utgangspunktet vert råka av ei nærare opprekna gruppe av straffebod, og som dessutan er utført med eit bestemt forsett (terrorforsett). Den øvre strafferamma er då 21 år, uavhengig av kva type terrorhandling det dreier seg om.¹⁴ Mellom dei straffbare handlingane som blir omfatta er brannstifting, flykapring, skipskapring, øydelegging av straumforsyning eller annan vital infrastruktur, forgifting av drikkevatn og andre former for alvorleg forureining, ulovleg omgang med radioaktive stoff, grov fridomskrenking, særleg alvorleg lekamskrenking og drap. Når det gjeld terrorforsettet, er dette delt inn i tre alternativ, og det er nok at personen har hatt eitt av desse forsetta:

a) å forstyrre alvorlig en funksjon av grunnleggende betydning i samfunnet, som for eksempel lovgivende, utøvende eller dømmende myndighet, energiforsyning, sikker forsyning av mat eller vann, bank- og pengevesen eller helseberedskap og smittevern,

b) å skape alvorlig frykt i en befolkning, eller

c) urettmessig å tvinge offentlige myndigheter eller en mellomstatlig organisasjon til å gjøre, tåle eller unnlate noe av vesentlig betydning for landet eller organisasjonen, eller for et annet land eller en annen mellomstatlig organisasjon.

Måten terrorforsettet er utforma på viser at det tek opp i seg ein kombinasjon av truslar mot dei tradisjonelle samfunnsinstitusjonane og andre institusjonar og annan infrastruktur som gjer oss kollektivt sårbare. Men eit terrorforsett kan også rett og slett gå ut på å spreia frykt i befolkninga. Normalt vil dette for terroristen vera eit middel til å oppnå eit anna primært mål, t d å få visse grupper til å dra frå landet eller skapa ustabilitet i det etablerte samfunnslivet. Men terrorparagrafen stiller ikkje noko krav om ei slik overordna ideologisk målsetjing.

I ettertid, når ein terroraksjon er utført, vil det ofte vera lett å finna ut om gjerningspersonane hadde eit slikt terrorforsett som lova krav. Då talar handlingane sitt tydelege språk, eller terroristen har kanskje gitt frå seg eit «manifest». Men folk forventar at styresmaktene forhindrar slike aksjonar i forkant. Då melder spørsmålet set: Korleis kan ein på førehand finna fram til dei som måtte ha eller koma til å utvikla eit slikt forsett? Korleis kan vi vita kven som er morgondagens terrorist? Det er ikkje så lett. Etter bombeeksplosjonen på undergrunnen i London i 2006 hadde ei avis intervjuja kona til ein av sjølvsmordsbombarane. Sjølv ho som delte bord og seng med han, ante fred og ingen fare. Korleis kan politiet då finna det ut? Dette spørsmålet bør vi ha i tankane også når vi no skal gå nærare inn på korleis ein kan kriminalisera ulike former for førebuing til terrorisme.

¹⁴ Maksimumsstraffa for å trua med ei terrorhandling er normalt noko lågare (12 år), jf § 147a andre ledd.

4. Dagens kriminalisering av førebuing av terrorisme

Ved førebuinga av permanente lovreglar om terrorisme hausten 2001 føreslo Justisdepartementet ei kriminalisering av førebuingshandlingar som eksakt kopierte formuleringane frå Resolusjon 1373:¹⁵

Den som planlegger eller forbereder en handling som nevnt i første, jf. andre ledd, straffes med fengsel inntil 6 år.

I høyringsrunden var det fleire, inkludert meg sjølv, som kritiserte dette for å vera ein for vid og uklar strafferegel.¹⁶ Orda «planlegger og forbereder» gir ingen indikasjon på kva type førebuingshandlingar som skal vera straffbare. Alle mogelege slag handlingar kan inngå i dette, heilt avhengig av gjerningspersonen sin motivasjon. I ein rettsstat forventar vi at straffereglar gir tydelege signal om kva som er ulovleg. Dette som ein på tysk kallar ”das Bestimmtheitsgebot”, er ei viktig side ved legalitetsprinsippet. Når dei føreslåtte reglane legg hovudvekta på personen sine tankar og planar, skjer det dessutan ei uheldig subjektivering av straffeansvaret. Det avgjerande er ikkje kva du har gjort, men kva du har tenkt. Ein slik ”sinnelagsstrafferett” er ein fare for rettstryggleiken.

Departementet med justisminister Dørum i spissen høyrde på kritikken og endra forslaget til det som no er § 147a tredje ledd:

Med fengsel inntil 12 år straffes den som planlegger eller forbereder en terrorhandling som nevnt i første ledd, ved å inngå forbund med noen om å begå en slik handling.

I denne formuleringa er det klart, også frå førearbeida, at uttrykket «planlegger eller forbereder» ikkje har noko sjølvstendig meiningsinnhald. Det er berre med for å visa at ein med dette har meint å oppfylle Sikkerhetsrådet sine pålegg. Realiteten er at ein har kriminalisert det å inngå ein avtale om terrorhandlingar, - i engelsk rett kjent under omgrepet «conspiracy». Dette er den praktisk viktigaste og farlegaste forma for psykisk førebuing til terrorisme, for når to personar avtalar ei terrorhandling, styrkjer dei kvarandre sitt forsett og skaper ei lojalitetsbinding til å gjennomføra planane. Det utgjer eit «Complot», som Frederik Stang kalla det. Og om den eine skulle koma på andre tankar, kan gnisten som er tent i den andre likevel ulma vidare.

I tillegg har vi kriminalisert finansiering av terrorisme i § 147b, og denne kriminaliseringa er vidare enn i mange andre land.¹⁷ Det er både straffbart å samla inn og skaffa økonomiske midlar med sikte på å finansiera terrorhandlingar og å stilla pengar eller andre formuesgode til rådvelde for personar som er involvert i terrorisme eller for eit føretak som slike personar kontrollerer. Det er også straffbart å yta banktenester og andre finansielle tenester (t.d. pengeveksling) til slike personar og føretak. Dette betyr at alle former for økonomisk førebuing til terrorisme er gjort straffbart.

¹⁵ Jf Justisdepartementet sitt høyringsnotat av 20.12.2001 kap. 8.1.

¹⁶ Jf Terrortiltak endrar også norsk strafferett, kronikk i Aftenposten 08.02.02, og Høyringsfråsegn til Justisdepartementet om ”Forslag til endringer i straffeloven og straffeprosessloven - lovtiltak mot terrorisme”, avgitt 14.02.02. Begge finn ein i fulltekst via heimesida mi: <http://www.uib.no/personer/Husabo#publikasjoner>

¹⁷ Jf Husabø/Bruce 2009 kap. 8.

Samtidig med dei nye terrorreglane vart det også vedteke ei utviding av verkeområdet for straffelova § 161. Regelen var opphavleg avgrensa til det å skaffa seg sprengstoff i den hensikt å skulla utføra eit brotsverk (sjølv om sprengstoffet kanskje var kjøpt inn på lovleg vis). Men i samband med dei nye terrorreglane i straffelova vart denne regelen utvida til også å gjelda våpen,¹⁸ og regelen lyder no slik:

Med fengsel inntil 6 år straffes den som i den hensikt å begå en forbrytelse, anskaffer, tilvirker eller oppbevarer

- a) skytevåpen, våpendeler, ammunisjon eller sprengstoff, eller*
- b) særlig utstyr for å tilvirke eller anvende slike gjenstander.*

Under særdeles skjerpene omstendigheter kan fengsel inntil 10 år idømmes.

Medvirkning straffes på samme måte.

Denne regelen vil råka ein del typiske førebuingshandlingar til terrorisme, uavhengig av om det er ein eller fleire involverte.

Regelen vart av Oslo tingrett nyleg nytta til å straffa tre personar for å ha skaffa hydrogenperoksid, aceton og andre komponentar som skulle brukast til å laga ei bombe.¹⁹ Men etter mitt syn kan desse ingrediensane vanskeleg kallast «sprengstoff» så lenge dei ikkje er blanda. Heller ikkje passar det særleg godt å kalla det «særlig utstyr for å tilvirke eller anvende» skytevåpen eller sprengstoff. Uttrykket «særlig utstyr» avløyste det tidlegare uttrykket «særlige Redskaper», og ut frå førearbeida var dette berre meint som ei språkleg modernisering av regelen.²⁰ Det går også fram av lovførearbeida at lovgivar har hatt særlege former for teknisk utstyr i tankane, t d ei støypeform eller anna produksjonsutstyr til å laga pistolar.²¹ Om ein let regelen omfatta det å ha ulike former for kjemikaliar som ein lovleg kan kjøpa på REMA eller på apoteket, gir ein regelen ei langt vidare rekkevidde som eg ikkje kan sjå har vore drøfta eller tiltenkt. Men saka er anka, og det gjenstår å sjå korleis høgare rettsinstansar vel å tolka § 161.

Gjennom ein konvensjon frå 2005, Convention on the Prevention of Terrorism, dreiv Europarådet fram ei ytterlegare kriminalisering av handlingar som ofte går i førevegen for verkelege terrorhandlingar. Konvensjonen krev at statane kriminaliserer det å rekruttera nokon til terrorisme eller gi opplæring i metodar og teknikkar som er eigna til terrorisme, samt offentleg oppmoding til terrorhandlingar.²² Alle dei nordiske landa unnateke Island har ratifisert konvensjonen og implementert straffebod av denne typen. Hå oss finn vi desse reglane i ein ny § 147c, som vart vedteken på slutten av 2008. Særleg kriminaliseringa av offentleg oppmoding til terrorisme stiller domstolane overfor ei stor utfordring, ettersom denne regelen må avbalanserst mot ytringsfridomen.²³

For å få eit fulldekkande bilete av i kva grad handlingar på førebuingssstadiet av ein terroraksjon kan straffast hå oss, må vi også ta med at medverkingsansvaret går svært langt i norsk rett, særleg i kombinasjon med ansvaret for forsøk. Det skuldast at vi i prinsippet

¹⁸ Jf Ot.prp. nr. 58 (2001-2002) kap. 5.

¹⁹ Dom av Oslo Tingrett 30. januar 2012, saksnr. 11-047559 MED-OTIR/04.

²⁰ Jf Ot.prp. nr. 58 (2001-2002) s. 28-29.

²¹ Jf Ot.prp. nr. 58 (2001-2002) s. 34.

²² Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, vedteken 16.05.2005, CETS No. 196.

Tilsvarende kriminaliseringsplikter vart i 2008 også teke inn i EU si rammeavgjerd, sjå OJ 2008 L 330/21.

²³ Jf Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 161-162 og 203. Straffelova inneheld i § 140 også ein meir generell regel mot offentleg oppmoding til brotsverk. I den pågåande saka mot Mulla Krekar gjeld eitt av tiltalepunkta brot på denne regelen.

vrurderer kvar enkelt deltakar sitt ansvar sjølvstendig, også når det gjeld spørsmålet om han har passert den nedre grensa for forsøk.²⁴ Eit straffbart forsøk ligg ifølgje straffelova § 49 føre dersom nokon har «foretaget Handling , hvorved dens (forbrytelsens) Udførelse tilsigtedes paabegyndt». Ei klassisk forklaring på den nedre grensa er at «gjerningsmannens opptreden må vise at nå er forberedelsen og overveielsernes tid forbi, nå skrider han vil verket».²⁵ For den eller dei personane som skal vera med på utføringa av ei terrorhandling vert ikkje forsøksgrrensa passert før sjølv terroraksjonen er like om hjørnet. Andre involverte kan derimot ha gjort sitt på eit langt tidlegare tidspunkt, slik at deira handlingar kan straffast som forsøk på medverking sjølv om hovudpersonen framleis er på førebuingstadiet.

Dette kan illustrerast med eit døme. Lat oss tenkja oss at ein sjølvmondsbombar har tre støttespelarar. Medverkar A er den som har oppmoda hovudmannen til terroraksjonen. Han kan allereie på tidspunktet for oppmodinga straffast for forsøk på medverking til terrorisme (uavhengig av om oppmodinga vert følgt). Medverkar B har sendt hovudmannen ei flaske med kjemikalier (t d hydrogenperoksid) som kan nyttast til å laga ei bombe. Han har passert den nedre grensa for forsøk på medverking allereie då han overleverte eller sende flasken (t d med ein kurer), føresett at han forstod kva kjemikaliane skulle brukast til.²⁶ Om B kan straffast etter terrorparagrafen (§ 147a) eller t d for medverking til drap eller sprenging av bygning (§ 148) kjem an på om medverkar B hadde terrorforsett, men har lite å seia for strafferamma. Medverkar C har stilt ein gammal bil til disposisjon på ein avtalt stad, og kan straffast allereie frå det tidspunktet han er på veg til møtestaden. Hovudmannen har derimot ikkje passert den nedre grensa for forsøk før han har byrja å rigga seg til med utstyret eller er på veg mot gjerningsstaden i bil. Men om terroraksjonen var avtalt med ein annan person, t d med medverkar A, kan han allereie på avtaletidspunktet straffast for å ha inngått eit «forbund». Det er difor først og fremst for personar som skal vera med på sjølv utføringa, og som ikkje har avtalt terroraksjonen med nokon andre, at det framstår som «for seint» om ein nøyer seg med den tradisjonelle kriminaliseringa av forsøk.

5. Politiet sine fullmakter til å nytta skjulte tvangsmidlar

Dei seinare åra har politiet i Norge, liksom i andre land, gradvis fått tilgang til fleire hemmelege etterforskningsmetodar. Dette har hatt samband med den teknologiske utviklinga, og argumentet har gjerne vore at når organiserte kriminelle grupper utnyttar moderne teknologi, må også politiet i sine mottiltak kunna gjera det. Parallelt med dette har også vilkåra for å bruka skjulte tvangsmidlar gradvis blitt lempa på, slik at fullmaktene samla sett har blitt vesentleg utvida.²⁷

For eit par tiår sidan var dei vanleg brukte tvangsmiddela varetektsfengsling, ransaking, beslag og utleveringspålegg. Avlytting og opptak av telefonsamtalar vart rekna som ein

²⁴ Jf nærare *Husabø 1999* s. 204-211 og *Andenæs 2004* s. 338-339.

²⁵ jf *Andenæs 2004* s. 347.

²⁶ I den ovanfor (note 19) nemnde saka frå Oslo tingrett synest ein av dei tiltalte (Jacobsen) å ha hatt ei slik rolle. Men han var berre tiltalt etter § 161 (domfelt) og for å ha inngått forbund om terrorhandling (frifunnen), ikkje for forsøk på medverking til terrorisme, drap eller sprenging av bygning.

²⁷ Denne utviklinga er gjennomgått og evaluert av Metodekontrollutvalet, jf NOU 2009:15.

«ekstraordinær» metode og var berre tillate i samband med narkotikakriminalitet og brotsverk mot statens sikkerhet. Men i 1999 føretok lovgivar ei vesentleg utviding av dei tilgjengelege metodane.²⁸ Telefonavlytting og annan kommunikasjonsskontroll (m a kontroll av PC-kommunikasjon) vart tillate i samband med etterforsking av alle typar alvorlege brotsverk, som hovedregel dei med ei strafferamme på 10 år eller meir (straffeprosesslova § 216a). Politiet har også høve til å kontrollera såkalla trafikkdata som telekommunikasjonoperatørane har lagra for kommersielle føremål (§ 216b). Hemmeleg ransaking vart tillate i dei mest alvorlege straffesakene (§ 200a). Politiet vart også gitt høve til å nytta teknisk sporing av ulike objekt og (i dei mest alvorlege sakene) personar (§§ 202b og 202c). Ei liknande utviding av politimetodane hadde funne stad i dei andre nordiske landa nokre år tidlegare.²⁹

Reformen i 1999 illustrerer likevel at norske politikarar lenge var skeptiske til å godta dei mest privatlivs-invaderande metodane som politiet har bedt om. Særleg gjaldt dette romavlytting. Men etter terroraksjonane i USA 11. september 2001 oppstod det ein ny debatt om lovgivar hadde funne den rette balansen mellom å motverka kriminalitet og verna om individuelle rettar.

Då Justisdepartementet starta arbeidet med ny terrorlovgiving hausten 2001 hadde departementet allereie nokre månader tidlegare sett ned eit utval til å vurdere om politiet skulle bli gitt nye metodar og vidare fullmakter for å hindra alvorlege straffbare handlingar. Regjeringa avstod difor frå ein gjennomgang av tilgjengelege tvangsmidlar i samband med reformen av terrorlovgivinga i 2001-2002. Ein valde å venta på utgreiinga frå Politimetodeutvalet, som la fram innstillinga si i 2004. Fleirtalet i utvalet føreslo å gjera to nye metodar tilgjengelege for politiet, nemleg romavlytting og såkalla “dataavlesing” (etter modell frå Danmark).³⁰ Regjeringa nøydde seg med å setja fram eit forslag om å tillata romavlytting, og her var omsynet til ein effektiv kamp mot terrorisme eit sentralt argument.³¹ Etter ein intens debatt gav Stortinget i juni 2005 domstolane høve til å tillata politiet å nytta romavlytting dersom mistanken knyter seg til terrorisme eller eit fåtal andre, særleg alvorlege brotsverk, jf noverande § 216m i straffeprosesslova.

Ei vel så viktig side ved Politimetodeutvalet si instilling var at ein føreslo å tillata bruk av skjulte politimetodar også i ein del tilfelle der grunnkravet for bruk av tvangsmidlar, at det ligg føre “skjellig grunn til mistanke” om eit brotsverk, ikkje er oppfylt. Dette grunnvilkåret har blitt tolka slik av domstolane at det må framstå som meir sannsynleg at den mistenkte har gjort det aktuelle brotsverket som at han ikkje har gjort det.³² Utvalet meinte at kravet om “skjellig grunn til mistanke” om ei straffbar handling for sterkt avgrensar politiet sitt høve til å undersøka om eit brotsverk er “i gjære”.³³ For å styrkja politiet og PST sin effektivitet, foreslo dei å innføra heimlar for ein typisk «pre-aktiv» bruk av skjulte tvangsmidlar.³⁴

²⁸ Jf lov av 03.12.1999 nr. 83 om endringar av straffeprosesslova.

²⁹ Dette har eg utdjupa nærare i artikkelen “Counterterrorism and the expansion of proactive police powers in the Nordic states”, I: Jenkins, David & Henriksen, Anders (eds.), *The Long Decade - how 9/11 has changed the law*, Oxford University Press, New York 2012 (under publisering).

³⁰ Sjø NOU 2004:6 (Mellom effektivitet og personvern).

³¹ Sjø Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 96-97.

³² Sjø Andenæs/Myhrer 2009 s. 285 og NOU 2009:15 p. 178.

³³ Jf NOU 2004:6 s. 176-182.

³⁴ Jf generelt om denne tendensen i retning av pre-aktiv strafferett, *Husabø, TFS 2003* s. 96-107.

Dette forslaget vart langt på veg følgt av Regjeringa og Stortinget. I dei nye reglane frå 2005 supplerte Stortinget høvet til å nytta skjulte tvangsmidlar ved etterforsking av straffbare handlingar med to sett reglar. For det første vart det alminnelege politiet i straffeprosesslova § 222d gitt heimel til å bruka metodar som hemmeleg ransaking, kommunikasjonskontroll og romavlytting for å kunna «avverge» terrorhandlingar, drap og grove ran. Sameleis vart PST gitt tilsvarande fullmakter til avverjande tvangsmiddelbruk for hindra alvorlege brotsverk mot rikets sikkerhet og ein del allmennfarlege brotsverk (m a § 148 om bombeeksplosjonar m v). Men for å nytta desse avverjande fullmaktene er det eit vilkår at det er «rimelig grunn til å tro at noen kommer til å begå» brotsverk av denne typen. Det er samtidig ein føresetnad at det skjer "som ledd i etterforskning", noko som inneber at nokon allereie må ha utført eller vera i ferd med å utføra ei straffbar handling.³⁵

For det andre vart PST gjennom politilova § 17d gitt høve til å nytta slike skjulte tvangsmidlar "som ledd i sin forebyggende virksomhet" dersom det "er grunn til å undersøke" om nokon førebur ei terrorhandling, spionasje eller attentat mot ein representant for statsmaktene. Etter denne regelen er det ikkje noko vilkår at det er mistanke om at nokon har utført ei straffbar handling, ikkje ein gong ei straffbar førebuingshandling. Metodekontrollutvalet drøfta i rapporten frå 2009 desse fullmaktene nøye, og kom til at heimelen til romavlytting i private heimar i reint førebyggjande saker var i strid med grunnlova § 102.³⁶ På den bakgrunnen gav Justisministeren PST beskjed om inntil vidare ikkje å nytta denne fullmakta i lova.

6. Behov for ytterlegare kriminalisering av førebuing?

a. Innleiing

Når det gjeld spørsmålet om ein bør opna for nye skjulte politimetodar, eller gi dei ei vidare rekkevidde, viser eg til utreiinga frå Metodekontrollutvalet, der eg var medlem.³⁷ I det følgjande skal eg konsentrera meg om spørsmålet om ei ytterlegare kriminalisering av førebuingshandlingar. Men i den samanhengen vil eg også måtta koma inn på forholdet mellom kriminalisering og bruk av og kontroll med bruken av tvangsmidlar. Eg kjem til å ta utgangspunkt i dei forslaga til nykriminalisering som PST sette fram i eit brev til Justisdepartementet i november 2011.³⁸

b. Planlegging, særleg av «soloterrorisme»

I kjølvatnet av 22. juli har det naturleg nok blitt fokusert særskilt på om vi i tilstrekkeleg grad har kriminalisert planlegging av «soloterrorisme». PST meiner nei, og nyttar erfaringane frå

³⁵ Jf NOU 2009:15 s. 226.

³⁶ Jf NOU 2009:15 s. 152-156 og 445-449.

³⁷ Jf NOU 2009:15, med samandrag av forslaga på s. 25-27.

³⁸ Jf «Forslag til lovendringer vedrørende terrorlovgivningen og PSTs metodebruk», brev frå Politiets Sikkerhetstjeneste av 01.11.2011 til Justisdepartementet. Brevet er hemmelegstempla, men ein sladda versjon vart offentleggjort av PST og det er denne eg her byggjer på (no tilgjengeleg på <http://www.uhuru.biz/wp-content/uploads/2011/12/PSTs-forslag-om-utvidet-terrorlovgivning-november-2011.pdf>).

terroraksjonen i Oslo sist sommar som argument for å ta opp igjen forslaget om å ha ein generell strafferegel mot planlegging av terrorhandlingar.³⁹

Sidan planlegginga til ein «soloterrorist» ikkje involverer andre, er regelen om «forbund» uaktuell. Det same er ansvaret for forsøk på medverking. Handlingar på førebuingssadiet vil likevel kunna bli råka av ulike straffereglar. Den viktigaste er kanskje straffelova § 161, som nemnt ovanfor. Men førebuinga vil nok ofte også innebera brot på anna lovgiving, slik som våpenlovgivinga, importreglar, landbruksreglar e l. Likevel er det klart at det her vil vera eit betydeleg «kvitt felt» der førebuinga ikkje er kriminalisert, slik at det teoretisk kan henda at politiet oppdagar at ein person held på å førebu eit tilfelle av «soloterrorisme». Ved første augekast kan det verka urimeleg at ein då ikkje skal kunna straffa «terroristen».

Det er likevel grunn til ein god del skepsis mot eit slikt resonnement. Frå ein praktisk ståstad kan ein for det første trekkja i tvil om politiet vil kunna klara å avdekka og bevisa slike tilfelle av eigenplanlegging.⁴⁰ Sjølv om lovheimlar og kapasitet skulle bli utvida vesentleg, vil det lett bli som å leita etter nåla i høystakken. Og sjølv om politiet skulle koma over noko som vekkjer mistanke i retning av terrorplanlegging, kan ein ikkje ta for gitt at vedkomande verkeleg er ein «terrorist». Om ein person har lasta ned ei oppskrift frå internett over «How to make a bomb in the kitchen of your mom», og sit der med ei flaske aceton e l, er det ikkje dermed sikkert at han har eit terrorforsett. Kanskje er han berre ein nysgjerrig kjemistudent, eller kanskje var tanken å hemna seg på ein tidlegare kjæraste?

Forslaget om å kriminalisera planlegging av terrorisme aktualiserer og illustrerer dessutan ei rekkje prinsipielle innvendingar mot førebuingsskriminalisering, som særleg kjem på spissen når ein formulerer det straffbare så vidt.⁴¹

Dersom ein kriminaliserer «planlegging» og/eller «førebuing» av terrorisme, gir straffebodet si skildring av det straffbare inga sjølvstendig rettleiing for kva type handlingar som vert råka. I planlegging av ei terrorhandling kan alle slags handlingar inngå. I Breivik-saka synes det t d som om mykje av dagleglivet dei siste åra har hatt med førebuing av terroraksjonen å gjera: Innkjøp av ein gard, trening på treningssenter, reiser til utlandet, bruk av ulike medikament osv. osv. Det blir dermed fullt og heilt avhengig av kva som er det vidare forsettet med handlingane, om dei skal reknast som terrorførebuing eller ikkje. Innkjøp av eit skrujern kan i eit tilfelle vera tenkt for å reparera baderomshylla, og i eit anna tilfelle for å reparera ein bil som skal nyttast under ein terroraksjon.

Ein kan stilla spørsmål ved om slike breitt formulerte straffebod gir tilstrekkeleg rettleiing til borgarane om kva som er straffbart, slik legalitetsprinsippet føreset. Eit synspunkt er at omsynet til legalitetsprinsippet vert ivareteke dersom det går tydeleg fram av straffebodet med kva forsett ein ikkje må handla.⁴² Eit anna synspunkt er at ei presisering av skuldkravet ikkje er nok til å vega opp for den vage karakteren av sjølvne gjerningsskildringa.⁴³ Uansett vert

³⁹ Jf brevet frå PST til Justisdepartementet (note 38 ovanfor) s. 6.

⁴⁰ Jf Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) s. 42 og meir generelt *Andenæs 2004* s. 347.

⁴¹ Jf også diskusjonen i *Husabø/Bruce 2009* s. 440-444.

⁴² Jf *Jacobsen 2009* kap. 5.

⁴³ Jf *Ashworth 2006* s. 76 om eit liknande britisk forslag.

fokus på eit avgjerande vis flytta frå ytre handling til indre motivasjon, noko som endrar vilkåra for å bruka - og kontrollera bruken av - slike straffebod.

Her må det nemnast at ein for terrorplanlegging vil måtta krevja eit dobbelt forsett. For det første må personen ha forsett om å gjennomføra den konkrete skadevaldande handlinga, t d skyta mot ein kjent person. For det andre må han ha forsett om å gjera dette for å skapa frykt i befolkninga, tvinga styresmaktene til noko eller forstyrre ein viktig samfunnsfunksjon (terrorforsettet).⁴⁴ Problemet med å bevise dette doble forsettet vert mykje større på førebuingsstadiet enn når ein terroraksjon er utført. I sistnemnde tilfelle vil ein normalt ut frå dei ytre omstenda kunna slutta at personen ville gjennomføra skytinga, og ofte vil tid, stad og offer også tydeleg indikera eit terrorforsett. På det reine førebuingsstadiet har ein ingen slike haldepunkt i bevisføringa for kva personen tenkte og ville med handlingane sine. Dessutan vil ein person sitt forsett på eit så tidleg stadium gjerne vera mindre fastspikra enn når han «skrider til verket». Som ein tysk kollega, Thomas Weigend, har uttrykt det.⁴⁵

Leaving determination of that defining element to inference means that the court can without conclusive proof put the terrorist label on one defendant and withhold it from another.

Ein kan her gjerne innvenda at domstolane alltid skal lata all rimeleg tvil koma tiltalte til gode. Likevel aukar ei slik generell førebuingskriminalisering risikoen for at domstolane medvite eller umedvite sluttar frå ein person sin omgangskrins, religiøse eller politiske preferansar til om han har hatt eit terrorforsett eller ikkje.

Her må vi også trekkja inn at den i praksis gjerne viktigaste effekten av ei slik kriminalisering av terrorplanlegging vil vera at det opnar for at politiet kan nytta skjulte tvangsmidlar dersom dei har mistanke om at nokon føretek slik planlegging.⁴⁶ Når straffebodet ikkje spesifiserer nærare kva handlemåtar som er straffbare, vil det avgjerande for om mistankekravet er oppfylt vera om ein mistenkjer personen for å ha eit terrorforsett. I høve til tvangsmiddelbruken gjeld ikkje noko prinsipp om at rimeleg tvil skal koma den mistenkte til gode. Endå meir på spissen kjem dette problemet ved PST sin førebyggjande tvangsmiddelbruk etter politilova § 17d. Då er det etter lova berre krav om at det er «grunn til å undersøke om noen forbereder» ei straffbar planlegging av terrorisme. Med ein kombinasjon av den førebuingskriminaliseringa som PST føreslår og den heimelen til tvangsmiddelbruk som dei alt har i § 17d vil det vera «carte blanche» for PST si overvaking av breie krinsar i det norske folket!

Den viktigaste rettstryggleiksgarantien ved bruk av tvangsmidlar, domstolskontrollen, får dessutan dårlegare kår der politiet sine fullmakter vert nytta for å førebyggja brotsverk. Vurderinga av om eit brotsverk vil koma til å bli utført er nemleg fundamentalt ulik den tradisjonelle vurderinga av om eit skadevaldande brotsverk er utført.⁴⁷ Om t d ein bombeaksjon er utført, vil bevisføringa i samband med retten sin kontroll av t d

⁴⁴ I den nye straffelova av 2005 § 131 (ikkje sett i kraft) vert det stilt eit meir kvalifisert krav om terrorhensikt.

⁴⁵ Jf Weigend, JICJ 2006 s. 924. Sjå også Fletcher, JICJ 2006 s. 902-903.

⁴⁶ Til samanlikning har straffelova § 104a om deltaking i ein samfunnsfiendtleg organisasjon blitt langt meir brukt som grunnlag for tvangsmiddelbruk bade av PST (tidlegare POT) og det vanlege politiet, medan vi har få døme på at nokon har blitt tiltalt etter denne paragrafen. Jf nærare Husabø 1999 s. 330-331.

⁴⁷ Denne skilnaden vart framheva av det svenske Lagrådet i deira evaluering av eit forslag om å akseptera førebyggjande bruk av skjulte tvangsmidlar i svensk rettmten kritikken førte ikkje fram, sjå rapporten frå Riksdagen sin Justiskomité, 2005/06:JuU30 pp. 13-14.

telefonavlytting kunna basera seg på ulike faktiske forhold, slik som stad, tid og måte for brotsverket og dei mistenkte sine disposisjonar i det aktuelle tidsrommet. For å sannsynleggjera at ei planlegging av ein bombeaksjon har funne stad, vil faktisk bevismateriale ofte ha ein langt meir underordna rolle. Det sentrale vil, som allereie nemnt, vera om det er grunn til å mistenka personen for å ha planlagt (eller i tilfelle med politilova § 17d: har tenkt å planleggja) ei terrorhandling. På dette stadiet, i samband med prøvinga av tvangsmiddelbruken, vil ei vurdering av personen sin motivasjon vera det sentrale temaet, inkludert om han er truande til å stiga over grensa frå å villa det til å gjera det. Det er denne hypotesen over personen sin framtidige vilje som vil bli det sentrale kriteriet ved domstolsprøvinga. Når personen sjølv ikkje kan visa seg for retten og motseia politiet sine mistankar i så måte, og han berre blir representert ved ein advokat som ikkje kjenner han, kan ein etter mitt syn ikkje ha overdriven tru på at domstolskontrollen faktisk vil verka som ein garanti mot unødvendig eller uforholdsmessig bruk av slike inngrep i folk sitt privatliv.

Ei meir grunnleggjande innvending er at ei generell førebuingsskriminalisering vil bryta med ein fundamental premiss for strafferetten i ein rettsstat. Kollega i Bergen, postdoktor Jørn Jacobsen, argumenterer i avhandlinga «Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten» for at det sentrale føremålet med strafferetten er å sikra alle borgarar sin autonomi. I dette perspektivet blir ei generell kriminalisering av planlegging av terrorisme svært problematisk fordi ho i iveren etter å verna om potensielle offer utviser manglande respekt for den potensielle gjerningsmannen sin moralske autonomi.⁴⁸ Så lenge ein person ikkje har involvert andre i planlegginga, og sjølv har full kontroll med handlingane sine (om planane skal leia til handling) er det problematisk å kriminalisera handlemåten hans. I så fall fråtek ein borgarane den allmenne forventninga om og tilliten til at dei vil halda seg til lova og ikkje krenkja andre sin autonomi. Dette er eit synspunkt eg deler fullt ut.

Ein annan som har føreteke ein grundig analyse av korleis og kor langt ein kan legitimera ei kriminalisering av førebuingshandlingar, er den svenske strafferettsprofessoren Petter Asp.⁴⁹ Også han argumenterer for at slik kriminalisering først og fremst kan forsvarast dersom gjerningspersonen har mista kontrollen over den vidare hendingsgangen og slik skapt ein klar fare for at brotsverket kan skje. I dette perspektivet kan ein t d forklara og legitimera den noverande kriminaliseringa av «forbund» og forsøk på medverking til terrorisme. Men Asp opnar også for at ein kan kriminalisera handlingar som ligg så nær det punktet der gjerningspersonen misser kontrollen at han «kan presumeras vara beredd att fullfölja gärningen dithen».⁵⁰ Dette leier over til spørsmålet om det går an å formulera straffereglar som råkar meir avgrensa og konkrete former for førebuing av terrorisme, også ”soloterrorisme”, utan å koma på kant med dei premissane som rettsstaten byggjer på.

⁴⁸ Jf Jacobsen 2009 s. 613-639.

⁴⁹ Jf Asp 2007.

⁵⁰ Jf Asp 2007 s. 126.

c. Vera til stades der det blir drive terrortrening

Eit konkret forslag frå PST er å kriminalisera "tilstedeværelse på et sted hvor det bedrives terrortrening".⁵¹ Som døme på terrortrening nemner PST, etter førebilete frå britisk rett, både «trening i antiovervåkningsteknikker» og å "lære å fly luftfartøy". Ei slik kriminalisering vil etter mitt syn også vera svært uheldig. Det er eit generelt prinsipp i norsk strafferett at det ikkje er nok til straffansvar at ein person er til stades på ein bestemt stad.⁵² Vi har – og bør ha – fridom til å ferdast kvar vi vil, utan at staten skal kontrollere grunnane våre for det. Straffansvaret bør knytast til det vi gjer eller ikkje gjer, ikkje til kvar vi ferdast. Det har også med den tilliten vi bør ha til kvarandre som autonome og ansvarlege borgarar. Dersom ein kriminaliserer det å vera til stades på visse – ikkje heilt presist definerte – stader, utvidar ein dessutan området for hemmeleg etterforsking og overvaking kraftig, og gjer det vanskeleg for domstolane å kontrollere og setja grenser for tvangsmiddelbruken, jf forrige punkt.

d. Ha eller skaffa seg informasjon med tanke på terrorhandlingar

Eit tredje forslag frå PST er å kriminalisera "besittelse og/eller anskaffelse av informasjon med tanke på fremtidige terrorhandlingar".⁵³ Etter mønster av britiske reglar skal det avgjerande ikkje vera kva mål ihendehavaren av opplysningane har, men "informasjonens formål". Førestellinga om at ei gitt informasjonsmengd har eit bestemt "formål", uavhengig av kven som gir og mottek informasjonen, er etter mitt syn høgst villeiande. Dette forslaget grip dessutan langt inn i ytringsfridomen, som både etter grunnlova § 100 og EMK artikkel 10 også omfattar det å ta imot informasjon. Det skal svært tunge grunnar til for å kriminalisera sjølve omgangen med informasjon. Med dette forslaget vil ein dessutan opna dørene for ein vidtrekkjande kontroll frå politiet og PST si side med kva informasjon borgarane har og innhentar til ei kvar tid. Det samsvarer dårleg med dei ideala som kjenneteiknar ein demokratisk rettsstat.

e. Motta trening eller instruksjon til nytte for terror

Eit fjerde forslag er å kriminalisera det å "motta trening eller instruksjon til nytte for terror".⁵⁴ Dette forslaget inneber ei utviding i høve til straffelova § 147c, som berre råkar det å gi slik opplæring. PST ønskjer med andre ord å straffe også den "passive" parten i opplæringa, føresett at denne har forsett om å bruka det han har lært til terrorhandlingar. Også her viser ein til ein tilsvarende britisk regel, og erfaringane med denne. Det kan nemnast at Tyskland innførte ein liknande regel i 2009.⁵⁵ Denne regelen er ikkje særskilt retta inn mot terrorisme, men mot førebuing av ei alvorleg valdshandling (drap, kidnapping eller gisseltaking) som etter forholda er bestemt til og eigna til å skada tryggleiken til ein stat eller internasjonal organisasjon. Regelen er dessutan meir avgrensa enn den britiske, fordi han berre råkar det å ta imot undervisning i bruk av skytevåpen, sprengstoff, gift og andre helseskadelege stoff.

⁵¹ Jf brevet frå PST til Justisdepartementet (note 38 ovanfor) s. 6-7.

⁵² Jf *Husabø 1999* s. 155-158.

⁵³ Jf brevet frå PST til Justisdepartementet (note 38 ovanfor) s. 8-9.

⁵⁴ Jf brevet frå PST til Justisdepartementet (note 38 ovanfor) s. 7.

⁵⁵ Jf den tyske straffelova (Strafgesetzbuch) § 89a (sjå særleg andre ledd nr. 1).

Bakgrunnen for regelen var eit sterkt fokus i media på at enkelte personar heimehøyrande i Tyskland reiste til utlandet for å få opplæring i terrorisme, utan at politiet kunna gripa dei når dei kom tilbake.

Slike tilfelle vil til ei viss grad også bli råka av den noverande regelen om «forbund», noko den ovanfor omtalte dommen frå Oslo tingrett illustrerer.⁵⁶ Likevel vil det ikkje alltid vera tilfelle, og det vil gjerne vera lettare å bevise at ein person har mottoke terrortrening i utlandet enn at han har avtalt ei terrorhandling med nokon han møtte der. Også mot ei slik kriminalisering kan ein innvenda at personen framleis har kontroll med om han vil gjera nytte av dei nye kunnskapane sine. Det er slik sett ikkje store skilnaden på å læra dei visse teknikkar i det norske forsvaret eller under trening i t.d. Pakistan. Ei særleg problematisk side ved å motta trening i utlandet som kan nyttast til terrorisme er likevel dei særlege kontaktane og den inspirasjonen som personen gjerne får der. Det kan gjera han særleg "farleg" ved heimkomst. Sidan fareelementet her dels knyter seg til den lojalitetsbindinga som kan vera oppstått i høve til den utanlandske grupperinga, kan ein med ein viss rett hevda at personen allereie har gitt opp litt av den moralske autonomien og forventninga om respekt for rettsstaten som strafferetten føreset. Men då er det i realiteten tilknytninga til ei terrorgruppe som er grunngevinga for ei eventuell kriminalisering, og ikkje sjølv mottakinga av teoretisk eller praktisk opplæring. I så fall bør ein etter mitt syn like gjerne vurdere å kriminalisera sjølv deltakinga i aktivitetar innafor ei terrorgruppe, jf neste punkt.

f. Leia eller delta i aktivitetane til ei terrorgruppe

PST føreslår no også å kriminalisera deltaking i ei terrorgruppe, «slik at Norge kommer på linje med EU».⁵⁷ EU si rammeavgjerd frå 2002 inneheld i artikkel 2 (2) følgjande plikt til å kriminalisera det å leia eller delta i aktivitetane til ei terrorgruppe:

2. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the following intentional acts are punishable:

(a) directing a terrorist group;

(b) participating in the activities of a terrorist group, including by supplying information or material resources, or by funding its activities in any way, with knowledge of the fact that such participation will contribute to the criminal activities of the terrorist group

Ein nærare definisjon av ei terrorgruppe er gitt i artikkel 2 (1):

1. For the purposes of this Framework Decision, "terrorist group" shall mean: a structured group of more than two persons, established over a period of time and acting in concert to commit terrorist offences. "Structured group" shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure.

Reglar av denne typen har ein lenge hatt i enkelte andre europeiske land, slik som Tyskland.⁵⁸ Finland og Danmark gjennomførte rammeavgjerda ved å innføra tilsvarande reglar.⁵⁹ Sverige

⁵⁶ Dom av Oslo Tingrett 30. januar 2012, saksnr. 11-047559 MED-OTIR/04. Der vart den eine tiltalte (Davud) dømt for å ha inngått terrorforbund med personar knytt til al-Qaida. Dessutan vart han og ein annan av dei tiltalte (Bujak) dømt for saman å ha inngått eit terrorforbund.

⁵⁷ Jf PST sitt brev til Justisdepartementet (note 38 ovanfor) s. 10-11.

fann det derimot både tilstrekkeleg og meir i tråd med landet sine lovgivingstradisjonar å heller kriminalisera det å inngå avtale om terrorhandlingar (“stämpling”), samt visse meir konkrete fysiske førebuinghandlingar.⁶⁰ Også i norsk rett vil kriminaliseringa av «forbund» i stor grad dekkja dei tilfella som ville falla inn under ein slik regel.⁶¹ Dessutan vil § 147b om finansiering av terrorisme dekkja økonomisk bistand, og mange tilfelle av materiell hjelp til ei terrorgruppe vil vera straffbare som forsøk på medverking til terrorisme eller andre brotsverk. § 147c om rekruttering og opplæring til terrorisme vil også fanga opp noko av det same.

Etter mitt syn vil ein slik regel i alle fall ikkje tilføra noko særleg til politiet og PST sine fullmakter til å bruka skjulte tvangsmidlar. Der det vil vera «skjellig grunn til mistanke» om at noko har delteke i ei terrorgruppe, eller (for PST) «grunn til å tro» at nokon vil koma til å gjera det, vil det også vera grunnlag for mistanke om at personane har inngått (eller kan koma til å inngå) eit «forbund» eller at dei har forsøkt å medverka til (eller kan koma til å forsøka å medverka til) terrorisme. Men sidan EU-regelen ikkje krev at terrorgruppa har planlagt og avtalt ei bestemt terrorhandling, vil ein slik regel kunna gi grunnlag for straffansvar også i enkelte tilfelle der ein ikkje kan bevise at dei involverte personane har inngått eit «forbund».

Det er likevel fleire motargument mot å innføra ein slik regel. For det første vil det gjera straffereglane mot terrorisme enno meir uoversiktlege enn i dag, sidan det i stor grad vil dreia seg om overlappende straffebod med både regelen om «forbund», medverkingsansvaret, § 147b og § 161. Ei anna innvending er det vil knyta handhevinga sterkt opp til omgrepet terrorgruppe, utan krav om at det er gjort konkrete straffbare handlingar. Som sitatet frå EU si rammeavgjerd ovanfor viser, inneheld definisjonen nokså uklare formuleringar. Dette er problematisk for rettstryggleiken, særleg i kombinasjon med den ikkje særleg klare avgrensinga av kva som utgjer eit terrorforsett.⁶² Som Justisdepartementet uttrykte det i lovmotiva til straffelova av 2005:⁶³

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.

Dersom ein knyter kriminaliseringa til omgrepet terrorgruppe blir ein dessutan avhengig av å trekkja skiljet mellom terrorgrupper i snever tyding og væpna opprørsgrupper og motstandsorganisasjonar som ikkje er meint å bli fanga opp av terror-kriminaliseringa.⁶⁴ At terrorreglane er gitt ei universell rekkevidde (jf straffelova § 12 nr. 4 bokstav a), gjer denne

⁵⁸ Jf den tyske straffelova § 129a. Regelen stammar frå 1976 men vart vesentleg endra i samband med gjennomføringa av EU si rammeavgjerd i 2003, jf nærare *Husabø/Bruce 2009* s. 92-94 og kap. 6.

⁵⁹ Sjø den danske straffelova § 114e og den finske straffelova kap. 34a §§ 3 og 4. Også Island har innført ein slik regel, jf den islandske straffelova § 100c.

⁶⁰ Sjø den svenske straffelova (‘Brottsbalken’) kap. 23 § 2 i samanheng med § 4 i den svenske lova om terroristbrott av 24.04.2003 (SFS 2003:148).

⁶¹ Riksadvokaten uttalte såleis i samband med høyringa om forslaget til nye terrorreglar i straffelova av 2005 at kriminaliseringa av terrorforbund ville vera tilstrekkeleg til å dekkja dei praktisk viktigaste tilfella av deltaking i ei terrorgruppe, jf Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 193.

⁶² Til samanlikning krev § 147b om finansiering av terrorisme ikkje at den økonomiske støtta går til ei terrorgruppe, men at midlane går til å finansiera ei terrorhandling eller til «person eller foretak som begår eller forsøker å begå» ei terrorhandling. Definisjonen av ei terrorgruppa krev ikkje at gruppa har utført eller forsøkt å utføra terrorhandlingar, berre at dette er føremålet til gruppa.

⁶³ Jf Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 195.

⁶⁴ Jf nærare *Husabø/Bruce 2009* kap. 11.

utfordringa særleg stor.⁶⁵ Med dagens reglar, der ansvaret er meir knytt opp til førebuing av konkrete terroraksjonar, er den sistnemnde utfordringa også til stades, men vil normalt vera enklare å handtera.⁶⁶

g. Ha eller skaffa seg bestemte gjenstandar med tanke på terrorhandlingar

PST har også sett fram to andre forslag. Det eine er å vidareføra regelen i straffelova § 161 også i den nye straffelova av 2005 (som ikkje har ein slik regel). Det andre forslaget er å kriminalisera besittelse av gjenstander og/eller anskaffelse av dette, med tanke på fremtidige terrorhandlingar”.⁶⁷ Det siste kan sjåast på som ei utviding av § 161, slik at regelen vil omfatta alle typar gjenstandar som ein person skaffar seg eller har under slike omstende at det gir ein grunnlagt mistanke om av besittelsen er for eit føremål relatert til terrorisme. PST framhevar at alle slag ting kan falla inn under denne regelen, t d flytande væske, gummihandskar, overallar, finlandshetter, bilar og kommunikasjonsutstyr.

Når ein ser dei to forslaga frå PST i samanheng, vil det utgjera ei svært vid kriminalisering av førebuingshandlingar. Forslaget skil seg frå ei generell kriminalisering av planlegging ved at det krev at personen som ledd i planlegginga har eller skaffar seg ein eller annan gjenstand. Men ei planlegging som ikkje gir seg nokon slike konkrete utslag, vil i praksis vera nesten umogeleg å oppdaga og føra for retten. Dermed reiser forslaget dei same prinsipielle og rettstryggleiksmessige motførestillingane som forslaget om å kriminalisera planlegging generelt.

Ei vidareføring av straffelova § 161 er heller ikkje uproblematisk.⁶⁸ Som Justisdepartementet peika på då dei føreslo å avskaffa regelen, gjer § 161 at elles lovlege handlingar kan straffast med 6 eller 10 års fengsel dersom personen har hatt kriminelle hensikter (t d ved lovleg innkjøp av eit våpen). Departementet uttalte vidare:⁶⁹

I tillegg kommer at det knytter seg rettssikkerhetsmessige betenkeligheter til å vidareføre bestemmelsen. Kravet om hensikt i straffeloven 1902 § 161 medfører at det sentrale vurderingstemaet er gjerningspersonens subjektive forhold og ikke mer objektivt konstaterbare forhold. At grensen mellom forberedelse til samfunnsskadelige handlinger og forberedelse til uskyldige handlinger i stor grad beror på sinnelaget til personen som begår dem, taler med tyngde imot at slike handlinger kriminaliseres...

⁶⁵ I straffelova av 2005 er omgrepet ”terrororganisasjon” nytta i fleire straffebod om spionasje m v, jf §§ 121-126. I den samanhengen vil det helst vera aktuelt med straffansvar for å bringa vidare statsløyndomar til organisasjonar som truar norske interesser, slik at ein ikkje så lett får på spissen dei same avgrensingsspørsmål som i relasjon til dei eigentlege reglane mot terrorisme, som i prinsippet gjeld for terroråtak i og mot einkvar stat.

⁶⁶ I dag kan dette spørsmålet særleg koma på spissen i samband med finansiering av ei væpna gruppe. Kompleksiteten i avgrensinga av kva som er ei terrorgruppe kom tydeleg fram i ei sak om pengesendingar til Somalia som nyleg var oppe for Borgarting lagmannsrett (LB-2011-4553), der lagmannen si rettsutgreiing var på heile 18 sider. Tingrettsdommen (TOSLO-2009-200483) er endå meir illustrerande, sidan dommen inneheld ei utførleg grunngeving på dette punktet.

⁶⁷ Jf PST sitt brev til Justisdepartementet (note 38 ovanfor) s. 7-9.

⁶⁸ Eg har også tidlegare drøfta om regelen burde endrast eller opphevast, jf *Husabø 1999* s. 385-386.

⁶⁹ Jf Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 257.

Til fordel for regelen kan ein likevel trekkja fram at han er avgrensa til gjenstandar som har eit særleg skadepotensiale. Ein kan kanskje hevda at personar som har eller skaffar seg slike gjenstandar bør kunna visa at dei ikkje har klart samfunnsskadelege hensikter med dette. Men dette synspunktet gjer seg først og fremst gjeldande i høve til førebuing av brotsverk som kan valda særleg stor skade, typisk terrorhandlingar. Det vil difor gjera regelen mindre problematisk om ein avgrensar han til tilfelle der personen har til hensikt å utføra terrorisme eller t d alvorlege angrep på statens sikkerhet. Dessutan bør ein leggja inn eitt eller fleire tilleggskriterium av meir objektiv karakter, slik som at omstenda rundt besittelsen av dei farlege gjenstandane tyder på at personen har slike kriminelle hensikter. I slike tilfelle kan ein hevda at det er gode nok grunnar til kriminalisering, fordi kombinasjonen av gjenstandane sitt skadepotensiale, personen sine hensikter og omstenda rundt gjer at ein ikkje lenger kan ha tilstrekkeleg tillit til at personen vel bruka autonomien sin til å avbryta den vidare hendingsgangen fram mot ei terrorhandling. Med ei slik grunngiving er det likevel ein føresetnad at ein, slik som for forsøkshandlingar (straffelova § 50), supplerer med ein regel om bortfall av straffansvar dersom personen frivillig har avstått frå å setja dei opphavlege planane i verk.⁷⁰

Dersom ein avgrensar og forbetrar straffelova § 161 langs desse linene, bør ein etter mitt syn samtidig vurdera å inkludera omgang med visse typar kjemikalier, som i dag neppe vert omfatta av regelen (jf punkt 4 ovanfor).⁷¹ Men då må det vera eit minstekrav at kjemikaliane har eit stort skadepotensiale, anten i seg sjølv eller i kombinasjon med andre stoff som personen også har skaffa seg. Dersom ein kombinerer dette med eit krav om at omstenda tyder på at personen har forsett om å bruka kjemikaliane til ei terrorhandling e l (i tillegg til eit krav om at han faktisk har terrorforsett), vil ein mogelegvis kunne skilja ut tilfelle som det er stor grunn til å kunna råka med straff, utan å gjera straffansvaret og den offentlege kontrollen meir omfattande enn nødvendig.

7. Oppsummering

Grunnlova § 102 byggjer på den grunntanken av borgarane er autonome individ som har krav på eit rom der dei kan tenkja og handla utan offentleg innblanding. Unntaket for «kriminelle Tilfælde» illustrerer samtidig at ein gjennom kriminalisering kan strekkja den offentlege kontrollen lenger inn i den private sfæren enn det som elles blir akseptert. Vi har sett at lovgivar det siste tiåret har utnytta dette spelerommet ved å kriminalisera praktisk viktige typar førebuing til terrorhandlingar, noko som gir grunnlag for både etterforsking og ilegging av straffansvar før ein skadeleg terroraksjon har blitt utført. Samtidig har dei folkevalde også gitt PST høve å bruka skjulte tvangsmidlar for å avdekka mogeleg førebuing til terrorisme

⁷⁰ Dette blir også framheva av *Jacobsen 2009* s. 613-639 og *Asp 2007* s. 137. I den tyske straffelova § 89a (nemnt ovanfor ved note 55) har ein i teke inn ein slik regel (om straffenedsetjing eller straffebortfall) i siste ledd.

⁷¹ Til samanlikning råkar den tyske straffelova § 89a (2) både det å framstilla eller skaffa seg våpen, sprengstoff, helsefarlege stoff m v og gjenstandar og stoff som er "vesentlege" for framstilling av våpen, sprengstoff eller liknande farlege innretningar. Ei liknande, forholdsvis klart avgrensa regulering av omgang med visse særlege farlege gjenstandar i terrorhensikt har den finske straffelova kapittel 34a § 2, jf nærare *Husabø/Bruce 2009* s. 300-301.

som ikkje har kome så langt at det er omfatta av straffansvar. Kombinasjonen av desse lovtiltaka gjer at den offentlege kontrollen med terrorførebuing allereie har blitt strekt langt inn i den private sfæren.

Når ein no drøftar behovet for ei ytterlegare kriminalisering av førebuingshandlingar, må ein ha i minne den rettsutviklinga som alt har funne stad. Like viktig er det at ein prøver kriminaliseringsforslaga opp mot dei grunnprinsippa som konstituerer demokratiet og rettsstaten. Det gjeld både ytrings- og informasjonsfridomen, rørslefridomen og respekten for borgarane sin privatsfære og moralske autonomi. Ei ukritisk kriminalisering av førebuingshandlingar vil nettopp kollidera med dei premissane som ligg bak også grunnlova § 102. Når vi legg til dei meir praktiske innvendingane som går på at ei brei (lite konkretisert) kriminalisering av førebuingshandlingar vil svekkja domstolskontrollen både med tvangsmidlar og straff, er ringen slutta. Visst gir grunnlova ei opning for å definera kva som skal vera «kriminelle Tilfælde», men ei ukritisk utnytting av dette spelerommet vil koma på kant med dei same omsyna som grunnlovsregelen er meint å verna om. Grunnlova § 102 er difor ikkje berre ein formell skranke mot førebyggjande bruk av enkelte tvangsmidlar (husransaking og romavlytting).⁷² Regelen minnar oss også meir generelt om kva omsyn og avvegingar som må gjerast når ein i ein demokratisk rettsstat skal trekkja akseptable grenser for kriminalisering og tvangsmiddelbruk.

⁷² Jf NOU 2009:15 s. 152-154.

Litteratur:

Andenæs 2004 = Andenæs, Johs; Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fr. Alminnelig strafferett. 5. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2004.

Andenæs/Myhrer 2009 = Andenæs, Johs og Myhrer, Tor-Geir. Norsk straffeprosess. 4. Universitetsforlaget, Oslo 2009.

Ashworth 2006 = Ashworth, Andrew. Principles of criminal law. 5th. ed. Oxford University Press, Oxford 2006.

Asp 2007 = Asp, Petter. Från tanke till gärning. Del I, Förberedelse och stämpling till brott. Iustus förlag, Uppsala 2007.

Fletcher, JICJ 2006 = Fletcher, George P. The Indefinable Concept of Terrorism. Journal of International Criminal Justice 4 (5): 894-911.

Husabø 1999 = Husabø, Erling Johannes. Straffansvarets periferi : medverking, forsøk, førebuing. Universitetsforl., Bergen 1999.

Husabø, TfS 2003 = Husabø, Erling Johannes. Pre-aktiv strafferett. Tidsskrift for Strafferett 3 (1): 96-107.

Husabø/Aall, LoR 2005 = Husabø, Erling Johannes og Aall, Jørgen. Bekjempelse av terrorisme og forsvar for rettsstaten - et britisk eksempel. Lov og Rett 44: 515-530.

Husabø/Bruce 2009 = Husabø, Erling Johannes og Bruce, Ingvild. Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009.

Jacobsen 2009 = Jacobsen, Jørn R. T. Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten. Fagbokforlaget, Bergen 2009.

Riksforsamlingens forhandlinger III = Riksforsamlingens forhandlinger 3die del, Grundlovsutkast. Grøndahl & Søn's Boktrykkeri, Kristiania 1916.

Stang 1833 = Stang, Frederik. Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret. D. F. Hoppes forlag, Christiania 1833.

Weigend, JICJ 2006 = Weigend, Thomas. The Universal Terrorist. Journal of International Criminal Justice 4 (5): 912-932.

Kommisjonen og sekretariatet er i dialog med en rekke eksterne eksperter som et ledd i sin undersøkelse og utredning. Notatene er utarbeidet av eksterne eksperter etter ønske fra kommisjonen. Notatene er ikke i seg selv et resultat av kommisjonens eller sekretariatets arbeid og bør ikke på noen måte oppfattes som offisielle eller uoffisielle observasjoner, meninger eller anbefalinger fra kommisjonen. Alle observasjoner, meninger og anbefalinger fremsatt i disse notatene er utelukkende forfatternes.