

Krigsbegrepet i nasjonal rett og enkelte beslektede straffeprosessuelle spørsmål

Førsteamanuensis Magne Frostad

1 Innledning

I tiltakende grad anvendes krigsbegrepet i samfunnsdebatten, og for vår del brukes begrepet i den senere tid særlig i forbindelse med Norges militære engasjement i Afghanistan. Her anvendes begrepet ofte uten at det tas sikte på dets rettslige innhold,¹ og i den grad dets rettslige innhold er det sentrale, er det nok fortrinnsvis begrepets folkerettslige innhold som berøres.

I debatten som fulgte en offensiv operasjon i Afghanistan i 2007, uttalte generaladvokaten og vår daværende forsvarssjef at den rettslige definisjonen av krig kunne være utdatert og at lovgiver derfor burde se nærmere på behovet for en revisjon.² Ved at de derved søkte å involvere lovgiver, er det nærliggende å anta at de hadde den internrettslige siden av begrepet i tankene.

Denne artikkelen tar krigsbegrepet i norsk rett i nærmere øyesyn og vårt pågående militære engasjement i Afghanistan vil danne bakteppet for diskusjonen. Innledningsvis gis det folkerettslige krigsbegrepet en kort presentasjon før forholdet mellom krigsbegrepet i folkeretten og nasjonal rett berøres. Dernest behandles begrepet i norsk rett, før det gis en kortfattet orientering om begrepets bruk i tysk rett. Avslutningsvis ses det nærmere på om situasjonen i Afghanistan tilsier anvendelse av de særlige straffeprosessuelle reglene i norsk rett for bl.a. krigstilstand.

2 Krigsbegrepet i folkeretten

Krigsbegrepet var tidligere av sentral betydning for folkeretten, men har siden andre verdenskrig blitt stadig mindre brukt.

En krig ble typisk utløst ved krigserklæring, eventuelt ved regulære kamphandlinger av en viss intensitet mellom to eller flere stater,³ og tradisjonelt påvirket en krigstilstand eksistensen av avtaler som var inngått mellom partene, samtidig som den aktiverte krigens folkerett og nøytralitetsretten.⁴

¹ For synspunktet til norsk militært personell i Afghanistan, se Kristin Solberg, ”Ingenting her nede er verdt å dø for”, Aftenposten, 3. juli 2010, s. 10-1.

² For Generaladvokatens synspunkter, se Solveig Ruud, Definisjonen av krig er utdatert, Aftenposten.no 10.11.07 på <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article2094615.ece> (sist åpnet 09.03.11). For vår daværende forsvarssjef sine synspunkter, se Sverre Diesen, Er Norge i krig?, Aftenposten.no 12.11.07 på <http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/article2096637.ece> (sist åpnet 09.03.11).

³ For Kleen blir det sentrale om åpne fiendtligheter finner sted mellom den organiserte våpenmakten til to eller flere stater; Fredrik Herman Rikard Kleen, Kodificerad handbok i krigets lagar till lands och till sjös enligt aftal och vedertagen sedvänja bland hyfsade folkslag, Stockholm 1909 s. 5, 6 og 47. Se også Lassa Oppenheim, International Law: A Treatise, bind 2: War and Neutrality, 1. utg., London 1906 s. 57 og 103-6.

⁴ Oppenheim, *ibid.*, s. 106-112, Christopher Greenwood, The Concept of War in Modern international Law, 36 International and Comparative Law Quarterly (1987) s. 283-306 og Magne Frostad, Krigsbegrepet i folkeretten, 49 Lov og Rett (2010) s. 344-62, s. 349-50.

Den klassiske beskrivelsen av krigsbegrepet synes å være Oppenheim's ord om at "[w]ar is the contention between two or more States through their armed forces, for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions of peace as the victor pleases".⁵ Berber finner det derimot mer naturlig å definere begrepet negativt som den tilstand som inntreer mellom stater når den normale fredstidsfolkerett suspenderes,⁶ mens Detter innvender at en av krigens potensielle følger i så fall virker som en forutsetning for eksistensen av en krig.⁷ Oppenheims definisjon er retningsgivende også i dag, så fremt man i tillegg lar den omfatte mer begrensede målsetninger og situasjoner hvor kamphandlinger (ennå) ikke har funnet sted.⁸

I dag reguleres i stor grad konsekvensene av krig på et annet vis enn tidligere, eventuelt ved at de rettslige regimene kan inntre på et lavere intensitetsnivå enn det som typisk kjennetegnet en krig som ikke bare var erklært, men som også utspilte seg på land, til havs eller i luften.

Begrepet anvendes imidlertid fortsatt. Eksempelvis følger det av den amerikanske grunnloven av 1787 artikkel 1 avsnitt 8 at det tilkommer Kongressen å erklære krig.⁹ Av nyere statspraksis kan nevnes presidiet i Bosnia-Herzegovina sin erklæring av 20. juni 1992 om at landet var i krig,¹⁰ samt at det danske forsvarsdepartementet visstnok kunngjorde i forbindelse med den USA ledede koalisjonens angrep på Irak i 2003 at Danmark var i krig med Irak.¹¹ I tillegg godkjente den georgiske nasjonalforsamlingen under konflikten med Russland i august 2008 et dekret fra presidenten hvorved staten ble ansett å være i krigstilstand i 15 dager fra vedtaket ble fattet.¹² Det er vel grunn til å anta at begrepet i disse sammenhengene ikke bare ble anvendt i sin internrettslige betydning, selv om disse eksemplene illustrerer hvor usikre slike vurderinger av nasjonalrettslig eller folkerettslig betydning kan være. Et klarere tilfelle er vel her Eritrea som brukte begrepet i sin argumentasjon for Eritrea/Ethiopia Claims Commission.¹³ Begrepet brukes for øvrig også av internasjonale tvisteløsningsmekanismer, som for eksempel EF-domstolen i Bosphorossaken fra 1996,¹⁴ hvor den folkerettslige betydningen nok var det avgjørende.

⁵ Oppenheim, *ibid.*, s. 57.

⁶ Friedrich Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, bind 2: *Kriegsrecht*, 1. utg., München, Berlin 1962 s. 3.

⁷ Ingrid Detter, *The Law of War*, 2. utg., Cambridge 2000 s. 7.

⁸ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4. utg., Cambridge 2005 s. 9 og 13.

⁹ Dette anses riktignok sist å ha funnet sted i forbindelse med den annen verdenskrig, som nevnt i International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference (2010) s. 7, fn. 26.

¹⁰ Dino Abazović, Nerzuk Ćurak, Zarije Seizović, Nermina Šaćić og Sead Turčalo, *Ethnic Mobilization in Bosnia and Herzegovina*, 2007 s. 34, nedlastbar fra <http://www.eurac.edu/en/research/institutes/imr/Documents/BosniaandHerzegovinaReport.pdf> (sist åpnet 09.03.11).

¹¹ Juridisk avklaring for danske Irak-krigere, *Juristkontakt* nr. 2/2003, s. 11.

¹² Torill Nordeng, *Abkhasia står for tur*, *Aftenposten* 11.08.08, del 1, s. 13.

¹³ *Jus Ad Bellum, Partial Award, Ethiopia Claims 1-8*, Eritrea Ethiopia Claims Commission, 2006 ILM 430, som nevnt i International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference (2010) s. 7.

¹⁴ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS mot Minister for Transport, Energy and Communications m.fl.*, Sak C-84/95, dom avsagt 30. juli 1996, pkt. 26.

Nært beslektet med det folkerettslige krigsbegrepet var anerkjennelse som krigførende ("belligerent", eventuelt anerkjennelse av "belligerency") og konstatering av opprør ("insurgency").¹⁵ Anerkjennelse som krigførende medførte at den ikke-internasjonale væpnede konflikten endret status, slik at i alle fall nøytralitetsreglene og reglene for føring av strid under internasjonale væpnede konflikter fikk anvendelse.¹⁶ Slik anerkjennelse fant sted heller sjelden, men eksempler som ofte nevnes er den amerikanske borgerkrigen på 1860-tallet, Madrids blokade av Kanariøyene og Spansk Marokko på 1930-tallet, samt Nigerias krigserklæring overfor Biafra i 1967.¹⁷ Ved konstatering av opprør inntraff derimot ingen rettigheter for opprørerne etter nøytralitetsretten.¹⁸ Imidlertid synes retten til krigsfangestatus å ha vært anerkjent i begge situasjonene, i alle fall så lenge kamphandlingene fortsatt pågikk.¹⁹

Status som krigførende måtte etableres ved anerkjennelse, mens opprør var en faktisk tilstand som ikke trengte noen anerkjennelse, selv om en konstatering ofte var hensiktsmessig.²⁰ I korte trekk var dette en anerkjennelse eller konstatering av at intern uro hadde nådd slik intensitet og omfang at det var nødvendig for en stat å forholde seg til opprørerne på et annet vis enn ved hjelp av nasjonal rett. Et eksempel er her hvor opprørerne hadde kontroll over territorium hvor fremmede stater hadde interesser.²¹ Det syntes imidlertid ikke som om det var noen forskjeller på intensitetsnivået som måtte foreligge mellom konstatering av opprør og anerkjennelse som krigførende.²² Ved anerkjennelse som krigførende gjaldt anerkjennelsen kun det bilaterale forholdet mellom opprørerne og den anerkjennende stat, mens enkelte kommentatorer hevder at tredjestaters konstatering av opprør indirekte også bandt de stedlige myndigheter ved at konstateringen anga den faktiske tilstand som forelå og dermed hvilket rettslig regime som gjaldt.²³

Etter andre verdenskrig synes det ikke å ha funnet sted noen anerkjennelse som krigførende eller konstatering av opprør. Flere kommentatorer har således reist spørsmål om slik anerkjennelse fortsatt er en del av gjeldende folkerett, selv om det synes som om muligheten består for i alle fall å konstatere opprør.²⁴ Her ligger nok noe av motviljen til

¹⁵ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, bind 2: *War and Neutrality*, 1. utg., London 1906 s. 65-6 og 86. For et skeptisk syn på slik anerkjennelse, se Fredrik Herman Rikard Kleen, *Kodificerad handbok i krigets lagar till lands och till sjös enligt aftal och vedertagen sedvänja bland hyfsade folkslag*, Stockholm 1909 s. 68-74. For en nyere omtale av kategoriene, se eksempelvis Antonio Cassese, *International Law*, 2. utg., Oxford 2005 s. 124-31.

¹⁶ Robert Jennings og Arthur Watts (red.), *Oppenheim's International Law*, bind 1, 9. utg., Oxford 1992 s. 165.

¹⁷ Som nevnt i Ingrid Detter, *The Law of War*, 2. utg., Cambridge 2000 s. 40 hvor hun også fremhever at det har vært divergerende syn på hvorvidt slik erkjennelse fant sted under den spanske borgerkrigen på 1930-tallet. Hun hevder videre at NATOs luftkampanje mot Jugoslavia i 1999 muligens kan anses som en implisitt anerkjennelse av status som krigførende, *ibid.*, 41.

¹⁸ Robert Jennings og Arthur Watts (red.), *Oppenheim's International Law*, bind 1, 9. utg., Oxford 1992 s. 168.

¹⁹ Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations*, Cambridge 2005 s. 257-8 og 269.

²⁰ *Ibid.*, s. 273-4.

²¹ For mer om disse kriteriene, se *ibid.*, s. 265 og 273.

²² *Ibid.*, s. 269.

²³ *Ibid.*, s. 261, 263, 265-6 og 272-5.

²⁴ *Ibid.*, s. 274-5, 359 og 368-9. Se også Ingrid Detter, *The Law of War*, 2. utg., Cambridge 2000 s. 43.

å omtale konflikten i Afghanistan som krig, da enkelte vil hevde at en slik karakterisering av konflikten innebærer en oppgradering av den ikke-statlige parten slik at denne også får status som stridende ("combatant").²⁵ Dette er for så vidt et argument for at den folkerettslige kategorien opprør fortsatt har gyldighet, kanskje også for den videre eksistens av muligheten for å anerkjenne ikke-statlige grupper som krigførende.

3 Krigsbegrepet i nasjonal rett

3.1 Generelt

Begrepet krig og lignende realitetsbeskrivelser eksisterer også i de fleste nasjonale rettssystem, men det er ingen automatikk i at de nasjonale krigsbegrepene er identiske med folkerettens begrep.²⁶ Ei heller er nasjonale domstolars forsøk på å definere folkerettens krigsbegrep nødvendigvis bestemmende for begrepets folkerettslige eksistens og innhold.²⁷ Følgelig kan statene seg i mellom ha avvikende nasjonalrettslige forståelser av begrepet, samtidig som den nasjonale retten heller ikke nødvendigvis anvender den samme forståelsen av begrepet i alle sammenhengene hvor det benyttes. For eksempel antok amerikanske domstoler at konflikten i Vietnam var å anse som krig for noen formål, men ikke for alle.²⁸

Det kan virke som om krigsbegrepet for tiden anvendes i større grad i nasjonalrettslige sammenhenger enn folkerettslige, selv om det også nasjonalrettslig er en viss motvilje mot å ta begrepet i bruk. Denne motviljen kan være saklig begrunnet, da det både nasjonalt og internasjonalt er "utviklet omstendelige regelverk, som normalt forutsetter at nasjonen er utsatt for den ytterste trussel slik at sterke kontrolltiltak og omfattende fullmakter må utløses",²⁹ hvor nøkkelbegrepet for aktiveringen av slike tiltak og fullmakter gjerne er krig. Ved uforsiktig bruk av begrepet kan myndighetene dermed komme til å aktivere fullmakter som ikke er nødvendige og kanskje heller ikke passende når kamphandlingene finner sted langt utenfor landets grenser.³⁰

3.2 Krigsbegrepet i norsk rett

Begrepet lever i beste velgående også i norsk rett, og utgangspunktet for dets fortolkning synes å være begrepets folkerettslige innhold, med mindre det er holdepunkter for noe annet.³¹

²⁵ Alexander Szandar, *Gefallen für den Frieden*, *Der Spiegel* nr. 44/2008, s. 132. For en noe enkel avvisning, eventuelt misforståelse, av dette argumentet, se Thomas Darnstädt, John Goetz, Susanne Koelbl, Condula Meyer og Christoph Shult, *Welt-Streit ums Töten*, *Der Spiegel* nr. 49/2009, s. 28-35, på s. 31-2. Med status som stridende menes at vedkommende har rett til å delta i stridshandlingene og ikke kan straffefølges for dette, så fremt vedkommende ikke har overtrådt krigens folkerett.

²⁶ Friedrich Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, bind 2: *Kriegsrecht*, 1. utg., München, Berlin 1962 s. 87.

²⁷ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4. utg., Cambridge 2005 s. 4.

²⁸ Christopher Greenwood, *The Concept of War in Modern International Law*, *36 International and Comparative Law Quarterly* (1987), s. 283-306, på s. 294 med henvisninger.

²⁹ Arne Willy Dahl, *Håndbok i militær folkerett*, 2. utg., Oslo 2008 s. 41.

³⁰ Se synspunktene til Arne Willy Dahl som nevnt i Solveig Ruud, *Definisjonen av krig er utdatert*, *Aftenposten.no* 10.11.07 på <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article2094615.ece> (sist åpnet 09.03.11).

³¹ Se Ot. prp. nr. 79 om lov om endringer i straffelovens kap. 8 og 9 m.v. (1950), s. 29 og NOU 2003:18 *Rikets sikkerhet*, s. 94.

Dette utgangspunktet stod tidligere sterkt innen strafferetten. Straffeloven av 1902 anvender varianter av begrepet i hele 13 paragrafer. I § 8 er ”krigstid” et nøkkelord, mens ”krig” anvendes for eksempel i §§ 84 og 85.³² I den strafferettslige særlovgivningen anvendes også varianter av krigsbegrepet i utstrakt grad. Høyesterett behandlet for øvrig begrepet i saken mot Quisling, hvor det ble lagt til grunn at i tillegg til situasjonen hvor krigserklæring var gitt eller ultimatum var blitt stilt, kunne krigstid også inntre ved faktisk åpning av kamphandlinger.³³ Dermed inntrådte det strafferettslige krigsbegrepet under tilnærmedesvis de samme omstendigheter som folkerettens krigsbegrep.

Til sammenligning fant Justis- og politidepartementet i Ot.prp. nr. 8 om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (2007-2008) at ”[d]er kan imidlertid ikke utelukkes at begrepet [”våpnet konflikt”] når det nå brukes i straffeloven etter omstendighetene må forstås noe annerledes enn i folkeretten dersom sterke hensyn taler for dette.”³⁴ Av nevnte ot. prp. fremgår det også i forbindelse med Lund-utvalgets omtale av landssvik at ”[f]or krig vises det til det folkerettslige begrep ”krig” som etter hvert har fått et funksjonelt innhold. Forståelsen påvirkes av om det er naturlig, ut fra de interesser det aktuelle regelverket skal beskytte, å anse at en krigstilstand foreligger.” Under høringsrunden fant Utenriksdepartementet også grunn til å påpeke at ”det folkerettslige krigsbegrepet ikke alltid er anvendelig i nasjonale strafferettslige bestemmelser, hvor begrepet må gis et internrettslig innhold.”³⁵ Dette viser godt hvilken relasjon som nå anses å foreligge mellom internrettslige begrep innen strafferetten og deres folkerettslige opphav.

Et gjennomgående tema i norsk retts anvendelse av begrepet er for øvrig at det brukes uten at det undergis en nærmere definisjon. Illustrerende er her lov 12. desember 2003 nr. 115 om statleg varekrigsforsikring som anvender bl.a. begrepene krig og krigsfare i §§ 1 og 2, uten at disse er definert i loven selv eller i odelstingsproposisjonen.³⁶ Tilsvarende nøyer man seg i forarbeidene til del 10 av straffeprosessloven med å fastslå at ”[k]rigsbegrepet bør forstås på samme måte som etter den någjeldende militære rettergangslov § 3. Tilsvarende begrep er også benyttet i § 3 i den militære straffelov og i § 8 i straffeloven.”³⁷ Ingen av de tre ovennevnte bestemmelsene definerer begrepet nærmere, og forarbeidene synes heller ikke å gi nevneverdig hjelp. Tilsvarende gir forarbeidene til straffeloven av 2005 ingen nærmere definisjon av krigsbegrepet,³⁸ skjønt dette må ses i sammenheng med at aktiveringen av straffebudene om krigsforbrytelser beror på om det foreligger en våpnet konflikt.³⁹ Så er for øvrig også tilfellet etter Roma statuttene av 1998 til Den internasjonale straffedomstolen artikkel 8, noe som medfører at

³² Lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig Straffelov (strl. 1902) benytter varianter av begrepet i §§ 8, 84, 85, 86, 87, 88, 92, 94, 133, 134, 139, 224 og 328.

³³ Rt. 1945 s. 109, på s. 112. Se også Frede Castberg, Norges statsforfatning, bind 1, 3. utg., Oslo 1964 s. 122.

³⁴ Ot. prp. nr. 8 om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (2007-2008), s. 306.

³⁵ Ibid., s. 129.

³⁶ Ot.prp. nr. 102 (2002-2003) Om lov om statleg varekrigsforsikring.

³⁷ Ot. prp. nr. 43 om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (rettergangsmåten i militære straffesaker) (1993-1994), s. 29.

³⁸ Se eksempelvis Ot. prp. nr. 8 om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (2007-2008), s. 305 vedrørende § 119.

³⁹ Se lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (strl. 2005) §§ 103-107.

det ikke vil få betydning i forhold til komplementaritetsprinsipp i artikkel 17 første ledd bokstav c om vedkommende er dømt ved en norsk domstol for overtredelser som har funnet sted under en væpnet konflikt istedenfor krig.⁴⁰ På denne bakgrunn blir det av mindre betydning hvordan krigsbegrepet nærmere måtte defineres i den nye straffeloven. Begrepet anvendes imidlertid fortsatt i eksempelvis §§ 111, bokstav c, 119 og 166, bokstav b.

I tillegg anvendes varianter av begrepet i forbindelse med særlige fullmakter for regjeringen.⁴¹ En av disse fullmaktene fremgår endog av grunnloven, hvor § 26 bemyndiger Kongen bl.a. til å ”sammenkalde Tropper, begynde Krig til Landets Forsvar og slutte Fred”. Andre eksempler er beredskapsloven, rekvisisjonsloven og vernepliktoloven, alle fra 1951, samt de skjerpede bestemmelser for slike situasjoner etter den militære straffelov av 1902⁴² og den militære disiplinærlov av 1988. Endog forvaltningsloven av 1967 gir i § 5 Kongen fullmakt til å fastsette at loven eller andre bestemmelser om saksbehandling helt eller delvis kan settes til side ”[n]år riket er i krig eller krig truer eller rikets selvstendighet eller sikkerhet er i fare”. Lovgiver har dessuten valgt å anvende begrepet i Instruks om kontroll med etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjeneste (EOS) fra 1995 § 4 annet ledd.

For øvrig får krigstilstand betydning for bl.a. rekkevidden av forsikringer, reglene om ansvar ved mislighold av kontraktsforpliktelser, erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold og folketrygden.⁴³ Fleischer legger da også til grunn at begrepet krig ofte vil bli gitt en annen betydning innen flere av disse feltene enn tilfelle er etter folkeretten, da ”det [vil] være kontraktens formål – det som gjennomsnittlig stemmer best med partenes interesser – som er avgjørende for fortolkningen.”⁴⁴ Dette blir da eksempler på tilfeller hvor det er holdepunkt for noe annet enn anvendelse av det folkerettslige krigsbegrepet.

Som en kuriositet kan det også spørres om militære ordner som opprinnelig var bestemt for særlige utmerkelse i forbindelse med krig, også kan tildeles soldater som har deltatt i stridshandlinger som ikke innfrir den klassiske folkerettslige definisjonen av krig.

⁴⁰ Skulle derimot den norske dommen begrense seg til å konstatere ansvar etter de ordinære reglene for eksempelvis drap eller skadeverk, blir spørsmålet av større interesse. For det syn at det avgjørende imidlertid ikke blir den rettslige karakteristikken av handlingen, men om vedkommende er dømt for å ha utført de underliggende faktiske handlingene, se Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson og Elizabeth Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. utg., Cambridge 2010 s. 82 Et annet synspunkt ble imidlertid hevdet av Høyesteretts mindretall i Repak-saken, Rt. 2010 s. 1445, avsnitt 143.

⁴¹ For danske internrettslige konsekvenser av krigen mot regimet til Saddam Hussein, se Den danske krig, Information 27.03.03: <http://www.information.dk/79901> (sist åpnet 09.03.11) og Stig Hartvig Nielsen, DR måske legitimt bombemål for Irak, TVNyt.com 28.03.03: <http://www.tvnyt.com/artikkel/default.asp?id=6796> (sist åpnet 09.03.11).

⁴² Lov 22. mai 1902 nr. 13 militær Straffelov § 3 benytter begrepet ”Krigstid” og dette er nærmere behandlet av C. J. Fleischer, *Den militære straffelov*, Oslo 1956 s. 20-5.

⁴³ Se Arne Willy Dahl, *Håndbok i militær folkerett*, 1. utg., Oslo 2003 s. 410-17 og Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utg., Oslo 2005 s. 246-9. Se for illustrasjon lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd § 25-17 om unntak fra loven ved krise i freds- og krigstid

⁴⁴ Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utg., Oslo 2005 s. 230.

Konkret gjelder dette Krigskorset med sverd som frem til nylig kun var gitt i tilknytning til den annen verdenskrig.⁴⁵ Dette må bero på en nærmere tolkning av statuttene til ordenen, som igjen kan endres av de dertil berettigede. På denne bakgrunn har da også Kongen i statsråd nå vedtatt at Krigskorset skal kunne tildeles for innsats under utenlandsoperasjoner etter den annen verdenskrig, og den 21. januar 2011 ble utmerkelsen posthumt tildelt orlogskaptein Trond André Bolle for hans tjeneste i Afghanistan.⁴⁶

Krigsbegrepet anvendes også i kommunikasjonen mellom våre høyeste statsorganer uten at det nødvendigvis er begrenset til den snevre folkerettslige definisjonen, som for eksempel i St.meld. nr. 9 (2009-2010) Om norsk flyktning- og migrasjonspolitikk i et europeisk perspektiv, hvor det på side 5 fremgår at "[i]nnvandringen til Norge betinges i stor grad av ytre omstendigheter: krig og konflikt, verdensøkonomien og etterspørsel etter internasjonal arbeidskraft, og ikke minst politikken som våre naboland fører." Her er det neppe snakk om en stringent anvendelse av folkerettens eller noe nasjonalrettslig krigsbegrep. Selv domstolene finner tidvis grunn til å bruke begrepet i en slik utvidet betydning, for eksempel i omtalen av krig i Borgarting lagmannsretts dom av 12. april 2010, den såkalte Repaksaken.⁴⁷

På bakgrunn av det ovennevnte synes det ikke å foreligge noen entydig tendens i retning av å fase begrepet ut av norsk rett og erstatte det med alternative virkelighetsbeskrivelser.

Et annet spørsmål er hvem som har kompetanse til å fastslå om det foreligger krig for vår interne rettsorden sin del. Etter mitt skjønn tilkommer denne avgjørelsen – i alle fall i de aller fleste tilfellene – ene og alene de norske myndigheter. Et eksempel er her hvor krig er blitt erklært oss uten at dette innebærer noen realitet.⁴⁸ En slik fastslåing tilligger nok fortrinnsvis den utøvende makt, selv om Stortinget med hjemmel i sin særlige instruksjonsrett overfor den utøvende myndighet også vil kunne komme til å spille en rolle i den anledning. Det kan dessuten ikke ses bort fra at domstolene kan finne grunn til uavhengig av de øvrige statsmakter å legge et krigsregime til grunn, for eksempel ved forsikringsaker hvor en av partene påberoper seg dette som grunnlag for nedsettelse eller bortfall av ansvar.

⁴⁵ Krigskorset for bragd ute, i Aftenposten, 08.05.08, del 1, s. 12, og Krigskorset deles ut, pressemelding 06/2010 av 22. mars 2010 fra Forsvarsdepartementet nedlastbar fra <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fd/pressemeldinger/2010/Krigskorset-deles-ut.html?id=598266> (sist åpnet 09.03.11).

⁴⁶ Pressemelding 04/2009 av 26. juni 2009 fra Forsvaret, nedlastbar fra <http://www.mil.no/start/aktuelt/pressemeldinger/article.jhtml?articleID=186083> (sist åpnet 09.03.11), samt pressemelding 1/2011 av 21. januar 2011 fra Forsvarsdepartementet nedlastbar fra <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fd/pressemeldinger/2011/krigskorset-med-sverd-tildes-trond-and.html?id=631471> (sist åpnet 09.03.11).

⁴⁷ Omtalen finner særlig sted i forbindelse med bevisbedømmelsen av saken, som domstolen uttrykkelig baserer i vesentlig grad på den rettsoppnevnte sakkyndiges forklaring. Vedkommende, professor Svein Mønnesland, er ansatt ved Institutt for litteratur, områdestudier og europeiske språk ved Universitetet i Oslo. Omtalen av krigsbegrepet er derimot mindre omfattende i Høyesteretts dom i saken, Rt. 2010 s. 1445.

⁴⁸ Arne Willy Dahl, Håndbok i militær folkerett, 1. utg., Oslo 2003 s. 407. Av plasshensyn er ikke denne delen av førsteutgaven av håndboken videreført i andreutgaven, jf 2. utg., s. 10.

3.3 Krigsbegrepet i tysk rett

For å belyse hvordan diskusjonen av krigsbegrepet varierer beroende på bl.a. nasjonalrettslige forhold, skal det kort ses hen til hvordan begrepet benyttes i tysk rett, samtidig som de sentrale sidene ved de senere års diskusjon av begrepet gjengis.⁴⁹ Tyskland er valgt da vår straffelov av 1902 er inspirert av bl.a. tysk strafferett,⁵⁰ samtidig som de norske troppene i Afghanistan stort sett står under tysk ledelse⁵¹ og i stor grad eksponeres overfor de samme farene som de tyske styrkene i landet. I tillegg har Tyskland mistet langt flere soldater i Afghanistan enn Norge, noe som medfører at landet også har hatt større oppfordring til å undergi spørsmålet om hvorvidt det foreligger en krigstilstand og hvilke utvidede fullmakter som i så fall gjelder en grundigere behandling enn tilfellet har vært hos oss.

Det er følgelig av interesse at varianter av begrepet også her anvendes i lovverket uten at det nødvendigvis knyttes opp mot nærmere definisjoner av dette, eksempelvis i den tyske grunnloven fra 1949.⁵²

Når det gjelder den rettspolitiske debatten i Tyskland, ønsket den daværende forbundsinnenriksminister Wolfgang Schäuble i sin tid å gi myndighetene som ivaretar samfunnsikkerheten enkelte av fullmaktene som forfatningen tilkjenner de utøvende myndigheter i en krigstilstand.⁵³ I så fall ville terrorproblemet også kunne håndteres med virkemidler beliggende mellom de straffemessige og krigsmessige alternativene. Den føderale forfatningsdomstolen har imidlertid, med bakgrunn i grunnlovsvernede menneskerettigheter, stilt seg tvilende til rettmessigheten av slike tilnærminger i kampen mot terror, og domstolen har ved flere anledninger satt nyere sikkerhetslovgivning helt eller delvis til side som grunnlovstridig.⁵⁴

Iforbindelse med Tysklands militære bidrag i Afghanistan har det i den senere tid pågått en levende debatt om bruken av krigsbegrepet. De tyske myndighetene har søkt å unngå

⁴⁹ Fra litteraturen om komparative studier kan nevnes Jon Peter Rui Johansen, *Komparasjon innen strafferett og –prosess*, Tidsskrift for strafferett 2009, s. 434-68.

⁵⁰ Som det fremgår av Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge, bind 2: Motiver, Kristiania 1896 s. vi-viii, ble inspirasjon hentet fra et større utvalg av stater. Straffeloven av 2005 har imidlertid et sterkere nordisk fokus. Se herom eksempelvis Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) og Ot. prp. nr. 8 (2008-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet). Imidlertid tilkommer Tyskland mer oppmerksomhet i de underliggende NOU dokumentene, eksempelvis NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser, samt i Ot. prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet) på eksempelvis s. 75. Straffeprosessloven synes å ha vært influert av så vel nordisk som (vest-)tysk rett; Anders Bratholm, *Utkast til ny straffeprosesslov*, 9 Lov og Rett (1970), s. 161-89, på s. 163.

⁵¹ Tyskland har kommandoen over Regional Command North (RC-N) som dekker Nord-Afghanistan. Straffe- og disiplinærsaker er likevel et nasjonalt anliggende.

⁵² En oversikt over krigsbegrepets plass i tysk rett fås ved å benytte ordet „Krieg“ i søkemotoren på <http://dejure.org> (sist åpnet 09.03.11).

⁵³ Dietmar Hipp, Marcel Rosenbach og Holger Stark, *Ringens um den Rechtsstaat*, *Der Spiegel* nr. 9/2008, s. 58-62, på s. 62.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 58.

bruken av begrepet av flere grunner, blant annet forfatningsrettslige.⁵⁵ En grunn til dette er at mandatet fra Den tyske forbundsdagen til de tyske styrkene i Afghanistan ikke synes å omfatte krigføring, noe som i så fall ville kunne ha medført forfatningsmessig ansvar for statsrådene ved den tyske forfatningsdomstolen.⁵⁶ I tillegg ville forbundsstatsministeren Angela Merkel ha måttet overta den overordnede styringen av de væpnede styrker dersom det forelå en krigstilstand, mens dette i fredstid påhviler forsvarsministeren.

Saken mot oberst Georg Klein, som beordret et luftangrep i 2009 mot to strandede tankbiler som var blitt bortført av Taliban med den følge at flere titalls sivile omkom eller ble skadet, ble et vendepunkt i den offentlige debatten om hvordan det tyske engasjementet i Afghanistan skulle defineres. I stor grad har kommentatorer nå falt ned på at Tyskland deltar i en krig.⁵⁷ Imidlertid synes man ikke å anvende en rettslig krigsdefinisjon. De tyske myndighetene nøyde seg da også med å fastslå 10. februar 2010 at Tyskland deltok i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt.⁵⁸ I forbindelse med begravelsen til omkomne tyske soldater i fjor vår uttalte likevel daværende forsvarsministeren Karl-Theodor zu Guttenberg at "[w]as wie am Karfreitag in Kunduz erleben mussten, bezeichnen die meisten verständlicherweise als Krieg. Ich auch."⁵⁹

Kanskje er det nettopp denne erfaringsoppbygningen som har bidratt til at man nå ser en dreining fra normalsituasjonen hvor ethvert dødsfall forårsaket av de tyske styrkene i Afghanistan er gjenstand for den sedvanlige grundige og tidkrevende etterforskningen av sivilt politi, til at det nå i større grad lar seg gjøre raskere å konstatere at soldatene handlet i nødverge dersom den aktuelle situasjonen som etterforskes skulle tilsi det.⁶⁰ I tillegg ses det nå mer på om den dødbringende handlingen var i tråd med krigens folkerett, vel som en ekstraordinær straffrihetsgrunn, enn om handlingen fanges opp av straffrihetsgrunnene som gjelder i en normalsituasjon, særlig nødverge.⁶¹

⁵⁵ Ralf Beste, Ulrike Demmer, Matthias Gebauer, Susanne Koelbl, Dirk Kurbjuweit, Holger Stark og Alexander Szander, Zähne für die Schildkröte, Der Spiegel nr. 28/2009, s. 24-27 og Ulrike Demmer, Die endlose Sekunde, Der Spiegel nr. 30/2009, s. 38-40.

⁵⁶ Alexander Szandar, Gefallen für den Frieden, Der Spiegel nr. 44/2008, s. 132.

⁵⁷ Ralf Beste, Ulrike Demer, Jan Friedmann, Matthias Bebauer, John Goetz, Christoph Hickmann, Simone Kaiser, Hasnain Kazim, Fabian Klask, Susanne Koelbl, Ralf Neukirch, Christoph Scheuermann og Holger Stark, "Warum sterben Kameraden?", Der Spiegel nr. 16/2010, s. 18-33, på s. 26.

⁵⁸ Andreas Ulrich og Alfred Weinzierl, Auslandseinsätze: „Das Überleben lernen“, Der Spiegel nr. 14/2010, s. 26-8, på s. 28 og Ralf Beste, Ulrike Demer, Jan Friedmann, Matthias Bebauer, John Goetz, Christoph Hickmann, Simone Kaiser, Hasnain Kazim, Fabian Klask, Susanne Koelbl, Ralf Neukirch, Christoph Scheuermann og Holger Stark, "Warum sterben Kameraden?", Der Spiegel nr. 16/2010, s. 18-33, på s. 27.

⁵⁹ "Hva vi måtte oppleve på langfredag, betegner de fleste forståelig nok som krig. Så også jeg." (forfatterens oversettelse): Ralf Beste, Ulrike Demer, Jan Friedmann, Matthias Bebauer, John Goetz, Christoph Hickmann, Simone Kaiser, Hasnain Kazim, Fabian Klask, Susanne Koelbl, Ralf Neukirch, Christoph Scheuermann og Holger Stark, "Warum sterben Kameraden?", Der Spiegel nr. 16/2010, s. 18-33, på s. 23.

⁶⁰ Thomas Darnstädt, John Goetz, Susanne Koelbl, Cordula Meyer, Christoph Shult, Welt-Streit ums Töten, Der Spiegel nr. 49/2009, s. 30 og Ulrike Demmer, Die endlose Sekunde, Der Spiegel nr. 30/2009, s. 38-40.

⁶¹ Großzügige Bewertung, Der Spiegel nr. 23/2010, s. 15.

4 Enkelte straffeprosessuelle regler for bruk ved krig o.l.

4.1 Generelt

Ved krig og lignende situasjoner inntreer særlige bestemmelser av straffeprosessuell art, jf straffeprosessloven av 1981 § 463.⁶² Ved utarbeidelsen av straffeprosessloven ble dette forholdet ikke nevneverdig berørt, da eksisterende regler i særlover fra 1900⁶³ og 1921⁶⁴ ble stående i stor grad uforandret. Imidlertid kom man tilbake til dette forholdet under revideringen av lovgivning vedrørende militær politimyndighet og det militære disiplinærsystemet. Følgen av dette ble del 10 av straffeprosessloven som ble tilføyd ved en lov fra 1994, og som gir enkelte særregler for rettergangsmåten i militære straffesaker.

I korte trekk gjelder straffeprosessloven del 10 overtredelser av den militære straffelov fra 1902 begått av en militærperson. I krigstid utvides denne personkretsen noe, slik at også sivile personer som gjør tjeneste ved de væpnede styrker, eller som følger en avdeling av disse, omfattes av de strafferettslige⁶⁵ og disiplinære⁶⁶ bestemmelser som gjelder for våre soldater på stedet. Slike overtredelser går i fredstid for de alminnelige domstolene, mens saksbehandlingen i krigstid er forbeholdt nærmere angitte tingretter, samtidig som domstolen i krigstid også settes med militære meddommere.⁶⁷

4.2 Når kan reglene anvendes?

Reglene for den ordinære fredstid skal ikke behandles nærmere her, og siden det ikke foreligger krig i Afghanistan, dersom man anvender folkerettens forståelse av begrepet, kan denne krigstidsreguleringen heller ikke gis anvendelse ved kun å vise til eksistensen av folkerettslig krig. Derimot fremgår det av § 463 femte ledd at ”Kongen kan bestemme at reglene om militær rettergang i krigstid helt eller delvis skal gis anvendelse ved norsk deltakelse i internasjonale fredsoperasjoner. Kongen kan samtidig bestemme at krigstidsbestemmelsene i den militære straffelov og i disiplinærmyndighetsloven helt eller delvis skal kunne anvendes ved handlinger foretatt av en person som deltar i operasjoner som nevnt i forrige punktum.” Denne fullmakten fordrer altså at det foreligger en nærmere angitt situasjon, samt at Kongen i statsråd har fattet vedtak om anvendelsen av reglene.

Av forarbeidene fremgår det at ”[f]oruten å avskjære eventuell uenighet om vanskelige tolkningsspørsmål som kan oppstå dersom loven regulerer nærmere når krigstidsbestemmelsene skal tre i kraft, vil en delegasjonsbestemmelse åpne for anvendelse av det regelsett som i den enkelte situasjon er mest hensiktsmessig og fleksibelt.”⁶⁸

⁶² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.).

⁶³ Lov av 29. mars 1900 nr. 2 om rettergangsmåten i militære straffesaker.

⁶⁴ Lov av 6. mai 1921 nr. 1 om rettergangsmåten i militære straffesaker i fredstid.

⁶⁵ Strpl. § 463 tredje ledd bokstav a.

⁶⁶ Lov av 20. mai 1988 nr. 32 om militær disiplinærmyndighet § 47 første ledd første punkt, jf. lov av 22. mai 1902 nr. 13 om militær straffelov § 9 tredje punkt.

⁶⁷ Strpl. § 466.

⁶⁸ Ot. prp. nr. 43 om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (rettergangsmåten i militære straffesaker) (1993-1994), s. 29.

Videre fremheves det i forarbeidene at hvor ”internasjonale styrker [med norsk deltakelse] skal benyttes i *regulære kamphandlinger*, vil det kunne reises spørsmål om krigstidsbestemmelsene i den militære rettergangslovgivning vil få anvendelse overfor de norske styrkene som deltar, ut fra en generell fortolkning av begrepet «krigstid»... Departementet går ut fra at det vil være naturlig å legge til grunn som et utgangspunkt at krigstidsbestemmelsene i lovutkastet her først får anvendelse ved en *krig eller krigstruende situasjon som direkte berører Norge som stat*. Tolkningsresultatet vil imidlertid uansett avhenge av momenter som den konkrete konfliktsituasjon, hva slags oppgaver styrkene skal utføre, og bakgrunnen for den norske deltakelsen i operasjonen. Det vil derfor på forhånd være vanskelig å oppstille generelle regler eller retningslinjer for tolkningen. Etter lovutkastet vil forskjellene mellom rettergangsordningene i krigstid og fredstid være vesentlig mindre enn etter gjeldende rett. Departementet er likevel kommet til det vil være en fordel med en regel som åpner for at de ansvarlige myndigheter om nødvendig kan bestemme hvilke prosessregler som skal få anvendelse i slike tilfeller.”⁶⁹

Det synes dermed forutsatt at disse bestemmelsene kun får anvendelse i såkalte fredsopprettende operasjoner hvor kamphandlinger kan påregnes for i alle fall deler av styrken, mens de tradisjonelle fredsbevarende operasjonene faller utenfor anvendelsesområdet.

Lovteksten selv anvender imidlertid formuleringen ”internasjonale fredsoperasjoner”, mens det senere i forarbeidene fremgår at bestemmelsens anvendelsesområde også er ”internasjonale freds- eller tvangsoperasjoner”, noe som muligens kan leses som en utvidelse av nedslagsfeltet. Sistnevnte formulering er visstnok hentet fra forarbeidene til lov 23. februar 1996 om tjenestegjøring i internasjonale fredsoperasjoner,⁷⁰ skjønt denne loven til slutt anvendte nettopp begrepet ”internasjonale fredsoperasjoner”. Dette ble igjen definert i lovens § 1 som ”humanitære hjelpeaksjoner, konfliktforebyggende, fredsbevarende, fredsopprettende og andre lignende operasjoner i utlandet, som krever bruk av militære styrker”, noe som tilsier en viss grad av fleksibilitet i forhold til den situasjonen som må foreligge før fullmakten kan anvendes. Reelle hensyn taler imidlertid for at avvik fra det ordinære fredstidsregimet fordrer en særlig situasjon som vel knappast vil kunne foreligge ved de tradisjonelle fredsbevarende operasjonene.

Departementet fant også grunn til å se nærmere på om ”det bør være en tilsvarende adgang til å bestemme at de *materielle* krigstidsbestemmelsene skal kunne anvendes ved operasjoner i utlandet. Materielle særregler for krigstid finnes både i militær straffelov (se tredje del), i lov 20 mai 1988 nr 32 om militær disiplinærmyndighet (se § 47) og i alminnelig borgerlig straffelov (se §§ 86, 87, 88 og 92). For avdelinger, skip og lignende som deltar i operasjoner i utlandet, mener departementet at det kan være behov for å anvende de særlige materielle reglene for krig. Fordi norsk deltakelse i utlandet kan skje

⁶⁹ Ibid. Forfatterens kursivering.

⁷⁰ Ibid.

under vidt forskjellige omstendigheter, vil behovet variere fra sak til sak. Det er umulig på forhånd å oppstille klare kriterier for når materielle krigstidsbestemmelser i slike tilfeller bør tre i kraft. Bestemmelsen er derfor gitt som en fullmaktsbestemmelse. Departementet antar at det ved internasjonale freds- eller tvangsoperasjoner normalt ikke vil være ønskelig å iverksette hele det militære krigstidsregimet. Flere av straffebudene i den militære straffelov ville være støtende å anvende i forbindelse med en slik operasjon. Departementet har i lys av dette valgt formuleringen «helt eller delvis».⁷¹

Myndighetene synes ikke så langt å ha benyttet seg av denne fullmakten, noe som vel må ses i sammenheng med de politiske vanskeligheter som er forbundet med selv slike mer indirekte anvendelser av krigsbegrepet.⁷² Dermed gjelder i dag de ordinære materielle og prosessuelle fredstidsreglene for vårt militære bidrag i Afghanistan, selv om anvendelsen av disse i noen grad må tilpasses den konkrete situasjonen som foreligger der.

Dette betyr derimot ikke at myndighetene i dag er forhindret fra å benytte fullmakten, siden den nåværende situasjonen i Afghanistan – en ikke-internasjonal væpnet konflikt hvor vår deltakelse baserer seg på et mandat fra FNs Sikkerhetsråd⁷³ – må anses å innfri kriteriet ”internasjonal fredsoperasjon” i strpl. § 463 femte ledd.

Her er det videre viktig å påpeke at krigstidsreglene ikke nødvendigvis må gis anvendelse i sin helhet, og særlig nærliggende synes her aktivering av de prosessuelle krigstidsreglene.

4.3 Hvem bør være meddommer?

Sentral betydning får det her at realitetene på bakken i dette innsatsområdet avviker i vesentlig grad fra den virkelighet som foreligger i Norge,⁷⁴ særlig nå som kamphandlinger inntreffer med jevne mellomrom.⁷⁵ I tillegg gjennomfører en stadig mindre del av Norges befolkning militær førstegangstjeneste, og det er nettopp her at de fleste av oss vel tilegner seg en minimumsgrad av faktisk kjennskap til krigens vesen. Dermed kan det stilles spørsmål ved om våre ordinære meddommere og jurymedlemmer i tilstrekkelig grad vil være i stand til å sette seg godt nok inn i tiltaltes situasjon til å kunne ivareta vedkommendes rettssikkerhet. Eventuell tvil i den anledning taler for å sette domstolen med militære meddommere etter strpl. § 466 annet ledd, da dette synes å ivareta tiltaltes rettssikkerhet på et bedre vis.⁷⁶

⁷¹ Ibid., s. 29-30. Forfatterens kursivering.

⁷² Her vil jeg rette en takk til førstekrigsadvokat Gunnar Johnsen for å ha henledet min oppmerksomhet på dette forholdet.

⁷³ Se her eksempelvis Sikkerhetsrådsresolusjonene nr 1386 fra 2001 og nr. 1890 fra 2009.

⁷⁴ For tilsvarende synspunkt i forbindelse med straffeforfølgning for tyske domstoler, se Ulrike Demmer, Marcel Rosenbach, Alexander Szandar og Andreas Wassermann, Juristische Kampfzone, Der Spiegel nr. 47/2008, s. 36-7 med videre henvisninger.

⁷⁵ Se her pressemeldingene som fortløpende postes på Forsvarets egen hjemmeside, <http://www.forsvaret.no>.

⁷⁶ Tilsvarende synspunkt er nylig blitt fremmet av Generaladvokat Arne Willy Dahl, se Marte Boye Haakonsen, Trenger spesialkunnskap, mil.no 28.07.10, nedlastbar fra <http://www.mil.no/start/article.jhtml?articleID=199084> (sist åpnet 09.03.11), og Morten E. Mathiesen, Generaladvokat i krig og fred, Juristkontakt nr. 6/2010, s. 6-10.

Strpl. § 467 oppstiller som vilkår for å tjenestegjøre som militær meddommer at vedkommende er militærperson. Dette defineres nærmere i strpl. § 463 annet ledd som ”enhver som er ansatt ved eller hører til de væpnede styrker”. Da reglene er tilpasset en krigssituasjon, vil dette omfatte både personell som er stadig tjenestegjørende og det vernepliktige mannskap og befal som mobiliseres. Med utgangspunkt i ordlyden skulle man anta at der hvor mobilisering ikke var igangsatt men reglene likevel ble gitt anvendelse, ville stadig tjenestegjørende befal, sivilt ansatte i Forsvaret og mannskap som gjennomfører verneplikten, være omfattet. Imidlertid taler forarbeidene og den nærmere redigeringen av kapittel 34 mot at sivilt ansatt i Forsvaret kan utgjøre noen særskilt meddommergruppe.⁷⁷

Med tanke på størrelsen av den resterende gruppen militært personell under slike forhold, blir det av særlig interesse hvilke andre persongrupper man kan henføre under ”hører til de væpnede styrker”. Forarbeidene gir få holdepunkter i den anledning, men sammenhengen i rettssystemet tilsier at i alle fall enkelte andre kategorier som lovverket pålegger militære plikter eller gir militære rettigheter, bør anses omfattet. Særlig praktisk er vel dette for personell tilknyttet Heimevernet, gitt at de er jevnlig inne til trening.⁷⁸ Derimot er det antagelig utilstrekkelige holdepunkter for å inkludere personer tilhørende mobiliseringsforsvaret etter lov 17. juli 1953 om verneplikt, med mindre vedkommende også er blitt mobilisert eller på annet vis undergitt aktiv militær tjeneste.

Kanskje ville det også være ønskelig med en ytterligere tilpasning, slik at oppnevnte meddommere også må ha tjenestegjort ved en militær utenlandsmisjon. Dermed vil de ha bedre forutsetninger for å sette seg inn i vedkommendes situasjon enn tilfelle er når meddommeren kun har virket i Forsvarets tjeneste innenfor Norges grenser.

En mellomløsning kunne her være å la ordinære meddommere og jurymedlemmer gjøre tjeneste, men velge personer fra denne gruppen som har erfaring fra militær utenlandstjeneste. Da vel de fleste som har gjennomført slik tjeneste ikke lenger tjenestegjør i Forsvaret, skulle det være tilstrekkelig med personer å velge blant. På den annen side er neppe dette lett tilgjengelig informasjon for domstolene, samtidig som denne tilnærmingen også synes å fordre en lovendring.

4.4 Nærmere om påtalemyndighet og domstol

Ved en slik delvis bruk av krigstidsbestemmelsene vil Kongen i statsråd også måtte ta stilling til om reguleringen i strpl. § 466 annet ledd, første punktum skal anvendes, dvs. om særskilte tingretter skal identifiseres for behandlingen av slike saker.

Minst merarbeid blir det vel dersom man lar de alminnelige domstolene behandle sakene i henhold til de ordinære reglene for domstolenes stedelige virkekrets. Imidlertid taler enkelte argumenter for en motsatt løsning. Siden vårt styrkebidrag forhåpentligvis kommer til å generere få om noen saker overhodet, og det er ønskelig med en viss erfaringsoppbygging i domstolsapparatet, bør det vurderes om man skal øremerke en

⁷⁷ Ot. prp. nr. 43 om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (rettergangsmåten i militære straffesaker) (1993-1994), s. 22.

⁷⁸ Lov 17. juli 1953 nr. 28 om Heimevernet.

tingrett for behandlingen av slike saker. Dette blir i så fall en mer innskrenket angivelse av mulige tingretter enn den nåværende reguleringen for krigstid legger opp til.⁷⁹

Romerike politidistrikt er i dag gitt i oppdrag å forestå den polisiære oppfølgingen av våre militære utenlandsstyrker,⁸⁰ selv om iretteføringen av slike saker finner sted for de domstolene som reglene i strpl. § 11 gir anvisning på. Hvis man skal øremerke én domstol for dette virket, er et nærliggende forslag Nedre Romerike tingrett. Nettopp fordi det aktuelle politidistriktet og den aktuelle tingretten virker sammen i forbindelse med også de øvrige sakstypene, kan man oppnå en stordriftsgevinst som man ellers ville kunne miste.

Et annet alternativ er å øremerke Oslo politidistrikt for oppdraget og bruke Det nasjonale statsadvokatembetet for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet som påtalemessig ansvarlig. Dette ville nok fordre en justering av mandatet til statsadvokatembetet, men større betydning bør det få at embetet har opparbeidet seg en viss kjennskap til militær modus operandi ved sin behandling av internasjonale straffesaker. Imidlertid synes det mer nærliggende å la den militære påtalemyndighet som omhandlet i straffeprosessloven kapittel 35 forestå iretteføringen av slike saker, da dette embetet nok besitter den største kjennskapen til våre væpnede styrker. Etter strpl. § 474 annet ledd gis embetet også utvidede fullmakter i krigstid, og det er nærliggende å inkludere dette aspektet ved en delvis anvendelse av krigstidsbestemmelsene for vårt pågående militære engasjement i Afghanistan. For å oppnå den ønskede erfaringsoppbygning ved tingrettene, samt ivareta en viss grad av iretteføring innen tiltaltes hjemregion, kunne for eksempel tingrettene i Oslo og Bodø anvendes ved slike saker. I disse byene ligger henholdsvis Forsvarets øverste ledelse samt krigsadvokatene i Sør-Norge, og Forsvarets operative hovedkvarter samt krigsadvokatene i Nord-Norge.

5 Avsluttende bemerkninger

Som vi har sett lever diskusjonen om krigsbegrepet i beste velgående i flere av statene som har militære styrker stasjonert i Afghanistan. Dels har diskusjonen berørt overlappende sider av krigsbegrepet, dels har diskusjonen fokusert på forskjellige sider ved dette.

Et beslektet spørsmål er hvordan nasjonale myndigheter kan anvende begrepet uten at de samtidig risikerer å etablere en rettslig krigstilstand. En mulighet er naturligvis å presisere i enhver sammenheng at begrepet ikke anvendes som et juridisk begrep, eventuelt slå fast at med mindre noe annet blir uttrykkelig sagt i forbindelse med en bestemt militær operasjon, benyttes begrepet for fremtiden kun i en ikke-juridisk betydning. Det er imidlertid noe usikkert hvor praktisk slike forslag er, selv om det i dag

⁷⁹ Se forskrift 13. juni 1997 nr. 582 om domstolsordningen i saker etter militær straffelov i krigstid, og forskrift 6. oktober 1997 nr. 1081 om stedelig virkekrets for tingretter som skal behandle militære straffesaker etter krigstidsreglene og forskrift.

⁸⁰ Riksadvokaten, Norsk militært personell i utlandet undergitt norsk jurisdiksjon – Ansvar for etterforskning og påtalemessig behandling av straffbare forhold, R.397/95 TAB/GEK, 17. mars 1995.

på det internasjonale planet vil ha formodningen mot seg at begrepet anvendes i sin folkerettslige betydning.⁸¹

Så langt har man akseptert at begrepet er flertydig i norsk rett, og denne pragmatiske tilnærmingen til begrepet har gode grunner for seg. Selv om det på enkelte områder lar seg gjøre å erstatte begrepet med alternativer som typisk fokuserer på mer faktiske tilstandsbeskrivelser – for eksempel væpnet konflikt – er det ikke gitt at dette alltid lar seg gjøre på et tilfredsstillende vis. Da kan det gamle krigsbegrepet være godt å falle tilbake på. Det synes da heller ikke som dette har medført store problemer i norsk rett.

Kennedy konstaterer at "[t]he old days of industrial warfare are over – you're not trying to blow stuff up on the battlefield until the political leadership surrenders",⁸² mens Neff anfører at "[w]ar as a legal institution smacks too strongly as a matter of fact acceptance of the most monstrous social evil known to the human race. It looks too much like a craven surrender of morality to the harsh demands of *Realpolitik*, too much like a legal seal of approval of large-scale psychopathy."⁸³ Dette er imidlertid noe annet enn å avskrive krig som et rettslig begrep, her riktignok i en folkerettslig kontekst, samtidig som Kennedys beskrivelse av vår samtid og fremtid synes noe optimistisk: Riktignok har vi siden 1945 vært forskånet for slike totale og væpnede motsetninger som den første og den andre verdenskrig, men noen garanti mot gjentakelse har vi ikke.

Antageligvis kan man for folkerettens del si at vi ikke har sett en avskaffelse av krigsbegrepet, men snarere en rekonseptualisering av begrepet, ved at deler av innholdet er blitt håndtert separat.⁸⁴ Den pragmatiske omgangen med det nasjonalrettslige krigsbegrepet er på tilsvarende vis en hensiktsmessig strategi for å tilpasse begrepet vår uvisse samtid og fremtid.

⁸¹ Se voldgiftdommer professor Lalives synspunkter med videre henvisninger i Christopher Greenwood, *The Concept of War in Modern International Law*, 36 *International and Comparative Law Quarterly* (1987), s. 283-306, på s. 293.

⁸² David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton 2006 s.112.

⁸³ Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations*, Cambridge 2005 s. 397.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 315 og 347.