

Jon Petter Rui

FORHOLDMESSIGHETSPRINSIPPET OG STRAFF

Forholdsmessighet som grunnlag for
strafferettens legitimitet, innhold og struktur



Forholdsmessighetsprinsippet og straff

Jon Petter Rui

Forholdsmessighetsprinsippet og straff

Forholdsmessighet som grunnlag for strafferettens
legitimitet, innhold og struktur

Universitetsforlaget

© Jon Petter Rui 2024

Boken ble første gang utgitt i 2024 på Universitetsforlaget.

Materialet i denne publikasjonen omfattes av åndsverkloven og er utgitt med åpen tilgang under Creative Commons-lisensen CC BY-SA 4.0.

Denne lisensen gir tillatelse til å kopiere, distribuere eller spre materialet i hvilket som helst medium eller format, og til å remixe, endre eller bygge videre på materialet til et hvilket som helst formål, inkludert kommersielle. Disse frihetene gis med følgende forbehold: Du må oppgi korrekt kreditering, oppgi en lenke til lisensen, og indikere om endringer er blitt gjort. Du kan gjøre dette på enhver rimelig måte, men uten at det kan forstås slik at lisensgiver bifaller deg eller din bruk av materialet. Dersom du mikser, bearbeider eller bygger på materialet, må du distribuere dine bidrag under samme lisens som originalen. Du kan ikke gjøre bruk av juridiske betingelser eller teknologiske tiltak som lovmessig hindrer andre i å gjøre noe som lisensen tillater.

NB: Lisensen gir deg ikke nødvendigvis alle de tillatelsene som er nødvendig for din tiltenkte bruk. For eksempel kan andre rettigheter, som reklame-, personvern- eller ideelle rettigheter, sette begrensninger på hvordan du kan bruke materialet.

Den komplette lisensteksten kan leses på <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.no>.

Boken er utgitt med støtte fra Finansmarkedsfondet og Universitetsbiblioteket ved Universitetet i Bergen.

Trykt utgave: ISBN 978-82-15-03173-6

Elektronisk utgave: ISBN 978-82-15-03172-9

DOI: 10.18261/9788215031729-24

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:
post@universitetsforlaget.no

www.universitetsforlaget.no

Omslagsfoto: [iStock.com/artubo](https://www.istock.com/artubo)

Omslag: PHi Business Solutions Ltd.

Sats: PHi Business Solutions Ltd.

Sammendrag I denne boken undersøkes kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff. Kravet begrenser lovgivers adgang til å kriminalisere. Det er et sentralt prinsipp ved tolking av straffebud (et alminnelig straffbarhetsvilkår). Forholdsmessighetsprinsippet er grunnleggende når straff skal utmåles.

Nøkkelord strafferett | forholdsmessighet | kriminalisering | materiell rettsstrid | proporsjonalitet

Abstract This book investigates the impact of the principle of proportionality in criminal law. The principle of proportionality limits the legislator's freedom to criminalize. The principle plays an important role in the interpretation of criminal law statutes. It is the central principle in sentencing.

The principle of proportionality has traditionally played a withdrawn role in Norwegian criminal law. Theory and practice suggest that changes are on the way.

Keywords criminal law | proportionality | criminalization | interpretation of criminal law statutes

Innhold

Forord.....	15
-------------	----

Del I Introduksjon

1. Innledning	19
1.1 Tema	19
1.2 Forholdsmessighetsprinsippet og bruk av straff: rettskildemessig grunnlag	22
1.3 Om gjennomføringen av undersøkelsen	27
1.4 Den negative forpliktelsen til å respektere frihet og positive forpliktelser til å kriminalisere	30
1.5 Hvorfor fokusere på forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff?	31
2. Den demokratiske rettsstatens grunnleggende verdier: frihet og menneskeverd	35
2.1 Innledning	35
2.2 Frihet	35
2.3 Menneskeverd	36
2.4 Frihet og menneskeverd: konstitusjonell status og betydning i norsk rett	38
3. Straff som inngrep i individets rettssfære	40
3.1 Innledning	40
3.2 Bruk av straff som statens største inngrep i individets frihetssfære... ..	40
3.3 I hvilken grad er bruk av straff inngrep i konstitusjonelle og konvensjonsbeskyttede frihetsretter?	43
3.3.1 Innledning	43
3.3.2 Høyesteretts posisjon	44
3.3.3 Kan Høyesteretts rettsoppfatning anses som gjeldende rett?	45
a) Bruk av straff i konkrete saker	45
b) Kriminalisering	56
c) Konklusjon	57
3.3.4 Finnes det tilfeller hvor bruk av straff ikke er et inngrep i konstitusjonelle og menneskerettslige frihetsretter?	58

4. Forholdsmessighetsprinsippet: bakgrunn, funksjoner og innhold.	61
4.1 Forholdsmessighetsprinsippets bakgrunn.	61
4.2 Forholdsmessighetsprinsippets funksjoner.	63
4.3 Forholdsmessighetsprinsippets innhold	64
4.3.1 Det overordnede vurderingstemaet.	64
4.3.2 Nærmere om forholdsmessighetsprinsippets fire komponenter.	66
a) Innledning.	66
b) De fire komponentenes normative grunnlag	66
c) EU-retten	69
d) EMK-retten	70
e) Grunnloven	72
f) Forholdsmessighetsprinsippets fire komponenter og kriminaliseringsprinsippene.	73

Del II Krav om forholdsmessighet ved kriminalisering

5. Bruk av straff må vareta legitime formål	79
5.1 Allment om kravet om at et inngrep må ha et legitimt formål.	79
5.2 Straffen som reaksjon må ha et legitimt formål	80
5.2.1 Presisering av kravet om at straffen som reaksjon må ha et legitimt formål	80
5.2.2 Hva er legitime formål med straff?.	84
5.2.3 Maksimumsstraffer på 30 års fengsel og krav om legitime formål med straff.	90
5.2.4 Forvaringsinstituttet og kravet om legitime formål med straff.	92
5.3 Kriminalisering må forankres i et legitimt formål	96
5.3.1 Allment om kravet om at kriminalisering må ha et legitimt formål	96
5.3.2 Klare tilfeller	96
a) Kriminalisering med formål å beskytte grunnleggende frihetsretter	96
b) Kriminalisering med grunnlag i formål som er i strid med grunnleggende frihetsretter	97
c) Kriminalisering utelukkende for å tilfredsstille folkeopinionens følelser.	100
d) Kriminalisering uten noe eller svært vidt angitt formål	101
i) Allment om rettslige grenser for kriminalisering uten noe eller med svært vidt angitt formål.	101
ii) Kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til eget bruk.	103
iii) Kriminaliseringen av heleri og hvitvasking	111

iv)	Kriminaliseringen av overtredelse av hvitvaskingsloven.	114
e)	Formål som generelt er legitime for en kriminalisering, kan i visse tilfeller være illegitime	116
5.3.3	Grensetilfeller: skadefølgeprinsippet	117
a)	Innledning	117
b)	Skadefølgeprinsippet funksjoner	118
c)	Skadefølgeprinsippet: innhold	120
d)	Skadefølgeprinsippet første element: krav til skadelige konsekvenser	120
i)	Innledning	120
ii)	Krav om at det som hovedregel er handlinger som kan kriminaliseres	121
iii)	Grenser for kriminalisering av risiko	122
iv)	Kriminalisering av medlemskap i kriminell sammenslutning.	124
v)	Kriminaliseringen av forsøk på medvirkning	127
vi)	Kriminalisering av (absolutt) utjenlige forsøk.	129
e)	Skadefølgeprinsippet annet element: Handlingen må skade beskyttelsesverdige rettsgoder	130
i)	Innledning	130
ii)	Grensetilfelle: kriminalisering for vern av moral og religion.	136
iii)	Grensetilfelle: kriminalisering av skade som noen påfører egne rettsgoder.	149
iv)	Grensetilfelle: kriminalisering for å legge til rette for kontroll	156
v)	Grensetilfelle: kriminalisering av ikke å hjelpe andre med å beskytte sine rettsgoder	159
vi)	Særlig om kriminalisering forankret i signaleffekt og symboleffekt	159
f)	Sammenfatning.	163
5.3.4	Kravet om legitimt formål og systematisering av straffelovgivningen	163
6.	Bruk av straff må være et egnet inngrep for å vareta de legitime formålene	166
6.1	Allment om kravet til egnethet	166
6.2	Kriminaliseringen må være egnet til å vareta det legitime formålet ...	169
6.2.1	Innledning	169
6.2.2	Forbud mot kjøring med dieslbiler	170
6.2.3	Koronatiltak.	170
a)	Karanteneplikt	170
b)	Koronapass	171
c)	Allmenn vaksineplikt.	173

6.2.4	Kriminalisering av overtredelse av hvitvaskingslovgivningen . . .	173
6.3	Straffen som reaksjon må være egnet til å vareta det legitime formålet	175
7.	Bruk av straff må ikke gå lenger enn nødvendig.	177
7.1	Allment om kravet til nødvendighet	177
7.2	Er kriminalisering nødvendig?	178
7.2.1	Innledning	178
7.2.2	Nødvendighet og <i>ultima ratio</i> -prinsippet	178
7.2.3	Bruk av straff eller forvaltnings sanksjon?	180
7.2.4	Kriminaliseringer av overtredelser av hvitvaskingsloven	183
7.2.5	Kriminalisering av overtredelser av verdipapirhandeloven.	184
7.3	Kriminaliseringen må som utgangspunkt ikke gjøres videre enn nødvendig	187
7.3.1	Innledning	187
7.3.2	Kriminaliseringen av heleri og hvitvasking	188
7.3.3	Kriminaliseringen av korrupsjon	194
	a) Innledning: nykriminaliseringene av korrupsjon i 2003	194
	b) Redaksjonelle endringer av straffebudet ved reformen.	195
	c) Nykriminaliseringene og kravet til forholdsmessighet	195
	i) Nødvendighet	195
	ii) Legitimt formål	200
	iii) Egnethet	202
	iv) Konklusjon	203
	d) Kriminaliseringen av korrupsjon og kravet om klar lovhjemmel (<i>lex certa</i>)	203
	e) Kriminaliseringen av korrupsjon og uskyldspresumsjonens grenser for kriminalisering av presumsjoner	204
7.3.4	Kriminalisering av påvirkningshandel	206
8.	Bruk av straff må være proporsjonalt <i>stricto sensu</i>	211
8.1	Allment om kravet til proporsjonalitet	211
8.2	Kravet om proporsjonalitet og kriminalisering	216
8.2.1	Innledning	216
8.2.2	Kriminaliseringen av heleri og hvitvasking	216
8.2.3	Kriminaliseringen av overtredelser av hvitvaskingsloven.	217
8.2.4	Kriminaliseringen av bruk av narkotika og besittelse til eget bruk	217
8.2.5	Kriminaliseringen av korrupsjon og påvirkningshandel	219
8.2.6	Kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester fra voksne	219
	a) Legitimt formål	219
	b) Egnethet	220
	c) Nødvendighet	221
	d) Proporsjonalitet	221
	e) Konklusjon	222

8.3	Kravet om proporsjonalitet og ileggelse av straff	222
8.3.1	Innledning	222
8.3.2	Maksimumsstraffer og proporsjonalitet	223
8.3.3	Minstestraffer, normalstraffenivå og proporsjonalitet.	223

Del III Krav om forholdsmessighet ved bruk av straff i konkrete saker

9.	Forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff i konkrete saker.	229
9.1	Innledning	229
9.2	Forholdsmessighetsprinsippet betydning for skyldspørsmålet.	230
9.2.1	Innledning	230
9.2.2	Kravet om materiell rettsstrid som uttrykk for forholdsmessighetsprinsippet (og vice versa).	230
9.2.3	Bør man operere med materiell rettsstrid som et eget straffbarhetsvilkår?	235
9.2.4	Innholdet i straffbarhetsvilkåret materiell rettsstrid / forholdsmessighet	243
9.2.5	Kravet om legitimt formål og betydningen for tolking av straffebud.	245
a)	Formålet med kriminaliseringen slår ikke til i den konkrete saken	245
i)	Innledning	245
ii)	Sabuncu og andre mot Tyrkia	246
iii)	Rt. 2000 s. 1455.	247
iv)	HR-2023-1246-A	248
v)	Øvrig kasuistikk.	251
vi)	Krav om legitimt formål og medvirkningsstraff	253
b)	Et annet formål enn det lovgiver har lagt til grunn for kriminaliseringen, slår til	257
c)	Krav om at det ved tolkingen utvises lojalitet til det legitime formålet lovgiver har angitt for kriminaliseringen.	258
9.2.6	Kravene om egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet ved tolking av straffebud	259
a)	Innledning	259
b)	Rt. 2003 s. 687	260
c)	Rt. 2012 s. 686	262
d)	HR-2019-1715-A	265
e)	HR-2022-2104-A	267
f)	HR-2023-604-A	269
9.2.7	Konklusjon og vurdering.	270

9.3	Forholdsmessighetsprinsippetets betydning ved straffutmåling i konkrete saker	271
9.3.1	Tradisjonelt: ensidig fokus på allmennprevensjon ved straffutmåling	271
9.3.2	Ny tendens: større fokus på proporsjonalitet ved straffutmåling	272
	a) HR-2021-2145-A	272
	b) HR-2022-731-A	273
	c) HR-2022-2225-A	275
	d) HR-2023-298-A	276
9.3.3	Konklusjon og vurdering.	277

Del IV Domstolskontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff

10.	I hvilken grad kontrollerer Den europeiske menneskerettighetsdomstol forholdsmessigheten av bruk av straff?	283
10.1	Innledning	283
10.2	Bakgrunn og kontekst	284
10.2.1	Innledning	284
10.2.2	«The substantive embedding phase» (grundig materiell kontroll av forholdsmessighet)	285
10.2.3	Kritikk mot for grundig kontroll av forholdsmessighet	286
10.2.4	«The procedural embedding phase» (prosessuell kontroll av forholdsmessighet)	288
10.2.5	Nyansering av motsetningene materiell og prosessuell forholdsmessighetskontroll.	290
10.3	EMDs kontroll med forholdsmessigheten av bruk av straff	292
10.3.1	Overordnet: Bruk av straff skjerper kontrollen av forholdsmessighet.	292
10.3.2	Legitimt formål.	294
10.3.3	Forholdsmessighet	295
	a) Innledning.	295
	b) Dommer hvor det gjøres en grundig prosessuell kontroll	296
	c) Dommer hvor det gjøres en «mixed approach».	299
	d) Dommer med en materielt preget kontroll av forholdsmessigheten	301
10.3.4	Konklusjoner og vurderinger	305
11.	Norske domstolers kontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff	310
11.1	Innledning	310
11.2	Høyesteretts kontroll med kriminaliseringer	310
11.3	Høyesteretts kontroll med bruk av straff i konkrete saker	311

Del V Avslutning

12. Sammenfatning	315
13. Vurderinger og perspektiver	319
Register	325
Lover, forskrifter mv.	325
Lover	325
Forskrifter	325
Danmark	325
Konvensjoner, traktater/forordninger, direktiver mv.	325
EU.	325
Europarådet	326
Forarbeider, offentlige dokumenter, rundskriv, retningslinjer, rapporter mv.	326
Forarbeider, utredninger mv.	326
Europarådet	328
Rettsavgjørelser	328
Høyesterett	328
Tyskland	330
Den europeiske menneskerettighetsdomstol	331
EU-domstolen	332
Litteratur	333
Annet	350



Forord

Denne boken er blitt skrevet mens jeg har vært ansatt som professor ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen. Til sammen har det tatt flere års arbeid med forholdsmessighet og straff før siste punktum ble satt.

Når arbeidet er sluttført, er det flere jeg ønsker å takke. Først Finansmarkedsfondet, som har finansiert prosjektet. En stor takk også til professor Jørn Jacobsen og anonyme fagfeller som har lest gjennom og gitt verdifulle kommentarer til teksten. Analyser og synspunkter står naturligvis for egen regning.

Jusstudent (nå advokatfullmektig) Selma Fosså Bunæs har vært vitenskapelig assistent. Jeg takker for en svært grundig gjennomgang av manuskriptet. Hos Universitetsforlaget har Silje Rebecca Morsmann og Maria Westervoll på en utmerket måte ledet manuskript og forfatter gjennom prosessen frem til ferdig bok, og fortjener en stor takk for det.

Bergen, den 8. oktober 2024

Jon Petter Rui

Del I

Introduksjon



1. Innledning

1.1 TEMA

Frihet er den fremste verdien i en liberal demokratisk rettsstat, da også i straffere retten.¹ Straff er det mest inngripende tiltaket i borgernes frihet som staten har til disposisjon.² Når frihet er den fremste verdien og bruk av straff er det mest inngripende tiltaket til disposisjon, må en liberal demokratisk rettsstat ha grenser for bruk av straff.

Tre typer grenser må respekteres for at et inngrep i form av straff skal være legitimt: formelle, prosessuelle og materielle.³ Hva gjelder *formelle* grenser, følger det av Grunnloven § 96 at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov». Bestemmelsen krever at bruk av straff skal ha Stortingets tilslutning i formell lovs form, jf. Grunnloven §§ 75 flg. Videre kreves det at straffebestemmelser utformes med en viss presisjon (*lex certa*).⁴ Bestemmelsen setter også visse grenser for Stortingets adgang til å delegere lovgivningsmyndighet til den utøvende makt på strafferettens område.⁵ En fjerde formell begrensning av den lovgivende makts frihet til å gi regler om

1 Nærmere kapittel 2.

2 Nærmere kapittel 3.

3 Distinksjonen mellom «formelle» og «materielle» rettsstatlige grenser for inngrep er innarbeidet i andre rettssystemer, både nasjonale og folkerettslige, og for øvrig hensiktsmessig, se bl.a. Dorsen/Rosenfeld/Sajó/Baer 2003 s. 43–44; Tamanaha 2004 s. 91–113; Wennerström 2007 s. 76–84; Barak 2012 s. 108, 139 og 230–232; Kaspar 2014 s. 95; Polakiewicz/Sandvig 2016 s. 115–134 med videre henvisninger og Epping 2017 s. 22 flg.

4 Rt. 1958 s. 479 P og Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 16. Høyesterett har aldri satt til side en straffebestemmelse som stridende mot presisjonskravet, se Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 67. Siden domstolene ikke prøver *lex certa*-kravet *in abstracto*, vil kravet aldri medføre at en lov direkte blir satt til side som grunnlovsstridig, og at siktede frifinnes på dette grunnlaget. At ordlyden er vidt formulert, er ikke et grunnlag for å statuere uriktig lovtolkning i en konkret sak; enten rammes en handling av en straffebestemmelse, eller så rammes den ikke. En tilkjennegivelse av at en straffebestemmelse er for vidt formulert, må i vårt rettssystem gjøres prejudisielt i domspremissene, i *obiter dictum*. Av dette følger at en påstand om brudd på *lex certa*-kravet ikke kan utgjøre en selvstendig grunn for anke.

5 Mæland 2012 s. 84–85 og Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 63–64.

straff er forbudet mot singularer lovgivning.⁶ En femte begrensning er Grunnloven § 97, som gir et absolutt vern mot tilbakevirkende straffelovgivning.⁷ Tilsvarende formelle rettsstatlige grenser for bruk av straff følger av den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 7, som oppstiller krav om klart rettsgrunnlag samt et forbud mot tilbakevirkende rettsgrunnlag ved bruk av straff. Det formelle kravet om legalitet ved bruk av straff retter seg også mot domstolene og den utøvende makt. Nærmere bestemt oppstiller § 96 grenser for utvidende tolking av straffebed til siktedes ugunst («analogiforbudet»).⁸

Det er også flere begrensninger hva gjelder lovgivers adgang til å gi *prosessregler* for behandling av straffesaker. Grunnloven § 96 slår fast at «[i]ngen kan [...] straffes uten etter dom». Straff kan altså kun ilegges av domstolene.⁹ Andre eksempler på prosessuelle rettsstatlige begrensninger for lovgivers adgang til å gi regler for behandling av straffesaker er Grunnloven § 94 (retten til frihet), § 95 (retten til en rettferdig rettergang) og § 96 annet ledd (uskyldspresumsjonen). Paralleller til Grunnlovens regler finnes i EMK artikkel 5 og 6. Bestemmelsene retter seg også mot den utøvende og dømmende makt. På formell lovs nivå følger prosessuelle grenser og regler for behandling av straffesaker av straffeprosessloven samt en del ulovfestede straffeprosessuelle regler.

I tillegg til de formelle og prosessuelle grensene for bruk av straff finnes det visse *materielle* grenser som stiller krav til strafferettens innhold. Som eksempel på et rettsstatsprinsipp som setter materielle grenser for bruk av straff i norsk rett, kan nevnes skyldprinsippet. Kjernen i skyldprinsippet (i vid forstand) er at bare «den som kan klandres for sin handling skal holdes ansvarlig og straffes».¹⁰ Skyldprinsippet i snever forstand oppstiller materielle krav til hvilken skyldform som kreves i strafferetten. For det første fremgår det av forarbeidene til straffeloven at hovedskyldformen i strafferetten bør være forsett. Uaktsomhetsansvar krever en særlig begrunnelse og bør bare oppstilles etter en grundig vurdering av

6 Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 64. Se også Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 88: «Et grunnleggende krav til kriminalisering er at straffelovgivningen må rette seg mot handlingstype, og ikke knytte seg til konkrete enkelthandlinger eller -personer. Dette utgangspunktet er ut fra et historisk perspektiv ikke gitt, men krever i vår tid ingen nærmere begrunnelse [...]».

7 Bl.a. Rt. 2010 s. 1445 P avsnitt 90–96 og 119 og Rt. 2013 s. 1345 P avsnitt 84.

8 Bl.a. Rt. 2011 s. 469; Rt. 2014 s. 238 og HR-2016-1836-A. Kjernen i analogiforbudet er at straffansvar ikke kan pålegges ut over de situasjonene som ordlyden i straffebedet dekker.

9 Et unntak er adgangen til utferdigelse av forelegg, se Andenæs/Myhrer 2009 s. 355 og Strandbakken 2004 s. 187–189 med videre henvisninger. Selv om adgangen til bruk av forelegg i seg selv ikke er i strid med Grunnloven § 96, oppstiller den begrensninger med hensyn til hvilke straffesaker som kan avgjøres ved forelegg.

10 NOU 2020: 4 s. 69 og NOU 2022: 21 s. 131: «Mer grunnleggende setter skyldprinsippet rammer for straffansvaret og utelukker ansvar når det ikke er grunnlag for klander. Klander i strafferetten kobler her til at noen har krenket en grunnleggende interesse eller verdi i rettsordenen».

behovet for å ramme uaktsomme overtredelser.¹¹ For det annet gjelder det absolutte grenser for bruk av straff uten at gjerningspersonen har utvist skyld (bruk av objektive straffbarhetsvilkår). I Rt. 2005 s. 833 slo Høyesterett i plenum fast at lovgiver hadde trådt over grensen for adgangen til bruk av objektive straffbarhetsvilkår ved utformingen av daværende straffeloven § 195. Rettsoppfatningen ble forankret i uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. I 2018 slo Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) fast at ileggelse av en sanksjon på rent objektivt grunnlag er uforenlig med kravet om klart rettsgrunnlag i EMK artikkel 7.¹² Høyesterett har kommet til samme konklusjon i relasjon til straffeloven § 27. Bestemmelsen etablerte et rent objektivt foretaksansvar for fysiske personers overtredelse av straffebud på vegne av foretaket. Høyesterett uttalte at det må innfortolkes et krav om at den fysiske personen som har handlet på vegne av virksomheten, må ha opptrådt uaktsomt.¹³ Med grunnlag i Grunnloven § 92 må det legges til grunn som tilnærmet sikkert at en total tilsidesettelse av skyldprinsippet heller ikke er i samsvar med Grunnloven § 96.¹⁴ Skyldprinsippet har tradisjonelt hatt en tilbaketrukket posisjon som materiell grense for bruk av straff, men har i det siste fått mer oppmerksomhet.¹⁵

I denne boken retter jeg oppmerksomheten mot et annet rettsstatsprinsipp som oppstiller materielle begrensninger for bruk av straff: forholdsmessighetsprinsippet. Temaet for boken er hvilken betydning forholdsmessighetsprinsippet har ved bruk av straff.

Helt overordnet er svaret følgende: Fordi straff er et inngrep i individets frihetssfære, følger det av forholdsmessighetsprinsippet at det skal gjøres en avveining mellom respekten for frihetssfæren på den ene side og statens legitime behov for å straffe på den annen. Avveiningen må gjøres ved vurderingen av hvilken atferd som skal kriminaliseres, ved utformingen av kriminaliseringen og når

11 NOU 2002: 4 s. 87. Se også Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 113: «Straffelovkommisjonens forslag om å la forsett gjelde som skyldform for hele straffelovgivningen hvis ikke annet er bestemt i det enkelte straffebud, er i samsvar med departementets grunnsyn om å være varsom med bruken av straff [...]. Forslaget har fått bred støtte under høringen, og departementet slutter seg til det og til den begrunnelsen som kommisjonen har gitt. En lovregulering som krever at det må begrunnes dersom uaktsomhet skal være tilstrekkelig for straff, bidrar til at man heller ikke på den subjektive side anvender straff i større utstrekning enn nødvendig.»

12 *G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia*, sak nr. 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018 avsnitt 236–247. Se nærmere Rui 2018a s. 204.

13 HR-2021-797-A avsnitt 14–24. Se også HR-2021-1857-U avsnitt 3 og HR-2022-1271-A avsnitt 37–50.

14 Se Rui 2015 s. 511–512 og Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 85–86.

15 Nærmere NOU 2020: 4 s. 50 og 69–71, hvor skyldprinsippet presiseres. Se likedan NOU 2022: 21 s. 131–132.

straffebudet skal anvendes på konkret atferd. I sistnevnte tilfelle gjøres avveiiingen når det skal tas stilling til om forholdet personen er tiltalt for, rammes av et straffebud, og ved utmålingen av straff. Gjennom en klarlegging av forholdsmessighetsprinsippet nærmere innhold, samt en undersøkelse av prinsippet betydning for ulike aktørers bruk av straff, er formålet med denne boken å gi et bidrag til en klarere forståelse for forholdsmessighetsprinsippet betydning på strafferettens område.

Forholdsmessighetsprinsippet består av fire grunnkomponenter: For det første må bruk av straff tilfredsstillende *legitimt formål*, for det annet må bruk av straff være *egnet til å vareta det legitime formålet*. For det tredje må bruk av straff *ikke gå lenger enn nødvendig*, og for det fjerde må bruk av straff være *proporsjonalt i snever forstand*. Jeg kommer tilbake til det nærmere innholdet i komponentene og forholdet mellom dem nedenfor.¹⁶

1.2 FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPET OG BRUK AV STRAFF: RETTSKILDEMESSIG GRUNNLAG

For det første følger det av flere bestemmelser i Grunnloven at inngrep i form av straff må være forholdsmessige.¹⁷ Ved frihetsberøvelse fremgår det av Grunnloven § 94 første ledd annet punktum at frihetsberøvelsen «må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep». Bruk av straff i form av frihetsberøvelse må altså være forholdsmessig.¹⁸ Bruk av straff vil også i stor utstrekning representere et inngrep i retten til respekt for «privatliv», jf. Grunnloven § 102. Bestemmelsen krever at ethvert inngrep i privatlivet må være forholdsmessig.¹⁹ Som vi skal komme tilbake til: I jo større grad Grunnloven § 102 gir beskyttelse av den personlige friheten, i desto større grad vil bruk av straff være et inngrep etter bestemmelsen.

16 Nærmere om kriteriene i kapittel 4 punkt 4.3.

17 Nærmere kapittel 3 punkt 3.3 om i hvilken grad bruk av straff er inngrep i konstitusjonelle og konvensjonsbeskyttede menneskerettigheter.

18 Tilsvarende Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 89; Aall 2022 s. 399 og Aall 2023 s. 327–329 og 335. Se også NOU 2022: 21 s. 116: «Gjennom § 94 første ledd annet punktum har disse utgangspunktene nå kommet til uttrykk direkte i Grunnlovens tekst. Selv om forarbeidene angir at bestemmelsen først og fremst var ment å lovfeste det kravet til forholdsmessighet som Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har innfortolket i EMK art. 5 for så vidt gjelder varetektfengsling og administrativ frihetsberøvelse, dekker ordlyden også frihetsberøvelse i form av fengsling som straff.» Se også s. 201: «Det er rimelig å forstå bestemmelsen slik at den stiller krav om at ingen må idømmes en uforholdsmessig fengselsstraff.»

19 Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28. Se også Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60; Rt. 2015 s. 155 avsnitt 52 og HR-2016-1286-A avsnitt 25.

Bruk av straff vil også kunne være inngrep etter andre grunnlovsbestemmelser, for eksempel retten til ytringsfrihet i § 100 og retten til organisasjons- og forsamlingsfrihet i § 101.²⁰ Grunnloven § 2 annet punktum slår fast at Grunnloven «skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene». En konsekvens av at rettsstaten og menneskerettighetene skal sikres, er at borgerne gis vern mot uproporsjonale og vilkårlige inngrep fra den lovgivende, utøvende og dømmende makt. Man kan vanskelig tenke seg en rettsstat hvor konstitusjonen ikke oppstiller visse materielle grenser for statsorganenes myndighetsutøvelse, herunder ved bruk av straff.

Grunnlovsbestemmelsene legger begrensninger på statens myndigheter: den lovgivende, den utøvende og den dømmende. En konsekvens er at bestemmelsene legger begrensninger på lovgivers adgang til å kriminalisere. Nærmere bestemt må *kriminaliseringer* som griper inn i grunnlovsbeskyttede rettigheter, være forholdsmessige.

En annen konsekvens er at det konstitusjonelle kravet om forholdsmessighet må respekteres av den utøvende og dømmende makt når straffelovgivning brukes *i konkrete saker*. Ved vurdering av skyldspørsmålet kreves det i tillegg til legalitet (formell rettsstrid) at det ikke er uforholdsmessig å konstatere straffskyld (materieell rettsstrid). I norsk strafferett synliggjøres kravet gjennom lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunner. Kjernen av visse av straffrihetsgrunnene har konstitusjonell forankring. Eksempelvis vil ikke en persons rett til liv etter Grunnloven § 93 første ledd være varetatt i et rettssystem som ikke gir straffrihet for en drapshandling som var den eneste muligheten for å redde eget eller andres liv (nødverge). Et annet eksempel er at det vil være vanskelig å forene med det konstitusjonelle kravet til forholdsmessighet å benytte et straffebud på et faktum hvor det legitime formålet med kriminaliseringen ikke gjør seg gjeldende. Et inngrep (også i form av bruk av straff) uten at det kan påvises et legitimt formål i den konkrete saken, er myndighetsmisbruk.²¹ Forholdsmessighetsprinsippet har her, på samme måte som analogiforbudet som følger av legalitetsprinsippet, funksjon som et tolkingsprinsipp.²²

For det annet er forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff vernet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).²³ Et visst krav om forholdsmessighet ved straff i form av frihetsberøvelse følger av EMK artikkel 5 nr. 1

20 Nærmere kapittel 3 punkt 3.3.

21 Hassemer 2003 s. 64: «Das Verbot eines Verhaltens unter Strafdrohung, das sich auf ein Rechtsgut nicht berufen kann, wäre Staatsterror.» Se også Frände 2004 s. 22 og Roxin/Greco 2020 s. 30. Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.2.

22 Nærmere kapittel 9.

23 Nærmere kapittel 3 punkt 3.3 om i hvilken grad bruk av straff er inngrep i konstitusjonelle og konvensjonsbeskyttede menneskerettigheter.

bokstav a).²⁴ Bøtestraff og andre sanksjoner som representerer en økonomisk pønal reaksjon (eksempelvis inndragning), er inngrep i retten til eiendom i EMKs tilleggsprotokoll 1 artikkel 1.²⁵ EMK artikkel 8 (rett til privatliv) oppstiller et krav om forholdsmessighet ved bruk av straff hvis det anses som et inngrep i «private [...] life». Ved inngrep i retten til ytringsfrihet i form av straff utgjør EMK artikkel 10 en begrensning.

Kravene om forholdsmessighet etter EMK-retten er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven²⁶ § 2. Etter lovens § 3 skal EMK-retten gå foran norsk rett ved motstrid. Ved tolkingen av Grunnlovens bestemmelser har også det som følger av EMK-retten, stor vekt, jf. Grunnloven § 92.²⁷ Siden Grunnloven har høyere rang enn EMK,²⁸ kan det i prinsippet tenkes at Grunnloven gir et svakere vern av forholdsmessighet ved bruk av straff, enn det som følger av EMK-retten.²⁹ At det skulle skje åpent og klart i praksis, vil imidlertid høre til sjeldenhetene, og har foreløpig ikke skjedd.³⁰ Det er mer sannsynlig at det konstitusjonelle forholdsmessighetsprinsippet i visse tilfeller har lengre rekkevidde enn det EMK-rettslige.³¹

Siden EMK på samme måte som Grunnloven oppstiller forpliktelser for samtlige tre statsmakter, jf. artikkel 1, begrenser EMKs artikler lovgivers adgang til *kriminalisering* og den utøvende og dømmende makts adgang til *bruk av straff i konkrete saker*.

For det tredje gjelder det et krav om forholdsmessighet ved bruk av straff etter EUs charter om fundamentale rettigheter artikkel 7 (rett til privatliv), jf. artikkel 52 nr. 1.

24 *James, Wells og Lee mot Storbritannia*, sak nr. 25119/09; 57715/09; 57877/09, dom 18. september 2012 avsnitt 195, hvor EMD uttaler at «the requirement that detention not be arbitrary implies the need for a relationship of proportionality between the ground of detention relied upon and the detention in question». Videre presiseres at «the Court has generally been satisfied that the decision to impose a sentence of detention and the length of that sentence are matters for the national authorities rather than for this Court. [...] However, as noted above, it has indicated that in circumstances where a decision not to release or to re-detain a prisoner was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the initial decision by the sentencing court, or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives, a detention that was lawful at the outset could be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary.» Se også *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley* 2014 s. 304–310 og *Rainey/Wicks/Ovey* 2014 s. 218–219 og 229–231.

25 *Kjølbrosaker* 2023 s. 1388–1394 med videre henvisninger til konvensjonspraksis.

26 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

27 Se bl.a. Rt. 2014 s. 1161; Rt. 2014 s. 1292 og HR-2016-2554-P (Holship).

28 HR 2016-2554-P (Holship) avsnitt 70, hvor førstvoterende uttaler at han fant det «klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett». Denne delen av votumet fikk støtte fra de øvrige dommerne, se avsnitt 140.

29 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57. Nærmere Rui 2017 s. 123–184 på s. 166–167.

30 Rui 2017 s. 167.

31 Rui 2017 s. 167–174.

I tillegg fremgår det av charterets artikkel 49 nr. 3 at straff for overtredelse av EU-rett skal stå i et rimelig forhold til den straffbare handlingen. EU gir en rekke rettsakter som har betydning for medlemsstatenes strafferett, herunder kriminaliseringsforpliktelser og andre krav til strafferettsregler.³² EUs rettsakter på strafferettsområdet er ikke omfattet av EØS-avtalen. Utgangspunktet er dermed at rettsakter på strafferettens område ikke er EØS-relevante.³³ På tross av dette har EU-retten direkte betydning både ved kriminalisering og ved bruk av straff i Norge. Det praktisk viktigste området er den strafferettslige spesiallovgivningen. Når EØS-relevante forpliktelser innlemmes i norsk lov, har vi tradisjon for å kriminalisere overtredelser av forpliktelsene. Dermed blir situasjonen at en EØS-relevant norm blir til en strafferettslig handlingsnorm (gjerningsbeskrivelse og eventuelt krav om skyld).³⁴ Etter homogenitetsprinsippet skal EØS-relevante rettsakter tolkes og anvendes slik at rettstilstanden blir den samme i EØS som i EU.³⁵ EU-retten blir dermed en sentral kilde ved tolkingen av vedkommende straffebed i den strafferettslige spesiallovgivningen.³⁶ EUs charter om grunnleggende rettigheter er ikke direkte bindende i Norge, siden det ikke er EØS-relevant. Men siden samtlige rettsakter fra EU må være i samsvar med charteret, og siden Norge er forpliktet til å gjennomføre EØS-relevante bestemmelser homogent med EU-retten, får charterets artikler betydning ved tolkingen av EØS-retten.³⁷ Slik får forholdsmessighetsprinsippet i EU-charteret artikkel 7, jf. artikkel 52 nr. 1 betydning både ved kriminalisering og ved tolking av vedkommende straffebed i den strafferettslige spesiallovgivningen.

For det fjerde er det regler som krever forholdsmessighet ved bruk av straff, som har rang under Grunnloven og folkerettslige forpliktelser. Som nevnt ovenfor har kjernen av visse straffrihetsgrunner konstitusjonell forankring. Det er imidlertid på det rene at strafferetten har tallrike lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunner. De lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunnene er enkeltstående utslag av et overordnet krav om forholdsmessighet ved bruk av straff i konkrete saker.³⁸

32 Nærmere Suominen 2015 s. 382–385; Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 101–105 og Baumbach/Elholm 2022 s. 551–590.

33 Nærmere Bøckman Finstad / Salomonsen 2015 s. 402.

34 Se for eksempel lov 5. mars 2014 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger §§ 10, 18 første ledd og 19 første ledd, jf. § 32; lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel § 3-1, jf. § 21-15 og lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering §§ 9, 12, 13, 17, 18, 24, 25, 26, 28, 30 og 42, jf. § 51.

35 Franklin 2012 s. 291–292 og 296–317 og Haukeland Fredriksen / Mathisen 2022 s. 70–79.

36 Likedan Franklin 2012 s. 291–292; Bøckman Finstad / Salomonsen 2015 s. 404–406 og Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 101–103. Et eksempel er Rt. 2012 s. 686 bl.a. avsnitt 31, 44–45 og 55–69. Se nærmere kapittel 9 punkt 9.2.5 a) v).

37 Haukeland Fredriksen 2013 s. 378–385.

38 Nærmere kapittel 9 punkt 9.2.2.

For det femte har forholdsmessighetsprinsippet en sentral funksjon som kriminalpolitisk retningslinje. Ved utarbeidelsen av straffeloven ble det etablert flere prinsipper for kriminalisering, som i det følgende benevnes som «kriminaliseringsprinsippene». Det første og overordnede kriminaliseringsprinsippet er skadefølgeprinsippet. Ifølge forarbeidene er kjernen i prinsippet at «bruken av straff må være rasjonell og human. Individene bør i størst mulig grad kunne handle fritt, og straff bør bare brukes når tungtveiende hensyn taler for det.»³⁹ Som vi skal se senere, er kravet om forholdsmessighet og kriminaliseringsprinsippene som ligger til grunn for kriminaliseringene i straffeloven (og senere drøftelser og utforming av straffebud), nær forbundet. Nærmere bestemt er kriminaliseringsprinsippene enkeltstående utslag av kravet om forholdsmessighet ved kriminalisering.⁴⁰

Fordi forholdsmessighetsprinsippet har konstitusjonelt vern, og fordi det har betydning ved bruk av straff også ut over prinsippets konstitusjonelt vernede kjerne, er prinsippet *for det sjette* et viktig redskap ved rettsvitenskapelige rettsdogmatisk innrettede analyser av strafferettssystemet.⁴¹ På samme måte som ved annen rettsanvendelse beskjeftiger rettsdogmatikken seg med klarlegging av innholdet i gjeldende rettsregler. Rettsdogmatikken har også en annen viktig oppgave, som er å systematisere og strukturere et rettsområdes rettsregler på en rasjonell måte. Slik virksomhet er et hovedanliggende og -ansvar for rettsvitenskapen.⁴² Fokus på system og struktur (bl.a. systemorienterte vurderinger, koherens og

39 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

40 Nærmere kapittel 4 punkt 4.3.2 bokstav f).

41 Se nærmere om rettsdogmatikk Bernt/Doublert 1998 s. 13 og Zahle 2007 s. 165. Likedan bl.a. Hassemer 1974 s. 211. Se også Kaufmann/Hassemer/Neumann 2011 s. 1–2, 264 og 394–396 med videre henvisninger.

42 Fokuset på system og struktur som en sentral del av rettsvitenskapelig dogmatisk virksomhet ble med rette fremhevet av Hagerup 1888 s. 19: «Men den fulle videnskabelige erkjennelse krever ogsaa en Paavisning af Retsstoffets egen indre Sammenhæng. Retsvidenskaben Maa for fuldt at udfylde sin Opgave netop betræde den Vei, mod hvilken Schweigaard advarede, og betragte Retsreglerne i deres begrebmæssige og systematiske Sammenhæng.» Se også bl.a. s. 4, 19, 21, 23 og 56–57. Se også Bumke 2017 s. 1–2, som har følgende svært treffende beskrivelse av rettsdogmatikk: «Die Rechtsdogmatik lässt sich als eine Disziplin beschreiben, die das positive Recht durchdringen und ordnen will, um die rechtliche Arbeit anzuleiten, und jene Fragen zu beantworten sucht, die die Rechtspraxis aufwirft. Sie bemüht sich darum, die Vorstellungen und Einsichten über das Recht zu sichten und zu sichern, indem sie Begriffe formt, Unterscheidungen einführt, Figuren oder Prinzipien erarbeitet und den Stoff ordnet. Sie hinterfragt die bestehenden Vorstellungen oder Entscheidungen der Praxis, greift Neuerungen auf und prüft den daraus resultierenden Veränderungsbedarf, zeichnet nach und vor. Auf diese Weise hält sie ein Wissensreservoir für die Praxis vor, trägt zur Erlernbarkeit der praktischen Rechtsarbeit bei und leistet einen Beitrag zur Rationalisierung und damit auch zur Legitimierung des Rechts.» Se også Perron 2016 s. 308 med videre henvisninger.

sammenhenger) gir forutberegnelighet. Det har i tillegg en pedagogisk funksjon og virker konstituerende, etablerende og samlende.

1.3 OM GJENNOMFØRINGEN AV UNDERSØKELSEN

Forholdsmessighetsprinsippet har ulike funksjoner og ulikt innhold for de forskjellige statsmaktene. Hva gjelder det konstitusjonelle kravet til vurdering av forholdsmessighet av inngrep i form av kriminaliseringer, er lovgiver det primære pliktsubjektet. Grunnen er at i en demokratisk rettsstat er ivaretagelse av frihet og menneskeverd som det klare utgangspunkt lagt til det organet som har størst demokratisk legitimitet. Det får som konsekvens at det er lovgiver som må gjøre *den primære og mest inngående vurderingen av forholdsmessighet* når det utformes regler om bruk av straff.

I bokens del II rettes fokuset mot hvilke krav til forholdsmessighet som gjelder for lovgiver ved kriminalisering. Undersøkelsen følger de fire kriteriene i forholdsmessighetsvurderingen.⁴³ I kapittel 5 undersøkes det nærmere hvilken betydning det har at en kriminalisering må vareta *legitime formål*. I kapittel 6 er temaet hvilke implikasjoner kravet om *egnethet* har ved kriminalisering. I kapittel 7 er spørsmålet hvilken betydning det har for kriminaliseringsspørsmål at kriminaliseringen ikke må gå lenger enn *nødvendig*. I kapittel 8 rettes fokuset mot betydningen av kravet om at en kriminalisering må være *proporsjonal* i snever forstand. Kravet om forholdsmessighet som kriminalpolitisk retningslinje (kriminaliseringsprinsippene)⁴⁴ stiller minst de samme kravene til vurdering av forholdsmessighet ved kriminalisering som det som følger av Grunnloven. Det følger av at regler under Grunnlovs rang ikke kan gi mindre vern enn regler av høyere rang. Siden kriminaliseringsprinsippene og forholdsmessighetsprinsippet som kriminalpolitisk retningslinje går lenger enn det som følger av de konstitusjonelle og konvensjonsmessige kravene om forholdsmessighet, er hovedfokuset i kapittel 5 til 8 rettet mot forholdsmessighetsprinsippet som kriminalpolitisk retningslinje. Vi vil imidlertid også se at kravene om at kriminaliseringer må vareta legitime formål, være egnet til å vareta formålene, ikke gå lenger enn nødvendig og være proporsjonale i nasjonale og internasjonale menneskerettigheter, også har praktisk betydning som rettslige rammer for kriminalisering.

Som nevnt legger forholdsmessighetsprinsippet (både på konstitusjonelt og formell lovs nivå) begrensninger på den dømmende og utøvende makt ved bruk av straff i konkrete saker. Den utøvende og dømmende makt er da, på samme måte

43 Nærmere om kriteriene i kapittel 4 punkt 4.3.

44 Kapittel 4 punkt 4.3.2 f).

som lovgiver, den *primære vurdereren av forholdsmessighet*. I bokens del III, kapittel 9, undersøkes forholdsmessighetsprinsippetets betydning i denne konteksten. Det drøftes både hvilken betydning forholdsmessighetsprinsippet har ved tolking av straffebestemmelser (skyldspørsmålet), og hvilken betydning prinsippet har ved straffutmåling i konkrete saker.

Den dømmende makt har ikke demokratisk legitimitet etter Grunnloven. Likevel følger det av maktfordelingsprinsippet at domstolene har en viss rett og plikt til å kontrollere den lovgivende makts vurdering av forholdsmessighet ved kriminalisering, jf. Grunnloven § 92. Forholdsmessighetsprinsippet brukes dermed som et redskap for en *subsidiær kontroll* når den dømmende makt kontrollerer lovgiver. Siden domstolene på grunn av maktfordelingsprinsippet verken har rett eller plikt til å gjøre like inngående vurderinger av forholdsmessighet som lovgiver, vil forholdsmessighetsprinsippet sett fra domstolenes ståsted ha en klart mindre rekkevidde, og en noe annen innretning, enn for lovgiver. Med andre ord: En subsidiær og ofte tilbaketrasket kontrollfunksjon medfører at domstolene ikke kan eller skal «sette seg i lovgivers sted» og fastlegge forholdsmessighetskravets innhold fullt ut, slik lovgiver er forpliktet til å gjøre.⁴⁵ Overført til strafferettens område har domstolene verken rett eller plikt til å utøve en fullstendig og inngående kontroll av om en kriminalisering er i samsvar med kriminaliseringsprinsippene. Som vi skal komme nærmere tilbake til, er domstolens ytre, prosessuelle prøvelse av forholdsmessigheten nær knyttet til om lovgiver har gjort tilstrekkelige vurderinger av forholdsmessigheten ved kriminalisering, hvordan vurderingene har foregått, og hvor grundige de har vært.

Bokens del IV tar for seg domstolenes kontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff. I kapittel 11 skal det drøftes i hvilken grad domstolene gjennomfører en

45 Se noe annerledes Smith 2017, som på s. 72 og s. 79 beskriver Stortinget som «sin egen dommer» i grunnlovsspørsmål. Se likevel s. 73: «Statsforfatningen bør likevel ikke avgrenses slik at det per definisjon utelukker juridisk argumentasjon om spørsmål som vanskelig kan tenkes innbrakt for domstolene. I velfungerende systemer er domstolenes praktiske rolle begrenset i den forstand at de fleste konstitusjonelle spørsmål finner sine svar uten domstolenes hjelp. Hvis de ikke betyr noe annet enn det som til enhver tid er politisk opportunt, vil konstitusjonelle regler ha liten verdi selv som politiske 'ordensregler.» Se også Andenæs/Fliflet 2017 s. 67: «Når det er de politiske organer som selv avgjør de rettslige spørsmål, vil det være en tendens til at det er de politiske maktforhold som blir bestemmende.» Uttalelsen fremstår mer som en statistisk observasjon enn en uttalelse om gjeldende rett. Dersom synspunktet legges til grunn som gjeldende rett, vil Grunnloven i realiteten ikke legge rammer for Stortingets kompetanse, noe som verken er i samsvar med *lex superior*, med rettsstatsprinsippet i Grunnloven § 2 eller med Grunnlovens sentrale funksjon og formål, som er autoritativt og bindende å regulere kompetanse og kompetansefordeling mellom de øverste statsmakter.

subsidiær kontroll av lovgivers vurderinger av forholdsmessighet ved kriminalisering, jf. Grunnloven § 92.

EMKs forholdsmessighetsprinsipp retter seg primært mot myndighetene i medlemsstatene, jf. EMK artikkel 1. Forholdsmessighetsprinsippet i EMK-retten fungerer altså som en folkerettslig begrensning for nasjonal myndighetsutøvelse. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) utøver kontroll av om nasjonale myndigheter har overholdt kravet om forholdsmessighet ved inngrep. Siden EMD er en folkerettsdomstol, og ikke en nasjonal eller overnasjonal domstol, er det klart at det er tale om en begrenset prøvelse. Det gjelder særlig ved overprøving av demokratisk fattede vedtak i medlemsstatene. Dermed er det klart (i hvert fall betraktet på systemnivå) at det EMK-rettslige forholdsmessighetsprinsippet har en noe annen funksjon, rekkevidde og innretning enn det nasjonale, konstitusjonelle forholdsmessighetsprinsippet.⁴⁶ Sammenlignet med den nasjonale domstolsprøvelsen har EMDs vurdering preg av en *atter subsidiær kontroll* av vurderingene og kontrollen nasjonale myndigheter har gjort av forholdsmessigheten.⁴⁷ I kapittel 10 er spørsmålet i hvilken grad forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff har vern etter EMK-retten, samt hvordan EMD gjennomfører prøvelsen av forholdsmessighet ved bruk av straff.

Bokens del V inneholder to avslutningskapitler. I kapittel 12 gjøres en sammenfatning, og det trekkes noen konklusjoner. I kapittel 13 gjør jeg noen overordnede vurderinger og presenterer noen perspektiver.

Før analysen av forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff er det nødvendig å klargjøre noen grunnleggende og overordnede premisser: først en rekapitulering og presisering av den demokratiske rettsstatens grunnleggende verdier (kapittel 2), så noen presiseringer av begrepet «straff». Nærmere bestemt rettes fokuset mot hvilket inngrep straff representerer i borgernes rett til frihet (kapittel 3). Det er også nødvendig med en klargjøring av forholdsmessighetsprinsippets funksjon, grunnlag og overordnede struktur og innhold (kapittel 4).

46 Nærmere kapittel 10 punkt 10.2.

47 Billis/Knust/Rui 2021 s. 21: «Regarding authorised state interferences with protected rights, the first and *primary* evaluator of their proportionality will be, in most cases, the democratic law-maker. The competent national courts are the *secondary* escalator of the proportionality of the restrictive measures. The ECtHR is in this scenario a potential *third* evaluator, however one that lacks both the direct democratic legitimacy of national parliaments and the direct constitutional legitimacy of national courts. Subsidiarity, margin of appreciation and a process-based review characterise the exercise of the ECtHR's control over national legal orders regarding the proportionate implementation of rights restrictions.»

1.4 DEN NEGATIVE FORPLIKTELSEN TIL Å RESPEKTERE FRIHET OG POSITIVE FORPLIKTELSER TIL Å KRIMINALISERE

Som det fremgår ovenfor, er fokuset i det videre hvilke grenser forholdsmessighetsprinsippet oppstiller for statens adgang til å bruke straff overfor borgerne. I konstitusjonell og menneskerettslig terminologi er det vanlig å benevne dette som «statens negative forpliktelse».⁴⁸

I tillegg til denne negative forpliktelsen følger det av både nasjonale og internasjonale menneskerettigheter at staten i visse tilfeller har en plikt til å kriminalisere handlinger for å beskytte borgerne mot inngrep fra andre borgere. Det er treffende når Grønning/Husabø/Jacobsen skriver at når det gjelder de særskilte rettighetene i Grunnloven §§ 93–102, har staten en plikt til å kriminalisere forsettlig handlinger som grovt krenker rettighetene som beskyttes i disse bestemmelsene.⁴⁹ Eksempler er at staten er forpliktet til å kriminalisere grove voldshandlinger, grove seksuelle krenkninger og slaveri.⁵⁰

Det er primært statens negative forpliktelse til å avstå fra å gripe inn i borgernes friheter som beskyttes av menneskerettighetene. Den positive forpliktelsen er av subsidiær art sett i forhold til den negative.⁵¹ Det medfører, i hvert fall i et menneskerettslig perspektiv, at statens bruk av straff ikke krever en finmasket avveining mellom frihetsinteressen på den ene side og beskyttelse av borgere mot uønsket atferd på den annen.⁵² Denne boken fokuserer på statens primære negative forpliktelse til å begrense bruken av straff.

48 Bl.a. *Söderman mot Sverige*, sak nr. 5786/08, storkammerdom 12. november 2013 avsnitt 78: «The Court reiterates that the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities. However, this provision does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there are positive obligations inherent in an effective respect for private or family life.» Se også *Lopez Ribalda og andre mot Spania*, sak nr. 1874/13; 8567/13, storkammerdom 17. oktober 2019 avsnitt 110 og *Hudorovic og andre mot Slovenia*, sak nr. 2486/14; 25140/14, dom 10. mars 2020 avsnitt 139.

49 Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 80.

50 Bl.a. *Osman mot Storbritannia*, sak nr. 23452/94, dom 28. oktober 1998 avsnitt 115 (drap); *M. C. mot Bulgaria*, sak nr. 39272/98, dom 4. desember 2003 avsnitt 150 (voldtekt) og *Siliadin mot Frankrike*, sak nr. 73316/01, dom 26. juli 2005 (slaveri). Se også *Söderman mot Sverige*, sak nr. 5786/08, storkammerdom 12. november 2013 avsnitt 82, hvor det uttales at ved «serious acts such as rape and sexual abuse of children, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, it falls upon the member States to ensure that efficient criminal-law provisions are in place». Se Baumbach 2014 s. 373–392 for flere eksempler. Se også Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 78–81.

51 Note 44.

52 Likedan Aall 2022 s. 67.

1.5 HVORFOR FOKUSERE PÅ FORHOLDMESSIGHETSPRINSIPPET VED BRUK AV STRAFF?

Tradisjonelt er forholdsmessighetsprinsippet som materiell begrensning for bruk av straff viet liten oppmerksomhet i norsk strafferett.⁵³ Tatt i betraktning at krav om forholdsmessighet har hatt en sentral posisjon på andre rettsområder i den offentlige rett, eksempelvis straffeprosess⁵⁴ og forvaltningsrett,⁵⁵ og at straff er det mest inngripende tiltaket staten har til disposisjon overfor borgerne,⁵⁶ er den manglende oppmerksomheten noe overraskende. I andre rettssystemer har det lenge vært fokus på hvilken betydning kravet om forholdsmessighet har for bruk av straff.⁵⁷

Det kan være flere årsaker til at fokuset på forholdsmessighet ved bruk av straff har vært nesten fraværende. En kan være at Grunnlovens bestemmelser i tiden etter den annen verdenskrig i liten grad ble ansett som en begrensning for lovgiver og domstoler på strafferettens område. For eksempel ble til og med det formelle kravet til legalitet i Grunnloven § 96 frem til for om lag 15 år siden håndhevet svakt av Høyesterett.⁵⁸ Fra samme tidspunkt og frem til i dag har det skjedd en betydelig skjerpelse av håndhevingen av kravet til legalitet ved tolking av straffebud.⁵⁹

53 Det finnes ingen egne publikasjoner som fokuserer på forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff. I standardlitteraturen behandles forholdsmessighet ved bruk av straff grundigst av Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 81–84, 88–89 og 702–704. Se også Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 77, 84 og 489 og Høgberg/Eskeland 2017 s. 61–62 og 442–443.

54 Feks. Havre 2015 (388 s.).

55 Feks. Søvig (red.) 2015 (372 s.).

56 Nærmere kapittel 3 punkt 3.2.

57 For tysk rett, se bl.a. Paulduro 1992 (436 s.); Lagodny 1996 (541 s.); Kaspar 2014 (877 s.); Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski 2016 (518 s.); Bäcker/Burchard 2022 (401 s.) og Becker 2024 s. 241–256. For spansk rett, se Nieto Martin / Munoz de Morales 2016 (381 s.). Se også Billis/Knust/Rui 2021 (358 s.).

58 Feks. Rt. 1956 s. 587; Rt. 1973 s. 433 og Rt. 1986 s. 660.

59 Rt. 2009 s. 780; Rt. 2010 s. 481; Rt. 2011 s. 469; Rt. 2011 s. 1455; Rt. 2012 s. 313; Rt. 2012 s. 387; Rt. 2012 s. 752; Rt. 2012 s. 1211; Rt. 2014 s. 238 (avsnitt 15: «Grunnloven § 96 har tradisjonelt ikke vært tolket særlig strengt på dette punkt. I nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen.»); Rt. 2015 s. 1345; HR-2016-1354-U; HR-2016-1458-A; HR-2016-1836-A (avsnitt 14: «Det følger av legalitetsprinsippet på strafferettens område at straffansvar ikke kan ilegges ut over de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker.»); HR-2016-2228-A; HR-2017-1245-A; HR-2017-1840-A; HR-2018-875-A; HR-2018-1781-A; HR-2018-1784-A; HR-2019-563-A; HR-2019-900-A; HR-2019-1234-A; HR-2020-1724-A; HR-2020-2019-A; HR-2020-2126-A; HR-2021-580-A; HR-2023-1063-A; HR-2023-1246-A; HR-2023-1638-A; HR-2023-2193-A og HR-2023-2392-A (analogiforbudet). Se også Rt. 2005 s. 1628 og Rt. 2014 s. 786 (forsiktighet ved tolking av rettslige standarder til skade for tiltalte).

Går man tilbake til omkring 1990 og tidligere, var det nærmest utenkelig at Høyesterett ville gripe inn i en klar lovgivervilje og begrense rekkevidden av et straffebud med grunnlag i materielle grenser i overordnede rettsnormer. Det skjedde imidlertid i Rt. 2005 s. 833. Her sensurerte Høyesterett lovgivers klare vilje om at det skulle gjelde et objektivt straffansvar ved villfarelse om fornærmedes alder ved visse seksuallovbrudd. I HR-2021-797-A ble også en klar lovgivervilje om objektivt straffansvar ved ileggelse av foretaksstraff satt til side basert på EMK-retten.

Det er plausibelt at villigheten til å overprøve lovgivers materielle vurderinger ved kriminalisering (og ellers) har økt på grunn av EMK-rettens betydning i norsk rett. Når den nasjonale øverste domstolen har sett flere eksempler på at folkerettsdomstolen EMD har overprøvd lovgiverviljen, er det naturlig at domstolen blir påvirket av det. I tillegg kommer at nasjonale domstoler som utgangspunkt skal gi minst like god beskyttelse av inkorporerte menneskerettigheter som de internasjonale. Det følger, når det gjelder EMK, av EMK artikkel 1, samt menneskerettsloven § 3 og den klare lovgiverviljen som ligger til grunn for bestemmelsen. Utviklingen vil sannsynligvis (på noe sikt) få betydning også for Høyesteretts tolking av Grunnloven som skranke for lovgiver, herunder hva gjelder lovgivers aktivitet på strafferettens område.⁶⁰ Den uttrykkelige grunnlovsfestingen av retten til privatliv i § 102 samt at Høyesterett har innfortolket et konstitusjonelt krav til forholdsmessighet ved inngrep i privatlivet, gir et klart konstitusjonelt grunnlag for at bruk av straff skal være forholdsmessig.⁶¹ Også Grunnloven § 92, som slår fast at EMK-retten skal tillegges stor vekt ved tolkingen av Grunnlovens bestemmelser, bidrar til at Grunnlovens forholdsmessighetsprinsipp får større betydning som rettslig grense for lovgivers bruk av straff.

Når et samfunnsproblem identifiseres, er det en klar tendens at spørsmålet om kriminalisering relativt raskt kommer på agendaen. Det er forståelig. Bruk av straff kan fremstå som en håndgripelig, rask og praktisk løsning på et problem. Å kriminalisere kan virke handlekraftig. Kriminalisering kan gi en økt følelse av sikkerhet og trygghet. Det er også enkelt og behagelig å innta politisk eller moralsk «korrekte» standpunkter («moral high ground»). Kriminalisering er i seg selv heller

60 Se Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol», i Tore Schei / Jens Edvin A. Skoghøy / Torill M. Øie (red.), *Lov Sannhet Rett, Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 291–316, som under henvisning til den økende betydningen av EMK-retten uttaler følgende på s. 309: «Utviklingen har verken formell eller logisk nødvendig betydning for Høyesteretts tilnærming til spørsmål som gjelder Grunnloven. Men en fremskutt rolle i europarettlige saker har i praksis brakt Høyesterett i en ny posisjon vis-à-vis de to øvrige statsmaktene, som uten tvil påvirker Høyesteretts selvforståelse og perspektiv også i grunnlovssaker.»

61 Nærmere punkt 4.2.2.

ikke særlig kostbart. Selv om disse forholdene nok er sterke drivere av bruk av straff, er de tvilsomme som legitime argumenter for kriminalisering i en rettsstat.⁶²

Men hvilke rettspolitiske argumenter er legitime ved vurdering av om atferd skal kriminaliseres? Som vi skal komme nærmere tilbake til, er det etter min oppfatning en svakhet at spørsmål om kriminalisering (og en kriminaliserings omfang, innretning og innhold) ikke sjelden drøftes ved hjelp av uttrykk som «straffverdighet», «samfunnsskadelighet»,⁶³ «allmenn- og individualprevensjon»,⁶⁴ at man «ønsker å gå foran som et foregangsland»,⁶⁵ og at man «ønsker at tiltaket skal ha en signaleffekt»⁶⁶ mv. Ulempen med slike begreper når man drøfter kriminalisering, er for det første at de er vide og vage. Et annet problem er at begrepene i stor grad henviser til følelser, og i liten grad konkrete faktiske forhold. En tredje ulempe er at slik retorikk og slike argumenter ofte trekker klart kun i én retning, nærmere bestemt i retning av kriminalisering. Rettsstatens utgangspunkt, som er frihet fra inngrep, kommer i bakgrunnen. Etter min oppfatning vil bruk av forholdsmessighetsprinsippet gi et mer presist begrepsapparat for å kunne gjøre opplyste, informerte og nyanserte vurderinger av om og eventuelt i hvilken grad det er rettspolitisk hensiktsmessig å kriminalisere uønsket atferd.

Det er også på det rene at forholdsmessighetsprinsippet's betydning ved rettsanvendelsen ikke er viet noen egentlig oppmerksomhet på strafferettens område. En årsak kan være følgene av den skandinaviske rettsrealismen. Tøssebro påpeker at krav om materiell rettsstrid som et selvstendig straffbarhetsvilkår falt bort på midten av 1900-tallet i juridisk litteratur. «Med den skandinaviske rettsrealismen ville man legge den formelle retten til grunn i straffbarhetsvurderingen. Gjerningspersonen skulle straffes der lovens vilkår var oppfylt, uavhengig av om rettsstridskravet i seg selv var tilfredsstillt.»⁶⁷ Alf Ross' non-kognitivism var toneangivende i den skandinaviske rettsrealismen.⁶⁸ Ross forkastet læren om rettsstrid fordi han generelt avviste mulighetene for rasjonelt å gi retten et normativt rammeverk.⁶⁹ Etter hans oppfatning var en handlings rettsstridighet avgjort ved at handlingen var blitt kriminalisert av lovgiver, og at det var meningsløst å snakke om rettsstridighet i materiell forstand.⁷⁰ Ross' idéer påvirket blant annet Johs. Andenæs'

62 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.

63 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.1 c) iii).

64 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.1 c) iv).

65 Nærmere kapittel 7 punkt 7.2.2 d).

66 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.3 i).

67 Tøssebro 2016 s. 30 med videre henvisninger til litteratur.

68 Nærmere Stubberud 2004 s. 50–133 og Jacobsen 2024b s. 48–51.

69 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 190 med videre henvisninger.

70 Tøssebro 2016 s. 32 med videre henvisninger.

systematisering og beskrivelse av innholdet i den alminnelige strafferetten.⁷¹ I Andenæs' strafferettsdogmatikk opptrer ikke kravet om materiell rettsstrid som et eget straffbarhetsvilkår. I stedet oppstilles fravær av straffrihetsgrunner – først og fremst nødverge, nødrett, samtykke og selvtekt – som et straffbarhetsvilkår.⁷² Grunnen er at Andenæs tidlig hevdet at «rettsstridsbetingelsen bare gir uttrykk for en ubestemt reservasjon uten selvstendig innhold».⁷³ Synspunktet er i behold i siste utgave av Andenæs' bok.⁷⁴ Gröning/Husabø/Jacobsen uttaler at både Andenæs og andre norske forfattere har villet unngå eller i alle fall dempe bruken av rettsstrids-terminologien, og at dette i noen grad har påvirket arbeidet med straffeloven.⁷⁵

Etter min oppfatning er det gode grunner til å sette spørsmålsteget ved om rettsrealismens kritikk og nedvurdering av strafferettens krav om materiell rettsstrid har vært av det gode.⁷⁶ Som vi skal se i kapittel 9, er det slik at rettspraksis – på tross av rettsvitenskapens desimering av normative vurderinger i strafferetten – opererer slik at en handling må oppfylle et krav til materiell rettsstrid for å være straffbar.⁷⁷ I samme kapittel vil det drøftes i hvilken grad forholdsmessighetsprinsippet kan tjene som redskap til å presisere innholdet i kravet til materiell rettsstrid som vilkår for straff. Det vil også bli drøftet om man dogmatisk og pedagogisk vil vinne på å operere med et generelt straffbarhetsvilkår om materiell rettsstrid, i stedet for å oppstille et krav om fravær av straffrihetsgrunner.⁷⁸

71 Jacobsen 2024b s. 49.

72 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 150–216.

73 Andenæs 1942 s. 199. Se nærmere s. 170–199.

74 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 157–158: «For å unngå faren for sammenblanding og feilslutninger, er det etter min mening tryggest å unngå rettsstridsterminologien så langt som mulig og i stedet holde seg til den negative formulering: Det er et vilkår for straffbarhet at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn.»

75 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 190 med videre henvisninger.

76 Likedan Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 191: «Etter vårt syn bidro den nordiske rettsstrids-læren med viktige innsikter, og deler av kritikken mot den bygger på problematiske og for-eldede vitenskapsteoretiske forutsetninger. I stedet for å avvise et materielt rettsstridsbegrep trenger vi å utvikle det videre.» Gröning/Husabø/Jacobsen påviser dessuten at også andre og nyere stemmer i norsk litteratur har funnet det tjenlig å benytte rettsstridsuttrykket, se op.cit. med videre henvisninger.

77 Nærmere kapittel 9 punkt 9.2.2.

78 Kapittel 9 punkt 9.2.3.



2. Den demokratiske rettsstatens grunnleggende verdier: frihet og menneskeverd

2.1 INNLEDNING

En undersøkelse av forholdsmessighetsprinsippetets betydning i strafferettssystemet krever først en kort klargjøring og presisering av den demokratiske rettsstatens grunnleggende verdier. I punkt 2.1 presiseres frihetsidealet, og i punkt 2.2 kravet om ivaretagelse av menneskeverd. I punkt 2.3 undersøkes det hvilken konstitusjonell status og betydning disse grunnleggende verdiene har i norsk rett.

2.2 FRIHET

Frihetsidealet slik det var fremhevet av opplysningstidens filosofer, fikk raskt stor politisk betydning og deretter rettslig forankring. De første eksemplene er den amerikanske uavhengighetserklæringen av 1776 og i den franske menneskerettighetserklæringen av 1789. Som kjent har begge erklæringene, og herunder grunnidéen om å sikre borgernes frihet, hatt stor innflytelse på utformingen av andre konstitusjoner, også den norske Grunnloven.⁷⁹

Varetagelse av menneskets frihet er fremhevet som en overordnet verdi i de sentrale internasjonale menneskerettslige instrumenter, som ble utarbeidet etter den annen verdenskrig. FNs verdenserklæring (VE) om menneskerettigheter av 1948 artikkel 1 første setning slår fast at «[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights». Fortalens første setning har slik ordlyd: «Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.» Fortalen i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs konvensjon om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), begge fra 1966, fremholder at «recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice

⁷⁹ Holmøyvik 2012 s. 64–78 og Holmøyvik/Michalsen 2015 s. 120–127.

and peace in the world». EMK har ikke en tilsvarende uttrykkelig henvisning til frihet i fortalen. Det er likevel ikke tvil om at varetakelse av menneskets frihet er et overordnet formål med konvensjonen. Artiklene i konvensjonen og dens tilleggsprotokoller er i all hovedsak formulert som frihetsretter som staten er begrenset fra å gripe inn i. EMD har i flere saker uttalt at «the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom».⁸⁰

Det er derfor ikke overraskende at det samme er fremhevet av lovgiver i en strafferettslig kontekst. Forarbeidene til straffeloven fremhever følgende: «Det er vanlig å framholde som et prinsipielt utgangspunkt at individene har en alminnelig handlefrihet som det kreves en særlig begrunnelse for å gjøre inngrep i.»⁸¹

2.3 MENNESKEVERD

I tillegg til frihet er varetakelse av menneskeverd en overordnet verdi og målsetting for den demokratiske rettsstaten. Selv om opplysningstidens grunnleggende idéer om forholdet mellom individ og stat fremstår som felleseuropeisk tankegods, fremheves ofte Immanuel Kant som sentral for tenkningen om menneskeverd som grunnleggende verdi og målsetting for rettsstaten.⁸² Kants filosofi har også hatt stor innflytelse på den rettslige begrepsdannelsen omkring menneskeverd i Europa.⁸³ Svært skjematisk kan kjernen i Kants filosofi om forholdet mellom individ og stat beskrives slik: Ethvert individ er født med og har en iboende fri vilje (autonomi). Individet har en rett til å velge sine mål og realisere dem, så lenge det ikke griper inn i andre individers tilsvarende rett. Statens oppgave er å vareta at individene nyter godt av denne iboende retten til frihet overfor hverandre. Inngrep er kun legitimt i de tilfeller hvor et individs frihetsrett griper inn i et annet individs frihetsrett. En nødvendig følge av friheten er dermed at et individ ikke kan brukes som et redskap for å oppfylle en annen persons frihet, vilje eller målsettinger. Definert negativt er altså menneskeverd en frihet fra å bli brukt som et objekt. Den positive siden av begrepet er at ethvert menneske er innehaver av

80 Bl.a. *Christine Goodwin mot Storbritannia*, sak nr. 28957/95, storkammerdom 11. juli 2002 avsnitt 90. Se også lignende i bl.a. *S. W. mot Storbritannia*, sak nr. 20166/92, dom 22. november 1995 avsnitt 44; *C. R. mot Storbritannia*, sak nr. 20190/92, dom 22. november 1995 avsnitt 42; *Pretty mot Storbritannia*, sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002 avsnitt 65 og *V. C. mot Slovakia*, sak nr. 18968/07, dom 8. november 2012 avsnitt 105.

81 NOU 2002: 4 s. 78.

82 Barak 2015 s. 117: «Human dignity after Kant cannot be understood without relating to Kant's view.»

83 Bl.a. Dupré 2014 s. 18: «Immanuel Kant is the philosopher who has most influenced the construction of human dignity by constitutional lawyers in Europe.»

subjektive rettigheter. Disse rettighetene eksisterer ikke bare «på papiret»; mennesket kan påberope seg og nå frem med rettighetene i praksis.⁸⁴

Overført på forholdet mellom individ og stat medfører varetakelsen av disse rettighetene at staten ikke må opptre på en måte som medfører at individet brukes som et objekt eller redskap for å nå et mål.⁸⁵ At mennesket har en iboende autonomi, og at mennesket ikke kan brukes som et objekt av andre for å oppnå sine mål, tilsier at mennesket har en verdi i seg selv, et menneskeverd. Et menneske har menneskeverdet i behold uansett hvilke uakseptable handlinger vedkommende skulle utføre, og uansett hvilke interesser som skulle tale for å begrense menneskeverdet.⁸⁶

«Menneskeverd» som rettslig begrep er av nyere dato enn frihetsbegrepet. Det finnes spredte forekomster av begrepet i europeiske konstitusjoner frem til den annen verdenskrig.⁸⁷ Likevel er det etter 1945 at «menneskeverd» for alvor er blitt introdusert som rettslig begrep. Hovedgrunnen er forsømmelsen av menneskeverdet og de påfølgende grusomhetene man hadde vært vitne til under krigen. Som det fremgår av sitatene ovenfor, har varetakelsen av menneskeverd en fremskutt posisjon i VE, SP og ØSK. I EUs grunnrettighetscharter av 2007 er menneskeverd den mest sentrale rettigheten. Artikkel 1 har overskriften «Human dignity» og følgende ordlyd: «Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.» Plasseringen og utformingen av artikkelen er klart inspirert av den tyske grunnloven.⁸⁸ Grunnrettighetscharterets fortale, annen setning, lyder slik: «Conscious of its spiritual and moral heritage, the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity.» Ifølge Barak er menneskeverd nevnt eksplisitt i konstitusjonen i 32 av 45 undersøkte europeiske stater. Begrepet brukes enten som en konstitusjonell verdi (tolkingsprinsipp) eller som en selvstendig konstitusjonell rettighet.⁸⁹ Også utenfor Europa finnes det tallrike internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og andre internasjonale instrumenter og nasjonale konstitusjoner som benytter «menneskeverd» som rettslig begrep.⁹⁰

EMK har ingen uttrykkelig henvisning til menneskeverd, verken i fortalet eller i konvensjonens artikler. Det er likevel på det rene at menneskeverd har en sentral og overordnet status og funksjon i konvensjonen, og således stor betydning ved

84 Hruschka 2015 s. 17.

85 Barak 2015 s. 27–28 med videre henvisninger.

86 Hollenbach 2013 s. 127–128.

87 Barak 2015 s. 49–50.

88 Dupré 2014 s. 11–12.

89 Barak 2015 s. 59.

90 Barak 2015 s. 34–65. For en oversikt over internasjonale rettslige instrumenter som benytter «human dignity» som rettslig begrep, se *Bouyid mot Belgia*, sak nr. 23380/09, storkammerdom 28. september 2015 avsnitt 45–47.

tolkingen av den. Som det fremgår ovenfor, har EMD i flere avgjørelser uttalt at respekt for menneskeverd, sammen med frihet, utgjør «the very essence of the Convention». I flere relativt nylig avsagte storkammerdommer har EMD fremhevet det samme, og da kun i relasjon til menneskeverd.⁹¹

2.4 FRIHET OG MENNESKEVERD: KONSTITUSJONELL STATUS OG BETYDNING I NORSK RETT

Grunnloven § 104 første punktum slår fast at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. For øvrig kommer ikke begrepet «menneskeverd» eksplisitt og generelt til uttrykk i Grunnloven.⁹² Det er likevel ikke tvil om at frihet og menneskeverd er grunnleggende verdier i den norske Grunnloven. Lovens § 2 annet punktum slår fast at «[d]enne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene». De overordnede formålene med både demokrati, rettsstat og menneskerettigheter er å sikre individenes frihet og menneskeverd. De konkrete menneskerettighetene som er inntatt i Grunnloven §§ 93–113, har det samme overordnede formålet. I tillegg til at en slik objektiv formålstolking av Grunnloven viser at frihet og menneskeverd er grunnleggende verdier etter Grunnloven, følger det samme av en subjektiv formålstolking. Blant annet uttaler Menneskerettighetsutvalget at «[u]tvalgets flertall [...] har vurdert det slik at rettighetene i Grunnloven i størst mulig grad bør gjenspeile og søke å realisere individenes frihet, likhet og menneskeverd, slik dette er kommet til uttrykk i fortalen til Verdenserklæringen og EMK».⁹³

Hvilken betydning har frihet og menneskeverd som rettslige begreper ved tolkingen av Grunnloven? Siden frihetsinteressen er varetatt ved konkrete frihetsrettigheter inntatt i Grunnloven, har den overordnede frihetsinteressen ikke direkte betydning ved tolkingen av Grunnloven. Men at varetakelse av individenes frihet er den overordnede verdien etter Grunnloven, har blant annet betydning for forholdsmessighetsvurderingen. I rettspraksis har menneskeverd som rettslig begrep hatt begrenset betydning. Likevel er det relativt klart hvilken rettslig status

91 *Vinter og andre mot Storbritannia*, sak nr. 66069/09; 130/10 og 3896/10, storkammerdom 9. juli 2013 avsnitt 113; *Svinarenko og Slyadnev mot Russland*, sak nr. 32541/08 og 43441/08, storkammerdom 17. juli 2014 avsnitt 118; *Bouyid mot Belgia*, sak nr. 23380/09, storkammerdom 28. september 2015 avsnitt 89 og *Murray mot Nederland*, sak nr. 10511/10, storkammerdom 26. april 2016 avsnitt 101.

92 Barak 2015 s. 59. Stater som er undersøkt, og hvor menneskeverd ikke nevnes, er Danmark, Frankrike, Island, Kypros, Malta, Monaco, Nederland, Norge, Liechtenstein, Luxemburg, San Marino, Storbritannia og Vatikanstaten.

93 Dokument 16 (2011–2012) s. 61. Se også tilsvarende bl.a. s. 47, 57 og 190.

menneskeverd har ved tolkingen av Grunnloven. I Rt. 1983 s. 1004 (Børre Knudsen) uttalte førstvoterende som målbærer for Høyesterett i plenum at det var «klart at kravet om respekt for menneskelivet, også det ufødte liv, er ett av de rettsprinsipper som vil kunne anses overordnet den positive lovgivning. I prinsippet er det ikke vanskelig å tenke seg at en abortlovgivning, for eksempel basert på nazistisk raseideologi, kunne krenke menneskeverdet på en slik måte at den ville måtte tilbakevises som stridende mot uskrevne rettsnormer av grunnlovskarakter.»⁹⁴ Menneskeverd anses altså som et eget rettsprinsipp, hvor kjernen er vernet med Grunnlovs rang. I Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus, også plenum) brukes menneskeverd som tolkingsfaktor ved vurderingen av om ytringer er vernet av Grunnloven § 100. Førstvoterende, som var talskvinne for flertallet, konkluderer med at grunnlovsbestemmelsen ikke verner utsagn som innebærer en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd.⁹⁵

94 S. 1018.

95 S. 1833. Se likedan bl.a. Rt. 2002 s. 1618 på s. 1624 og Rt. 2007 s. 1807 avsnitt 33 og 43.



3. Straff som inngrep i individets rettssfære

3.1 INNLEDNING

Før forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff undersøkes nærmere, er det nødvendig å klarlegge på hvilken måte og i hvilken grad straff representerer et inngrep i frihetssfæren (punkt 3.2). Det må også avklares i hvilken grad kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker utgjør et inngrep i konstitusjonelle og konvensjonsbeskyttede frihetsretter (punkt 3.3).⁹⁶

3.2 BRUK AV STRAFF SOM STATENS STØRSTE INNGREP I INDIVIDETS FRIHETSSFÆRE

Straff er et tilbakeskuende fenomen. Det er statens reaksjon på en ulovlig handling som har skjedd i fortiden. Straffen er således en reaksjon på en aksjon.⁹⁷ Straff er i norsk rett definert som et onde som staten tilføyer en lovovertræder på bakgrunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.⁹⁸ Samme karakteristika brukes for å beskrive hva straff er i en rekke andre rettssystemer, blant annet i dansk,⁹⁹ finsk,¹⁰⁰ svensk¹⁰¹ og tysk¹⁰² rett. I rettsfilosofien finner vi igjen i hovedsak samme definisjon.¹⁰³ En lignende (men ikke helt lik) uttrykksmåte er at

96 Dette kapittelet, og spesielt del 3.3.2 og 3.3.3, er en bearbeidet versjon av forfatterens tidligere publiserte arbeid: Jon Petter Rui, «Straff som inngrep i menneskerettigheter og krav om legitimt formål og forholdsmessighet – Noen kommentarer til HR-2022-731-A», *Lov og Rett*, 2022 s. 613–633. <https://doi.org/10.18261/lor.61.10.3>.

97 Rui/Sieber 2015 s. 250.

98 Rt. 1977 s. 1207 og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77. Nærmere Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 7–8.

99 Toftegaard Nielsen / Lund Madsen 2020 s. 15.

100 Frände 2004 s. 1–2.

101 Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 33–34.

102 Jescheck/Weigend 1996 s. 13.

103 Hart 1968 s. 4–5 og Fletcher 2007 s. 227–233.

det er den offentlige, formaliserte klanderer som er det sentrale kjennetegnet ved straffen.¹⁰⁴

Straffens art og karakter medfører dermed at det er statens strengeste reaksjon overfor et individ. Dette sentrale faktumet er understreket av Stortinget i forbindelse med vedtakelsen av straffeloven,¹⁰⁵ av flere lovutvalg og departementer som har utredet endringer av straffelovgivningen,¹⁰⁶ og av Høyesterett.¹⁰⁷ Tankegodset er naturligvis ikke særnorsk. EMD har i flere avgjørelser uttalt at bruk av straff er samfunnets strengeste reaksjon mot et individ (*ultima ratio*),¹⁰⁸ og det samme gjelder i andre lands rett. Som eksempler kan nevnes Finland,¹⁰⁹ Sveits,¹¹⁰ Sverige¹¹¹ og Tyskland.¹¹²

104 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 7–9.

105 Innst. O. nr. 72 (2004–2005) s. 16: «Komiteen vil understreke at straff er samfunnets sterkeste middel for å styre atferd.»

106 NOU 2002: 4 s. 78: «Som den strengeste reaksjon på normbrudd anvender samfunnet straff»; NOU 2003: 15 s. 145; Prop. 62 L (2015–2016) s. 52: «Straff regnes prinsipielt som samfunnets strengeste reaksjon mot lovbrudd og jevnt over som strengere (mer inngripende) enn administrative sanksjoner»; NOU 2019: 26 s. 247: «Utvalget tar utgangspunkt i at straff er samfunnets sterkeste virkemiddel for å motvirke og fordømme innbyggernes uønskede handlinger»; Prop. 92 L (2020–2021) s. 34: «Straff er samfunnets sterkeste virkemiddel for å fordømme en handling og krever en solid begrunnelse. De positive effektene av straff må klart oppveie de negative, både tilsktede og utilsktede, for å kunne legitimeres. Samtidig må det være klart at den samme effekten ikke kan oppnås ved mer lempelige virkemidler»; NOU 2020: 4 s. 57: «Utgangspunktet er at straff er samfunnets mest inngripende reaksjon på atferd, og den medfører begrensninger på individets alminnelige handlefrihet»; NOU 2022: 21 s. 130: «Kriminalisering og straff er samfunnets sterkeste virkemiddel for å forby og reagere på uønskede handlinger, og legger sterke begrensninger på borgernes handlefrihet. Det er derfor et rettsstatlig prinsipp at bruken av kriminalisering og straff må begrenses og begrunnes. Det følger allerede av Grunnloven § 94 at frihetsberøvelse, herunder fengselsstraff, bare kan brukes der det er nødvendig og ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep [...]».

107 HR-2021-1453-S (Nav-saken) avsnitt 191: «Straff er samfunnets strengeste reaksjon mot lovbrudd, og domstolene har et selvstendig ansvar for å påse at det foreligger rettslig grunnlag for straffansvar.»

108 Bl.a. *Beizaras og Levickas mot Litauen*, sak nr. 41288/15, dom 14. januar 2020 avsnitt 111: «The Court has acknowledged that criminal sanctions, including against the individuals responsible for the most serious expressions of hatred, inciting others to violence, could be invoked only as an *ultima ratio* measure.»

109 Frände 2004 s. 25.

110 Trechsel/Noll/Pieth 2017 s. 22–23.

111 Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 33.

112 Se den tyske forfatningsdomstolen i neste note. Se også Roxin/Greco 2020 s. 86–90 og Wessels/Baulke/Satzger 2020 s. 5.

En rasjonell følge av at bruk av straff er statens strengeste sanksjon, er at det må stilles strenge krav til forholdsmessighet ved bruk av straff.¹¹³ Det gjelder for det første ved kriminalisering. Uttalelsene fra lovgiver og lovutvalg som nevnt ovenfor om at straff er statens strengeste reaksjon, er utgangspunkt og den sentrale grunnpremisen når det gjøres vurderinger av hvilken atferd som skal kriminaliseres. For det annet må det stilles strenge krav til bruk av straff i konkrete saker. At det gjelder særlig strenge krav til rettsstatlige garantier ved illeggelse av straff, vises også gjennom andre rettsstatsgarantier som gjelder saker om straff, både formelle¹¹⁴ og prosessuelle.¹¹⁵

Hvilken betydning har straffens formål, funksjon og begrunnelse for spørsmålet om hvor tyngende inngrep i form av straff er? Bruk av straff er ikke mindre tyngende om straffen begrunnes i forholdsmessig gjengjeldelse, allmennprevensjon eller individualprevensjon. Avgjørende for at straff er det mest inngripende og tyngende tiltaket en borger kan bli utsatt for, er straffen som *fenomen*: ondepåføring fra statens side i den hensikt at sanksjonen skal oppleves som et onde. Straffens formål har likevel betydning ved vurderingen av om en frihetsberøvelse har et legitimt formål. Nærmere bestemt vil legitimiteten av bruk av straff i form av frihetsberøvelse kunne være forskjellig, ut fra hvilke formål bruk av straff er begrunnet med.¹¹⁶ Som nevnt ovenfor¹¹⁷ er det også en sammenheng mellom kravet til varetakelse av menneskeverd og straffens formål. Nærmere bestemt setter kravet om respekt for menneskeverdet visse begrensninger for i hvilken grad ulike formål med straff legitimt kan begrunne straff.

113 Bl.a. Den tyske forfatningsdomstolens beslutning av 9. mars 1994, BVerfGE 90, 145 (*Cannabis-Beschluss*) avsnitt 120: «In materieller Hinsicht bietet – vorbehaltlich besonderer verfassungsrechtlicher Gewährleistungen – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstab, nach dem die Handlungsfreiheit eingeschränkt werden darf (vgl. BVerfGE 75, 108 [154 f.]; 80, 137 [153]). Diesem Grundsatz kommt gesteigerte Bedeutung für die Prüfung einer Strafvorschrift zu, die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein soziales Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht (vgl. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258])» (min kursivering). Se også Frände 2004 s. 25: «Kravet om proportionalitet er däremot av största betydelse för varje kriminalisering. Vid bedömningen av om frihetsbegränsningen genom en viss kriminalisering står i proportion till den nytta som åtgärden antas föra med sig är det skäl att utgå från ultima ratio-principen. Det innebär att straffrätten kommer till användning först när alla andra medel redan har visat sig eller kan antas vara otillräckliga.»

114 Hva gjelder legalitetsprinsippet, sml. Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15, 18 og 24 (straff) og Rt. 1995 s. 530 på s. 537 (forvaltningsrettslig regulatorisk inngrep).

115 F.eks. Grunnloven § 96.

116 Punkt 5.2.

117 Punkt 2.3.

Det finnes eksempler på at lovgiver ved utforming av en nokså vid og ubestemt kriminalisering viser til at rettssikkerheten kan varetas ved at påtalemyndigheten utviser skjønn ved bruken av en vid fullmakt til å straffe.¹¹⁸ Det er en feilslutning å legge til grunn at kravene Grunnloven og EMK stiller til den lovgivende makt, kan senkes ved at den utøvende makt presumptivt vil vise tilbakeholdenhet ved bruk av straffebudet. Grunnlovens krav til lovgiver i form av krav om formell lovs form og til presisjon har som formål å stille krav til kriminaliseringen, og ikke den utøvende makts senere praktisering av en straffehjemmel. Med andre ord retter kravet om formell lov og *lex certa* seg ikke mot påtalemyndighet, men mot lovgiver. På samme måte retter forholdsmessighetsprinsippets krav ved kriminalisering og utforming av straffebestemmelser seg mot lovgiver. Mangler ved forholdsmessigheten i disse henseendene kan ikke repareres ved at lovgiver satser på at den utøvende makt er tilbakeholden med praktiseringen av bestemmelsen.¹¹⁹

3.3 I HVILKEN GRAD ER BRUK AV STRAFF INNGREP I KONSTITUSJONELLE OG KONVENSJONSBESKYTTEDE FRIHETSRETTER?¹²⁰

3.3.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad bruk av straff er et inngrep i konstitusjonelle og konvensjonsbeskyttede frihetsretter. Med bakgrunn i at bruk av straff er det største inngrepet staten kan gjøre i et individs frihet, kan svaret umiddelbart virke opplagt; det ville være merkelig at det ikke gjelder konstitusjonelle og menneskerettslige krav om forholdsmessighet når staten bruker sitt sterkeste inngrep overfor borgerne.

Når man konsulterer praksis fra Høyesterett, ser derimot bildet noe annerledes ut.

118 Det ferskeste eksempelet finnes i Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat med forslag til kriminalisering av fremmedkrigere, snr. 14/3893, juli 2014 s. 16. Riksadvokaten uttalte i høringsbrev av 17. oktober 2014 på s. 2 blant annet: «Hvis man i stedet velger en generell bestemmelse, som trekker straffansvaret atskillig lenger enn det lovgrunnen reelt sett tilsier, vil man være avhengig av at praktiseringen av bestemmelsen kompenserer for et vidtrekkende straffansvar. Å la påtalemessige vurderinger og vår praksis trekke opp den reelle grensen for det straffbare i den utstrekning det da blir tale om, er en uheldig løsning prinsipielt sett.» Andre eksempler er kriminalisering av hvitvasking og korrupsjon.

119 Ut fra tilsvarende resonnementer er det betenkelig å utforme vage, vide og lite bestemte straffebud og legge til grunn at bruk av rettsstridsreservasjonen kan anvendes til å tolke straffebudet innskrenkende ved den konkrete tillempeingen. Dette resonnementet ble lagt til grunn som legitimerende argument for en vid og ganske ubestemt kriminalisering av fremmedkrigere av Justis- og beredskapsdepartementet, se Prop. 44 L (2015–2016) s. 29 og 54.

120 Punkt 3.3 bygger i det vesentlige på Rui 2022b s. 613–624.

3.3.2 Høyesteretts posisjon

Den 8. april 2022 avsa Høyesterett dom i en sak som gjaldt utmåling av straff for en rusavhengigs besittelse av fire gram heroin til eget bruk.¹²¹ Det sentrale spørsmålet var ifølge Høyesterett hvilken betydning Stortingets behandling av forslaget om en rusreform skulle ha ved straffutmålingen. I tillegg var det reist spørsmål om tiltalte måtte frifinnes fordi domfellelse ville krenke tiltaltes rett til privatliv, jf. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

Høyesterett kom med grunnlag i Stortingets behandling av forslaget om rusreform til at rusavhengiges erverv og besittelse av inntil fem gram heroin, amfetamin eller kokain til eget bruk (og bruken av dette) i alminnelighet skulle møtes med straffutmålingsfravall, jf. straffeloven § 61.¹²² Høyesterett viste også til at aktor i skranken hadde opplyst at en slik rettsavklaring fra Høyesterett ville lede til at påtalemyndigheten normalt ville reagere med påtaleunntatelse.¹²³

Etter dommen har Riksadvokaten uttalt at ved avdekking av en rusavhengigs befatning med mindre mengder narkotika som fremstår å være til eget bruk, «skal det vurderes nøye om det er tilstrekkelig grunn til å anmelde og forfølge forholdet, holdt opp mot vilkårene i straffeprosessloven §§ 224 og 62 a».¹²⁴ Den klare hovedregelen er altså at slike saker ikke skal anmeldes og etterforskes. Hvis det likevel skulle komme til påtale, uttaler Riksadvokaten at saken «skal avgjøres med ubetinget påtaleunntatelse, jf. straffeprosessloven § 69».¹²⁵

Høyesterett drøftet også spørsmålet om tiltalte måtte frifinnes fordi domfellelse ville krenke tiltaltes rett til privatliv, jf. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Førstvoterende uttalte at utgangspunktet var at *straff ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand*. Han hadde også «vanskelig for å se at straff for befatning med narkotika kan være et inngrep etter EMK artikkel 8».¹²⁶ Det ble likevel drøftet (*obiter dictum*) om bruk av straff ville være forholdsmessig.¹²⁷ Høyesterett kom til at kriminalisering av tunge rusmisbrukeres befatning med narkotika til eget bruk generelt ikke var uforholdsmessig. Og når det ble reagert med straffutmålingsfravall, var heller ikke en slik straff uforholdsmessig i denne konkrete saken.¹²⁸

121 HR-2022-731-A.

122 Avsnitt 70.

123 Avsnitt 71.

124 Brev fra Riksadvokaten til Agder statsadvokatembeter av 13. mai 2022, s. 1.

125 Brev fra Riksadvokaten til Agder statsadvokatembeter av 13. mai 2022, s. 2.

126 Avsnitt 34.

127 Avsnitt 34–41. Se for samme fremgangsmåte HR-2022-2104-A avsnitt 34–43.

128 Avsnitt 40.

3.3.3 Kan Høyesteretts rettsoppfatning anses som gjeldende rett?

a) *Bruk av straff i konkrete saker*

Det rettskildemessige grunnlaget for at Høyesterett kom til at straff som utgangspunkt ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand, var følgende uttalelser i EMDs storkammerdom *Gillberg mot Sverige*:¹²⁹

The Court observes that the protection of an individual's moral and psychological integrity is an important aspect of Article 8 of the Convention. It notes, however, that there is no Convention case-law in which the Court has accepted that a criminal conviction in itself constitutes an interference with the convict's right to respect for private life. The Court does not ignore that such a criminal conviction may entail personal, social, psychological and economic suffering for the convicted person. In the Court's view, though, *such repercussions may be foreseeable consequences of the commission of a criminal offence and can therefore not be relied on in order to complain that a criminal conviction in itself amounts to an interference with the right to respect for 'private life' within the meaning of Article 8 of the Convention* (mine uthevinger).¹³⁰

EMD uttaler her at en straffedom kan medføre personlige, sosiale og økonomiske påkjenninger for en domfelt. Imidlertid vil dette være forutsigbare konsekvenser av det å begå en straffbar handling. Derfor kan påkjenningene ved en straffedom ikke tas til inntekt for at en domfellelse i seg selv utgjør et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Tar man uttalelsen isolert og på ordet, medfører det at bruk av straff ikke er et inngrep såfremt det er en forutsigbar konsekvens av å begå et lovbrudd. Det er imidlertid flere forhold som taler for at uttalelsen ikke kan isoleres og anses som et uttrykk for gjeldende EMK-rett.

Som ved all domstolking må tilsynelatende klare uttalelser om gjeldende rett tolkes i kontekst for å fastlegge formuleringenes innhold og rekkevidde. I *Gillberg* er uttalelsen kort, og ikke presisert, nyansert og begrunnet nærmere. I tillegg kommer at forhold ved sakens faktum må tillegges betydning. Gillberg var professor i psykiatri ved Göteborgs universitet. Som ledd i forskning på barn og ADHD var det blitt innhentet en stor mengde forskningsdata, herunder sensitive personopplysninger, om barn og barnas slektninger. Prosjektet var blitt startet og drevet av andre forskere enn Gillberg. To forskere som ikke hadde vært en del av prosjektet,

129 Sak nr. 41723/06, storkammerdom 3. april 2012.

130 Avsnitt 68.

ønsket tilgang til materialet, men fikk avslag. De vant imidlertid frem i domstolene med kravet om innsyn. I forkant av at forskerne skulle få tilgang, sørget Gillberg for destruering av forskningsmaterialet. Han (samt viserektor og tre andre, som hadde stått for destrueringen av materialet) ble på grunn av det tiltalt av Riksdagens ombudsmann for tjenesteforsømmelse («tjänstefel»). Straffebestemmelsen rammer den som «disregards the duties of his office».¹³¹ Gillberg ble også dømt til en betinget fengselsstraff og til å betale 50 dagbøter (til sammen 37 500 svenske kroner).

Ved drøftelsen av om domfellelsen representerte et inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8, fremhevet EMD for det første at Gillberg «was not the children's doctor or psychiatrist and he did not represent the children or the parents».¹³² Situasjonen var altså at Gillberg ikke, slik som en lege eller advokat, yrkesmessig varetok borgernes rett til privatliv ved å nekte andre innsyn i materiale som inneholdt opplysninger som var vernet etter EMK artikkel 8. Grunnen til at advokaters taushetsplikt er en del av den vernede interesse etter EMK artikkel 8, er at klienten skal kunne gi opplysninger til advokaten som ledd i rettslig rådgivning, uten at opplysningene fritt gis videre av advokaten.¹³³ Gillberg var altså ikke «bærer» av retten til privatliv på vegne av forsøkspersonene. Dette fremstår som en sentral premiss for at EMD kom til at straffen for Gillberg ikke ble ansett som et inngrep i EMK artikkel 8s forstand.

For det annet viste EMD til at Gillberg var «a public official researcher exercising public authority at a public institution».¹³⁴ Det ble presisert at «the offence in question has no obvious bearing on the right to respect for 'private life'. On the contrary, it concerns professional acts and omissions by public officials in the exercise of their duties. Nor has the applicant pointed to any concrete repercussions on his private life which were directly and casually linked to his conviction for that specific offence.»¹³⁵ Gillberg ble altså domfelt for offentlig tjenesteforsømmelse fordi han hadde nektet å gjøre tilgjengelig forskningsmateriale som tilhørte universitetet, som universitetet var blitt pålagt å gjøre i endelige dommer fra forvaltningsdomstolen. Både saksforholdet og straffebudet han ble domfelt for å ha overtrådt, hadde en svært fjern tilknytning til Gillbergs privatliv.

Dersom man kun skulle bruke dommen i Gillberg-saken for å fastlegge hva som er gjeldende EMK-rett, kan den etter dette ikke tas til inntekt for at bruk av straff som utgangspunkt ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand. Lest isolert fra øvrige rettskilder kan dommen i beste fall tas til inntekt for at bruk av straff ikke

131 Avsnitt 48.

132 Avsnitt 64.

133 Bl.a. *Michaud mot Frankrike*, sak nr. 12323/11, dom 6. desember 2012 avsnitt 118–119.

134 Avsnitt 64.

135 Avsnitt 70. Se også avsnitt 71–73.

vil være et inngrep dersom illeggelse av straff ikke på noen måte berører domfeltes privatliv.

Også andre rettskilder taler for at Høyesteretts uttalelse om at bruk av straff som utgangspunkt ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand, ikke kan legges til grunn som generelt gjeldende EMK-rett. For det første er det ingen holdepunkter i rettskildene for at inngrep i form av straff står i noen særstilling sammenlignet med andre inngrep, som for eksempel bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler, inndragning, fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon. I tillegg kommer at langt mindre inngripende tiltak enn straff anses som inngrep etter EMK artikkel 8. Som eksempel kan nevnes behandling av personopplysninger.¹³⁶ Ut fra en betraktning fra det mer til det mindre er det vanskelig å få det til å harmonere at samfunnets mest inngripende virkemiddel ikke er et inngrep hvis det er en forutsigbar konsekvens av en handling, mens statens registrering av en persons navn er et inngrep etter EMK artikkel 8.

For det annet er det problematisk ut fra gjeldende terminologi og begrepsbruk både i EMK-retten og i nasjonale rettssystemer at straff ikke skal være et inngrep hvis det er en forutberegnelig konsekvens av å begå en handling. Et forutberegnelig rettsgrunnlag ved illeggelse av straff er en grunnleggende rettsstatsforutsetning for bruk av straff, jf. blant annet EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 første ledd. Et forutberegnelig rettsgrunnlag fratar imidlertid ikke straffen dens art og karakter, nemlig at den er statens strengeste inngrep overfor en borger.

EMD har i flere avgjørelser lagt til grunn at bruk av straff er samfunnets strengeste reaksjon mot en borger (*ultima ratio*).¹³⁷ At det strengeste inngrepet staten kan gjøre overfor en borger, likevel ikke skal være et inngrep såfremt det er en forutsebar konsekvens av å begå et lovbrudd, er også vanskelig å forene med gjeldende terminologi og begrepsbruk.

At straff er ansett som det sterkeste inngrepet i en borgers rettssfære, er forklaringen på at det etter EMK artikkel 7 gjelder et krav om klart rettsgrunnlag samt et absolutt forbud mot tilbakevirkning ved kriminalisering og bruk av straff.¹³⁸

136 Bl.a. *Y. G. mot Russland*, sak nr. 8647/12, dom 30. august 2022 avsnitt 40: «The mere storing of data relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of Article 8 of the Convention.»

137 Bl.a. *Beizaras og Levickas mot Litauen*, sak nr. 41288/15, dom 14. januar 2020 avsnitt 111: «The Court has acknowledged that criminal sanctions, including against the individuals responsible for the most serious expressions of hatred, inciting others to violence, could be invoked only as an *ultima ratio* measure.»

138 Se bl.a. Aall 2022 s. 137: «Selv om straff kan variere fra bagatellmessige økonomiske reaksjoner til fengsel på livstid, er det grunn til å understreke at straff vanligvis regnes som et – pr. se – stort inngrep, slik at klar hjemmel kreves.» Se også s. 141, hvor det presiseres at tilbakevirkningsforbudet i EMK artikkel 7, jf. artikkel 15, er absolutt på strafferettens område.

Artikkelen forbyr også straffansvar på rent objektivt grunnlag av samme årsak.¹³⁹ Konvensjonens artikkel 6 oppstiller strenge krav til saksbehandling ved ileggelse av straff, nettopp fordi det er det mest inngripende tiltaket staten har mot borgerne. I EMDs forholdsmessighetsvurderinger tillegges det jevnt over stor betydning, i retning av at inngrepet ikke er proporsjonalt hvis det er tale om et inngrep i form av straff.¹⁴⁰ Når det i disse sammenhengene har så klare og gjennomgripende rettsvirkninger at inngrepet gjøres i form av straff, er det vanskelig å forene med

139 *G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia*, sak nr. 1818/06, storkammerdom 28. juni 2018 avsnitt 242; HR-2021-797-A avsnitt 23; HR-2021-2249 avsnitt 16; HR-2021-1857-U avsnitt 3-5 og HR-2022-1271-A avsnitt 44-50. Se kritisk Emberland 2022, s. 97-116. Nærmere om begrunnelsen for at EMD oppstilte et forbud mot rent objektivt straffansvar i *G.I.E.M.*, se Rui 2018a s. 205: «Hvis gjerningspersonen ikke har utvist noen form for skyld ved en lovovertrødelse, fremstår det som vilkårlig og uproporsjonalt at staten skal ilegge ham et onde i den hensikt at det skal oppleves som et onde. Sagt med andre ord vil statens handling (reaksjon) ikke stå i et proporsjonalt forhold til gjerningspersonens handling (aksjon). Å reagere med ondepåføring i den hensikt at det skal oppleves som et onde, overfor personer som ikke har utvist noen form for skyld, fremstår også som etisk og moralsk uakseptabelt.»

140 *Vajnai mot Ungarn*, sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008. Klager ble straffedømt til en form for straffutmålingsutsettelse (ingen ileggelse av sanksjon i en prøvetid på ett år) for å ha båret et røde stjerne-symbol på 5 cm i diameter på jakken under en demonstrasjon. Ved vurderingen av forholdsmessigheten uttalte EMD i avsnitt 58 at «the measure with which his conduct was sanctioned, although relatively light, belongs to the criminal-law sphere, entailing the most serious consequences. The Court does not consider that the sanction was proportionate to the legitimate aim pursued.» Se også *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 272-273: «In two recent cases under Article 10 of the Convention, the Court upheld the proportionality of interferences which consisted in regulatory schemes limiting the technical means through which freedom of expression may be exercised in the public sphere [...]. By contrast, the form of interference in issue in this case – a criminal conviction that could even result in a term of imprisonment – was much more serious in terms of its consequences for the applicant, and calls for stricter scrutiny. In *Lehideux and Isorni* [...] the Court noted, as it has done in many other cases under Article 10 of the Convention, that a criminal conviction was a serious sanction, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies. The same applies here: what matters is not so much the severity of the applicant's sentence but the very fact that he was criminally convicted, which is one of the most serious forms of interference with the right to freedom of expression.» Se også *Bedat mot Sveits*, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 81: «It is true that the dominant position of the State institutions requires the authorities to show restraint in resorting to criminal proceedings in matters of freedom of expression.» Se likedan bl.a. *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 105 og 109-110; *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 89; *Lings mot Danmark*, sak nr. 15136/20, dom 12. april 2022 avsnitt 59; *Patricio Monteiro Telo de Abreu mot Portugal*, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 47; *Rouillan mot Frankrike*, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022 avsnitt 74-75 og *Bouton mot Frankrike*, sak nr. 22636/19, dom 13. oktober 2022 avsnitt 46 og 53-68.

at bruk av straff ikke skal være et inngrep etter EMK artikkel 8, hvis straffen er en forutsigbar konsekvens av å begå et lovbrudd.

For det tredje har EMD, med unntak av *Gillberg*, ikke benyttet som kriterium ved vurderingen av om det foreligger et inngrep i form av straff, hvorvidt inngrepet er en forutsigbar følge av borgerens handling. Domstolen har derimot i tallrike avgjørelser lagt til grunn at bruk av straff er et inngrep. Som eksempler på bruk av straff som er blitt ansett som et inngrep etter EMK artikkel 8, kan nevnes kriminalisering av homofil praksis mellom voksne, samtykkende personer,¹⁴¹ fengselsstraffer på opp mot 18 måneder for produksjon av pornografisk filmmateriale (somasochisme),¹⁴² kriminalisering av medvirkning til selvdrap i en situasjon hvor den som ønsket å dø, var uhelbredelig syk,¹⁴³ straffutmålingsfravall for «gross indecency» for besittelse av pornografisk materiale (video av homoseksuell aktivitet hvor klager selv deltok),¹⁴⁴ fengsel i ett år og fire måneder for incest,¹⁴⁵ kriminalisering av å bære heldekkende hodeplagg (burka, nikab) på offentlig sted,¹⁴⁶ bot på 500 sveitsiske franc (ca. 550 euro), subsidiært fem dagers fengsel, for tigging på offentlig sted,¹⁴⁷ og dagbøter på til sammen ca. 520 euro for produksjon av cannabis til eget bruk.¹⁴⁸ Nylig la EMD til grunn at kriminalisering av kjøp av seksuelle tjenester var et inngrep i prostituertes rett til privatliv, så vel som et inngrep i deres selvbestemmelsesrett og seksuelle frihet, jf. EMK artikkel 8.¹⁴⁹

Vi ser her at ganske ulike aspekter ved en persons livsutfoldelse anses som inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8. Fellesnevneren for typetilfellene er at det er tale om inngrep i individets selvbestemmelsesrett. EMDs dom i *Pretty mot Storbritannia* gjaldt spørsmålet om kriminalisering av medvirkning til selvdrap i en situasjon hvor den som ønsket å dø, var uhelbredelig syk, var et uforholdsmessig inngrep i medvirkerens rett til privatliv etter EMK artikkel 8. EMD la til grunn

141 *Dudgeon mot Storbritannia*, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 40–41 og *Norris mot Irland*, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988 avsnitt 37–38 (krenkelse i begge).

142 *Laskey og andre mot Storbritannia*, sak nr. 21627/93; 21628/93; 21974/93, dom 19. februar 1997 avsnitt 35–36 (ikke krenkelse).

143 *Pretty mot Storbritannia*, sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002 avsnitt 61–67 (ikke krenkelse).

144 *A. D. T. mot Storbritannia*, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 21–26 (krenkelse).

145 *Stübing mot Tyskland*, sak nr. 43547/08, dom 12. april 2012 avsnitt 55 (ikke krenkelse).

146 *S. A. S. mot Frankrike*, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 110 (ikke krenkelse).

147 *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065, dom 19. januar 2021 avsnitt 91–92 (krenkelse).

148 *Thörn mot Sverige*, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49 (ikke krenkelse).

149 *M.A. og andre mot Frankrike*, sak nr. 63664/19, dom 25. juli 2024 avsnitt 138.

at kriminaliseringen var et inngrep etter EMK artikkel 8. Det ble blant annet uttalt: «Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.»¹⁵⁰ Vi ser altså at individets selvbestemmelsesrett og handlefrihet er vernede interesser under artikkel 8. Begrepene «selvbestemmelsesrett» og «handlefrihet» er videre enn det man etter en ren objektiv ordlydsfortolkning skulle legge i begrepet «privatliv». Følgende passasje er også av interesse for å klarlegge domstolens syn på hva som faller inn under den vernede interesse under EMK artikkel 8, hva gjelder statens bruk av straff:

The Government have argued that the right to private life cannot encapsulate a right to die with assistance, such being a negation of the protection that the Convention was intended to provide. The Court would observe that the ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned. The extent to which a State can use compulsory powers or the criminal law to protect people from the consequences of their chosen lifestyle has long been a topic of moral and jurisprudential discussion, the fact that the interference is often viewed as trespassing on the private and personal sphere adding to the vigour of the debate. However, *even where the conduct poses a danger to health or, arguably, where it is of a lifethreatening nature, the case-law of the Convention institutions has regarded the State's imposition of compulsory or criminal measures as impinging on the private life of the applicant within the meaning of Article 8 § 1 and requiring justification in terms of the second paragraph* (see, for example, concerning involvement in consensual sado-masochistic activities which amounted to assault and wounding, *Laskey, Jaggard and Brown*, cited above, and concerning refusal of medical treatment, *Acmanne and Others v. Belgium*, no. 10435/83, Commission decision of 10 December 1984, Decisions and Reports (DR) 40, p. 251) (min kursivering).

150 Sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002 avsnitt 61. Se også *Paradiso og Campanelli mot Italia*, sak nr. 25358/12, storkammerdom 24. januar 2017 avsnitt 159 og M.A. og andre mot Frankrike, sak nr. 63664/19, dom 25. juli 2024 avsnitt 138.

Måten EMD ordlegger seg på her, tyder på at statens bruk av straff etter EMDs oppfatning gjennomgående vil være et inngrep i EMK artikkel 8.¹⁵¹

Som eksempler på bruk av straff som er ansett som inngrep etter EMK artikkel 10, kan nevnes straffutmålingsfravall for å ha båret kommunistsymbolet den røde stjerne (5 cm i diameter) på jakke under demonstrasjon,¹⁵² ileggelse av mindre bot med subsidiær fengselsstraff for fornektelse av folkemordet i Armenia,¹⁵³ ileggelse av mindre bot for å ha publisert opplysninger som var beskyttet av lovgiving som foreskrev hemmelighet om opplysninger som inngikk i etterforskning,¹⁵⁴ ileggelse av bot for å ha publisert karikaturtegninger på en blogg som klager administrerte,¹⁵⁵ fengselsstraff på 18 måneder (hvorav 6 måneder betinget) for tidligere straffedømt terrorist som uttalte seg positivt om terrorangrepene i Paris i 2015,¹⁵⁶ og ileggelse av bot på 1160 euro for å ha fremsatt blasfemiske uttalelser i radio-program.¹⁵⁷ Et eksempel på at bruk av straff er blitt ansett som et inngrep i EMK artikkel 11, er kriminalisering av overtredelse av forbud mot demonstrasjoner i to måneder (17. mars til 30. mai 2020) på grunn av covid-19-pandemien.¹⁵⁸ Som eksempel på bruk av straff som er ansett som inngrep etter EMK P1-1, kan nevnes pønalt motivert inndragning som følge av straffbar handling.¹⁵⁹ Det samme gjelder pønalt motivert inndragning rettet mot selskaper.¹⁶⁰ Et nylig eksempel på at bruk av straff ble ansett som et inngrep i retten til bevegelsesfrihet i EMK P2-4, er en fengselsstraff på seks måneder for uten tillatelse fra danske myndigheter

151 Annerledes Aall 2023 s. 331: «Selv om straff i de fleste tilfeller ikke kan anses som et inngrep i privatlivet, vil enkelte tilfeller falle innenfor *fordi straffen rammer selvbestemmelsesretten som ligger i kjernen av rettigheten.*» Slik jeg leser kildene, er det ikke holdepunkter for å begrense den vernede interesse slik det gjøres her.

152 *Vajnai mot Ungarn*, sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008 avsnitt 29 (krenkelse).

153 *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 117 (krenkelse).

154 *Bedat mot Sveits*, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 44–47 (ikke krenkelse).

155 *Patricio Monteiro Telo de Abreu mot Portugal*, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 34 (krenkelse).

156 *Rouillan mot Frankrike*, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022 avsnitt 47 og *Rabczewska mot Polen*, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 54 (krenkelse).

157 *Rabczewska mot Polen*, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 54 (krenkelse).

158 *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 75 (krenkelse).

159 *Phillips mot Storbritannia*, sak nr. 41087/98, dom 7. mai 2001 avsnitt 50–51 (ikke krenkelse) og *Paulet mot Storbritannia*, sak nr. 6219/08, dom 13. mai 2014 avsnitt 64 (ikke krenkelse).

160 *G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia*, sak nr. 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018 avsnitt 287 (krenkelse).

å oppholde seg på et territorium hvor en terrororganisasjon tar del i en væpnet konflikt.¹⁶¹

Videre har domstolen i flere avgjørelser kommet til at straff er et inngrep, og samtidig konkludert med at bruk av straff har tilfredsstilt kravet til klart rettsgrunnlag.¹⁶² Sistnevnte er ikke mulig å forene med at straff ikke er et inngrep, hvis det er en forutsigbar følge av borgerens handling.

Jeg har funnet to dommer hvor EMD tar i betraktning om inngrepet var en forutsigbar følge av borgerens handling, ved drøftelse av om det hadde skjedd et inngrep i en konvensjonsrettighet. Den ene er *Sidrabas og Dziautas mot Litauen*.¹⁶³ Klagerne var to litauiske statsborgere som hadde arbeidet for KGB i Litauen under sovjettiden. Da deres fortid ble avdekket av litauiske myndigheter, ble de sagt opp fra sine stillinger i henholdsvis skatteetaten og påtalemyndigheten. Litauisk lovgivning foreskrev et forbud mot å ha en rekke stillinger (offentlige og private) for personer som hadde arbeidet for de hemmelige tjenestene under sovjettiden. Klagerne påstod at oppsigelsene representerte et inngrep etter EMK artikkel 8, jf. artikkel 14. Ved drøftelsen av om avskjedigelsene var et inngrep etter EMK artikkel 8, nevnte EMD i en setning: «The Court accepts that Article 8 cannot be relied on in order to complain of a loss of reputation which is the foreseeable consequence of one's own actions such as, for example, the commission of a criminal offence.»¹⁶⁴ Foreliggende sak var imidlertid

161 *Mørck Jensen mot Danmark*, sak nr. 60785/19, dom 18. oktober 2022 avsnitt 62.

162 Bl.a. *Dudgeon mot Storbritannia*, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 44; *Norris mot Irland*, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988 avsnitt 40; *Laskey og andre mot Storbritannia*, sak nr. 21627/93; 21628/93; 21974/93, dom 19. februar 1997 avsnitt 35; *A. D. T. mot Storbritannia*, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 30; *Pretty mot Storbritannia*, sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002 avsnitt 69; *Stübing mot Tyskland*, sak nr. 43547/08, dom 12. april 2012 avsnitt 57; *S. A. S. mot Frankrike*, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 112; *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065, dom 19. januar 2021 avsnitt 94; *Thörn mot Sverige*, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49; *Vajnai mot Ungarn*, sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008 avsnitt 30–31; *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 130–140; *Bedat mot Sveits*, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 45; *Patricio Monteiro Telo de Abreu mot Portugal*, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 34; *Rouillan mot Frankrike*, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022 avsnitt 47; *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 77; *Thörn mot Sverige*, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49 og *Rabczewska mot Polen*, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 55.

163 Sak nr. 55480/00; 59330/00, dom 27. juli 2004. Det vises også til rettsoppfatningen i *Stoyanov mot Bulgaria*, sak nr. 19557/05, avvsningsavgjørelse 4. april 2017. Spørsmålet her var ikke om bruk av straff var et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8, men om statsadvokatens uttalelser i forbindelse med en straffesak mot klager hadde krenket klagers rett til privatliv.

164 Avsnitt 49.

ikke en straffesak, men en sak om oppsigelse i arbeidsforhold. I tillegg kommer at EMD konkluderte med at det forelå et inngrep etter EMK artikkel 8. Avgjørelsen har følgelig ingen betydning for spørsmålet om bruk av straff er et inngrep (og en krenkelse) etter EMK artikkel 8.

Den andre avgjørelsen er *Mikolajova mot Slovakia*.¹⁶⁵ Faktum var at en strafforfølgning (voldsbruk) mot klager ble innstilt fordi fornærmede (klagers ektemann) ikke hadde begjært strafforfølgning. I avgjørelsen om innstilling ble det uttalt at klager hadde begått de straffbare forholdene. Klager var ikke blitt oppmerksom verken på anmeldelsen eller innstillingen av etterforskningen. Hun ble kjent med saken da ektemannens forsikringsselskap fremmet krav mot henne om erstatning for utgifter til behandling av ektemannen. Ved drøftelsen av om det forelå et inngrep i EMK artikkel 8, viste EMD til at «Article 8 could not be relied on in order to complain of a loss of reputation which was the foreseeable consequence of one's own actions such as, for example, the commission of a criminal offence».¹⁶⁶ EMD kom imidlertid til at uttalelsen ved innstillingen av straffesaken ikke var en forutsigbar konsekvens av klagers handling. Det ble konkludert med at det forelå et inngrep etter EMK artikkel 8. Heller ikke denne dommen kan tas til inntekt for at et inngrep ikke er straff hvis det er en forutsigbar følge av en persons handlinger.

Etter dette er det nærliggende at uttalelsen i *Gillberg* om at bruk av straff ikke er et inngrep, såfremt det er en forutsigbar konsekvens av å begå et lovbrudd, ikke gir uttrykk for gjeldende EMK-rett.

Rettskildene tilsier at bruk av straff som et klart utgangspunkt vil være et inngrep i én eller flere konvensjonsrettigheter.¹⁶⁷ Unntak kan kanskje tenkes i et tilfelle hvor illeggelse av straff ikke på noen måte griper inn i noen av frihetsrettene som er beskyttet i konvensjonen. Det kan være dette EMD har i tankene i relasjon til artikkel 8 når det i *Gillberg* uttales at «[t]he Court does not ignore that [...] a criminal conviction may entail personal, social, psychological and economic suffering for the convicted person».¹⁶⁸ Lest motsetningsvis, og i lys av de øvrige

165 Sak nr. 4479/03, dom 18. januar 2011.

166 Avsnitt 57.

167 Se annerledes Aall 2023 s. 330–335. Særlig note 24: «Rui (2022), s. 618–621, presenterer en fin palett av tilfeller. Men det er grunn til å presisere at de tilfellene han nevner, nettopp har det karakteristikum at de rammer i *kjernen av privatlivet*. Han trekker derfor, etter min mening, for vidtrekkende konsekvenser av kasuistikken når han mener den gir grunnlag for å hevde at '[r]ettskildene tilsier at bruk av straff som et klart utgangspunkt vil være et inngrep i en eller flere konvensjonsrettigheter'»

168 Avsnitt 68.

uttalelsene i *Gillberg* nevnt ovenfor, kan uttalelsen tas til inntekt for at i de tilfeller bruk av straff ikke har disse konsekvensene, vil det ikke være et inngrep etter EMK artikkel 8.

Det er likevel vanskelig å se at bruk av samfunnets sterkeste inngrep overfor en borger, som kun skal brukes som siste utvei av staten (*ultima ratio*), samtidig ikke skal anses som et inngrep. Med unntak av *Gillberg* har EMD, så vidt jeg vet, aldri konkludert med at bruk av straff ikke har vært et inngrep. Blant dommene hvor EMD har tatt stilling til om bruk av straff er et inngrep etter EMK artikkel 8, er det én dom hvor inngrepets art nevnes, nærmere bestemt *Thörn mot Sverige*.¹⁶⁹ Spørsmålet var her om straff (ileggelse av bot) for produksjon av cannabis til eget bruk var i strid med EMK artikkel 8. Thörn brukte den egenproduserte cannabisen til smertelindring. Ved vurderingen av om straffen var et inngrep etter EMK artikkel 8, viste domstolen til at «the acts for which he was convicted had been carried out in order to assist the applicant in functioning better in his everyday life».¹⁷⁰ EMD konkluderte med at straffen var et inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8.

Det er to ytterligere forhold ved *Gillberg* som kan tale for at avgjørelsen har begrenset prejudikatsverdi. Det første er at privates tilgang til offentlige dokumenter («offentlighetsprinsippet») står svært sterkt i Sverige. Det er blant annet grunnlovsfestet.¹⁷¹ Som det fremgår av *Gillberg*, hadde dessuten ombudsmannen, som fører tilsyn med at reglene om innsyn overholdes, påtalekompetanse.¹⁷² Hvis EMD hadde lagt til grunn at straffen av *Gillberg* utgjorde et inngrep, ville domstolen ha vært nødt til å vurdere rettsgrunnlaget samt forholdsmessigheten av inngrepet. Herunder måtte EMD ha gått inn i en vurdering som impliserte en konstitusjonelt beskyttet grunnrettighet i Sverige. Det andre momentet har sannsynligvis helt begrenset verdi, men jeg nevner det likevel: *Gillberg* kunne fremstå som en

169 *Thörn mot Sverige*, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022.

170 Avsnitt 49.

171 *Gillberg mot Sverige*, sak nr. 41723/06, storkammerdom 3. april 2012 avsnitt 39: «The principle of public access to official documents (*offentlighetsprincipen*) has a history of more than two hundred years in Sweden and is one of the cornerstones of Swedish democracy. One of its main characteristics is the constitutional right for everyone to study and be informed of the contents of official documents held by the public authorities.»

172 *Gillberg mot Sverige*, sak nr. 41723/06, storkammerdom 3. april 2012 avsnitt 51: «An Ombudsman may, among many other things, institute criminal proceedings against an official who has committed an offence by departing from the obligations incumbent on him or her in his or her official duties (for example, as in the present case, misuse of office).»

litt retthaversk kverulant. Det er uttalelser i dommen som til en viss grad peker i denne retningen.¹⁷³

Det kan etter dette ikke være riktig når det i HR-2022-731-A uttales at «[u]tgangspunktet er [...] at straff ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand».¹⁷⁴ Høyesterett fremholder videre, under henvisning til EMDs dom i *Lacatus mot Sveits*, at «straff etter en konkret vurdering kan være et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 hvis menneskeverdet rammes i tilstrekkelig grad, for eksempel dersom straffetrusselen retter seg mot levemåte eller personlig legning».¹⁷⁵ Det er riktig at klagers menneskeverd var i spill i *Lacatus*.¹⁷⁶ Menneskeverdet ble imidlertid ikke brukt av EMD ved drøftelsen av om bruk av straff var et inngrep, men ved vurderingen av om inngrepet var forholdsmessig. Menneskeverdet er heller ikke brukt som rettslig avgrensingskriterium ved drøftelse av om bruk av straff er et inngrep i en konvensjonsrettighet, i noen av avgjørelsene nevnt ovenfor, og hvor det ble lagt til grunn at kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker er et inngrep etter EMK.

173 *Gillberg mot Sverige*, sak nr. 41723/06, storkammerdom 3. april 2012 avsnitt 71–73: «Moreover, the applicant has not further defined or elaborated on the nature and extent of his suffering connected to the criminal conviction. He did point out, though, that he had found himself in a dilemma and that he had chosen to refuse to comply with the judgments of the Administrative Court of Appeal, with the risk that he would be convicted of misuse of office. *This confirms, in the Court's opinion, that the applicant's conviction and the suffering it may have entailed were foreseeable consequences of his having committed the criminal offence.* The applicant also contended that he had lost income because he was dismissed by the Norwegian Institute of Public Health and could have written at least five books during the time taken up by the case. To the extent that this is to be understood as a claim that the applicant's conviction affected the enjoyment of his 'private life' because of its bearing on his professional activities [...], *the Court considers this form of economic suffering to be a foreseeable consequence of the commission of a criminal offence by the applicant in respect of which Article 8 cannot be relied on [...].* At any rate, the Court observes that the criminal conviction of the applicant had *no negative bearing on his maintaining his position as professor and head of the Department of Child and Adolescent Psychiatry at the University of Gothenburg.* Furthermore, even if the applicant's allegation that he was dismissed by the Norwegian Institute of Public Health is an established fact, the Court notes that *the applicant failed to show that there was any causal link between the conviction and the dismissal. Moreover, the applicant's claim that he had lost income from at least five books which he had planned to write, but had been unable to because his time was taken up by the case, remains wholly unsubstantiated. Finally, according to the applicant, he had support from numerous renowned and highly respected scientists who agreed with the conduct for which he was convicted.* There is therefore no indication that the impugned conviction had any repercussions on the applicant's professional activities which went beyond the foreseeable consequences of the criminal offence for which he was convicted» (mine kursiveringer).

174 Avsnitt 32.

175 Avsnitt 32.

176 Nærmere Rui 2021a s. 191–198, på s. 192–193.

Hva gjaldt straff for tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk av narkotika, hadde Høyesterett «vanskelig for å se»¹⁷⁷ at det var et inngrep etter EMK artikkel 8. På bakgrunn av analysene ovenfor er det etter min oppfatning nærliggende at bruk av straff overfor tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk av narkotika er et inngrep etter EMK artikkel 8.¹⁷⁸ Dom på straffutmålingsfrfall er ikke en frifinnelse, men en strafferettslig reaksjon, jf. straffeloven § 30 bokstav b).

b) Kriminalisering

Som det fremgår ovenfor, er det flere avgjørelser fra EMD som legger til grunn at ikke bare bruk av straff i konkrete saker, men også selve *kriminaliseringen* er et inngrep i konvensjonsrettigheter. Illustrerende er storkammerdommen *S. A. S. mot Frankrike*.¹⁷⁹ Faktum var her at en kvinne påstod at en ny lov som kriminaliserte å bære bekledning som dekket ansiktet (burka, nikab), krenket blant annet EMK artikkel 8. Staten anførte at hun ikke var offer for en krenkelse av konvensjonen, jf. EMK artikkel 34, og at saken måtte avvises. Det ble vist til at klager ikke var blitt stoppet av politiet for å bære bekledningen, og langt mindre ilagt straff for overtredelse av loven. Klager hadde også uttalt at hun ikke ville bære bekledningen i tilfeller der det ville skape praktiske vanskeligheter, for eksempel i arbeidslivet og når hun ønsket å sosialisere. EMD viste til at en klager «may nevertheless argue that a law breaches his or her rights in the absence of a specific instance of enforcement, and thus claim to be a ‘victim’, within the meaning of Article 34, if she or he is required either to modify his or her conduct or risk being prosecuted, or if he or she is member of a category of persons who risk being directly affected by the legislation».¹⁸⁰ Det ble konkludert med at saken ikke skulle avvises, samt at kriminaliseringen utgjorde et inngrep i blant annet artikkel 8.¹⁸¹

Samme synspunkt er lagt til grunn i flere andre avgjørelser, blant annet *Norris mot Irland*.¹⁸² Faktum var her at Norris var homofil og en forkjemper for homofiles rettigheter. Han anla sak for irske domstoler for å få kjent ugyldig straffebestemmelser som kriminaliserte homofil praksis. Han var ikke mistenkt for overtredelse av straffebudene. Etter ikke å ha nådd frem i nasjonale domstoler klaget han saken

177 Avsnitt 34.

178 Likedan Rui 2022a s. 53–58, på s. 56 med videre henvisninger. Se også nå (etter Høyesteretts dom) *Thörn mot Sverige*, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49.

179 Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014.

180 Avsnitt 57.

181 Avsnitt 57 og 110–111.

182 *Norris mot Irland*, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988.

inn for EMD, med påstand om at kriminalisering av homofil praksis var i strid med EMK artikkel 8. Domstolen uttalte at «the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life [...] within the meaning of Article 8 para. 1».¹⁸³

Jeg har ikke funnet noen avgjørelser som drøfter og konkluderer med at kriminalisering ikke er et inngrep i konvensjonsrettigheter.

At kriminalisering også kan være et inngrep, underbygges av øvrige rettskilder. Som EMD påpeker i *S. A. S.*, er det ikke mulig å komme utenom at den som ønsker å være lovlydig, må innrette seg etter en kriminalisering. Det er i denne relasjonen at bruk av straff har den viktigste og mest legitime allmennpreventive virkningen. Dermed ser vi at selve kriminaliseringen griper inn i frihet, privatliv og andre vernede konvensjonsrettigheter. Systemorienterte vurderinger og formålsbetraktninger taler dermed for at ikke bare bruken av straff i konkrete saker, men selve kriminaliseringen er et inngrep i konvensjonsrettigheter.¹⁸⁴

Et annet forhold er at det er selve kriminaliseringen som leder til at straff brukes i en konkret sak. Hvis det skulle være slik at bruken av straffebestemmelsen alltid vil lede til resultater som er i strid med en konvensjonsrettighet, tilsier formålsbetraktninger (hensynet til en praktisk og effektiv konvensjonsbeskyttelse) at ikke bare den konkrete bruken av straff, men også kriminaliseringen utgjør et inngrep i konvensjonsrettigheter.

c) Konklusjon

Det må etter dette konkluderes med at Høyesteretts uttalelse om at bruk av straff overfor tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk av narkotika ikke er et inngrep etter EMK artikkel 8, bygger på en uriktig forståelse av EMK-retten.¹⁸⁵ Grunnen er blant annet en mangelfull undersøkelse av EMDs praksis. Høyesterett signaliserte da også at de ikke hadde gått dypt inn i dette spørsmålet:

183 Avsnitt 38. Se likedan bl.a. *Dudgeon mot Storbritannia*, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 40–41; *Modinos mot Kypros*, sak nr. 15070/89, dom 22. april 1993 avsnitt 20–24; *A. D. T. mot Storbritannia*, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 26: «The Court thus considers that the applicant has been the victim of an interference with his right to respect for his private life both as regards the existence of legislation prohibiting consensual sexual acts between more than two men in private and as regards the conviction for gross indecency.» Se også *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 75.

184 Likedan for tysk rett, se Kaspar 2014 s. 365–367 med videre henvisninger. Se også den tyske forfatningsdomstolen i *Cannabis-avgjørelsen* av 9. mars 1994 (BVerfGE 90, 145, 171).

185 I samme retning Aall 2023 s. 335, som i sammenheng med HR-2022-731-A uttaler at «[j]eg er derfor tilbøyelig til å mene at straffen også i dette tilfellet representerte et inngrep i privatlivet».

«Partene har ikke vist til avgjørelser som mer direkte tar stilling til spørsmålet i vår sak, og det må i første rekke være opp til EMD å utvikle konvensjonen.»¹⁸⁶ Strengt tatt er dette to ulike og uavhengige forhold. Hva gjelder det førstnevnte, har norske domstoler i straffesaker fullt ansvar for rettsanvendelsen, uavhengig av hva partene måtte ha anført av avgjørelser (og andre rettskilder). Hva gjelder det sistnevnte: Det er fornuftig at nasjonale domstoler i hovedsak overlater til EMD å utvikle konvensjonen. Som det fremgår ovenfor, er det imidlertid en ganske rik praksis fra EMD (og andre kilder) som tilsier at både bruk av straff i konkrete saker og kriminalisering i klart større grad enn det Høyesteretts rettsoppfatning gir uttrykk for, utgjør et inngrep etter flere av EMKs artikler. I foreliggende tilfelle var det derfor ikke tale om å utvikle konvensjonsvernet lenger enn det som allerede følger av EMDs avgjørelser.

3.3.4 Finnes det tilfeller hvor bruk av straff ikke er et inngrep i konstitusjonelle og menneskerettslige frihetsretter?

I de tilfeller et individ ilegges straff i form av frihetsberøvelse, gjelder det et visst krav om forholdsmessighet, jf. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a.¹⁸⁷ Grunnloven § 94 slår fast prinsippet om forholdsmessighet ved frihetsberøvelse: «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.» Selv om forarbeidene angir at bestemmelsen først og fremst var ment å lovfeste det kravet til forholdsmessighet som EMD har innfortolket i EMK art. 5 for så vidt gjelder varetektsfengsling og administrativ frihetsberøvelse, dekker ordlyden også frihetsberøvelse i form av fengsling som straff.¹⁸⁸

186 HR-2022-731-A avsnitt 34.

187 *James, Wells og Lee mot Storbritannia*, sak nr. 25119/09; 57715/09; 57877/09, dom 18. september 2012 avsnitt 195, hvor EMD uttaler at «the requirement that detention not be arbitrary implies the need for a relationship of proportionality between the ground of detention relied upon and the detention in question». Videre presiseres at «the Court has generally been satisfied that the decision to impose a sentence of detention and the length of that sentence are matters for the national authorities rather than for this Court [...]. However, as noted above, it has indicated that in circumstances where a decision not to release or to re-detain a prisoner was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the initial decision by the sentencing court, or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives, a detention that was lawful at the outset could be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary». Se også *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley* 2014 s. 304–310 og *Rainey/Wicks/Ovey* 2014 s. 218–219 og 229–231.

188 NOU 2022: 21 s. 116.

Ileggelse av økonomisk sanksjon som er straff (herunder bot og pønalt motivert inndragning), utgjør et inngrep i «possessions», jf. EMK protokoll 1 artikkel 1.¹⁸⁹

Artiklene og grunnlovsbestemmelsen krever direkte at selve *sanksjonsnormen* må være forholdsmessig. Det gjelder både at sanksjonen er forholdsmessig utformet i lovgivningen, og at sanksjonen er forholdsmessig i den konkrete saken. Det er imidlertid en nær tilknytning mellom sanksjonsnormen og den delen av normen som kriminaliserer atferd (kriminaliseringsnormen). Nærmere bestemt er det bestemmende for om en sanksjon (i form av straff) er proporsjonal (i snever forstand), om det er et rimelig forhold mellom overtredelsen og sanksjonen. Slik jeg ser det, må det ved vurderingen av om straffen er proporsjonal, også gjøres en vurdering av om handlingen som er kriminalisert, er forholdsmessig. Et eksempel til illustrasjon: Sett at en tung rusmisbruker er ilagt en fengselsstraff på 90 dager for besittelse av fire gram heroin, samt en bot på 12 000 kroner. Ved vurderingen av om straffen er proporsjonal, er sammenligningsgrunnlaget i sveiingen den atferden som danner grunnlag for straffen. Og skulle man legge til grunn at kriminaliseringen av atferden ikke kan forankres i et legitimt formål, vil enhver straff (eller annen sanksjon) være uforholdsmessig. Sagt med andre ord: Enhver straff for overtredelse av en handlingsnorm som ikke varetar et legitimt formål, vil være uforholdsmessig. Vi ser altså at de menneskerettslige kravene til at straffen er forholdsmessig, gjør det nødvendig også å vurdere om den kriminaliserte handlingen er forholdsmessig.

Hva gjelder kriminaliseringsnormen, har vi sett ovenfor at både kriminalisering og bruk av straff vil kunne være et inngrep i blant annet retten til ytringsfrihet (Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10) og i forsamlings- og organisasjonsfriheten (Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11). Beskyttelsen av retten til privatliv, jf. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, står i en særstilling hva gjelder individets vern mot kriminalisering og bruk av straff. Grunnen er at en innskrenking av et individs handlefrihet i form av bruk av straff (både kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker) regelmessig griper inn i individets «privatliv». EMD har også brukt den videre termen «selvbestemmelsesrett» når den vernede interesse etter EMK artikkel 8 er blitt presisert. I *Gillberg* uttalte EMD, som nevnt ovenfor, riktignok at «a criminal conviction in itself constitutes an interference with the convict's right to respect for private life». Som det fremgår av analysen ovenfor, kan etter min mening rettsoppfatningen i *Gillberg* ikke legges til grunn. Ut fra analysen av de foreliggende rettskildene synes jeg det er vanskelig å konkludere med noe annet enn at de uttrykker at bruk av statens største inngrep overfor et

189 Hva gjelder pønalt motivert inndragning, se *G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia*, sak nr. 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018 avsnitt 287. Se videre Kjølbros 2023 s. 1388–1394 med videre henvisninger til konvensjonspraksis.

individ skal anses som et inngrep i individets «private life», jf. EMK artikkel 8, og da også «privatliv» i Grunnloven § 102. Med unntak av *Gillberg* har EMD ikke hatt mulighet til å uttale seg om hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, retten til «private life» beskytter den alminnelige handlefrihet i videre forstand. Som nevnt ovenfor er det her grunn til å merke seg at EMD har benyttet den noe videre termen «selvbestemmelse» ved presiseringer av den vernede interesse etter EMK artikkel 8.

Enkelte vil kanskje hevde at kriminaliseringer som er klart forankret i statens positive menneskerettslige plikt til kriminalisering, slik som kriminalisering av drap, voldtekt og tyveri, ikke kan anses som et inngrep. Aall uttaler følgende: «Med fare for å være banal: Selv om man tidvis kan fristes av en annens eiendom, er den blotte eksistensen av en straffebestemmelse mot tyveri klart nok ikke noe inngrep i den psykiske integritet (privatlivet), eller noen annen konvensjonsbestemmelse.»¹⁹⁰

På dette nivået er spørsmålet hva som utgjør et inngrep i privatliv, selvbestemmelserett, eller handlefrihet en teoretisk øvelse. Det er nemlig klart at en kriminalisering av forsettlig å bortta en annens formuesgode med vinnings- og tilegnelsesforsett er forholdsmessig. Staten har også en positiv forpliktelse til å gi individenes eiendomsrett et slikt strafferettslig vern. Jeg vil likevel hevde at selv om kriminaliseringen klart er forholdsmessig, er det terminologisk riktige å legge til grunn at også en slik kriminalisering av tyveri utgjør et inngrep i individenes handlefrihet. Hvis man ikke ser kriminaliseringen og bruken av straff for tyveri som et inngrep, stilles det ingen forholdsmessighetsbegrensninger hva gjelder innhold og rekkevidde av kriminaliseringen. Eksempelvis kan lovgiver da fritt kriminalisere ubevisst uaktsomme tyverier. Videre kan lovgiver kriminalisere som tyveri risikoatferd som kan peke mot tyveri. Lovgiver kan også ved kriminaliseringen bestemme at ethvert tyveri skal straffes, uavhengig av situasjon (nødverge, nødrett, anmodet forretningsførsel mv.). Ytterligere vil det ikke gjelde noen grunnlovsbestemte eller menneskerettslige begrensninger hva gjelder straffespørsmålet. Lovgiver vil uten hensyn til overordnede rettsnormer kunne oppstille minimumsstraffer på ti års fengsel for det minste tyveri.

Selv om bruk av straff ikke skulle bli ansett som et inngrep i konstitusjonelle eller menneskerettslige frihetsretter, gjelder det etter kriminaliseringsprinsippene i straffeloven like fullt et krav om forholdsmessighet ved kriminalisering. Det er ikke overraskende, siden bruk av straff er statens sterkeste inngrep. Og ved bruk av straff i konkrete saker gjelder det for skyldspørsmålets vedkommende et krav om at atferden i tillegg til å rammes av gjerningsbeskrivelsen (formell rettsstrid) ikke må være straffri på grunn av lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunner (materiell rettsstrid).¹⁹¹

190 Aall 2023 s. 335.

191 Nærmere kapittel 9.



4. Forholdsmessighetsprinsippet: bakgrunn, funksjoner og innhold

4.1 FORHOLDMESSIGHETSPRINSIPPETS BAKGRUNN

Spor av forholdsmessighet som filosofisk idé og rettslig konsept kan påvises tilbake til oldtidens og antikkens rettssystemer (fru *Justicia mv.*), *Magna Carta* og Thomas Aquinas' arbeider.¹⁹² Forholdsmessighet som *rettslig begrep* som legitimerer og begrenser inngrep i borgernes frihetsretter, er et produkt av opplysnings-tiden: Staten kan kun begrense et individs frihet for å sikre andre individers rett til frihet. Dersom det skal gripes inn i et enkelt individs frihet, må det påvises at samfunnsinteressen i inngrepet er større enn individets frihetsinteresse.¹⁹³

Forholdsmessighetsprinsippet slik vi kjenner det i dag, kom i bruk mot slutten av 1800-tallet. Som en reaksjon på vide fullmakter for politiet utviklet prøyssiske domstoler et ulovfestet krav om forholdsmessighet ved politiets bruk av makt overfor borgerne. Nærmere bestemt måtte myndighetsutøvelsen tjene et legitimt formål, maktmidlene måtte være egnet for å vareta formålet, det minst inngripende maktmildelet måtte anvendes, og det måtte være en proporsjonalitet mellom de legitime grunnene for å gripe inn og beskyttelsen av frihetsretten det ble grepet inn i. Den tyske konstitusjonsdomstolen utviklet fra 1950-tallet et forholdsmessighetsprinsipp etter de samme hovedlinjer ved tolkingen av konstitusjonens frihetsretter.¹⁹⁴ Vi kommer nærmere tilbake til innholdet i disse fire kriteriene nedenfor.

Den tyske konstitusjonsdomstolens bruk av forholdsmessighetsprinsippet har vært til stor inspirasjon for andre rettssystemer. Hva gjelder internasjonale menneskerettigheter, har FNs verdenserklæring om menneskerettigheter absolutt formulerte rettigheter, som relativiseres av en generell begrensningsklausul (artikkel 29). Artikkelen består av et krav om rettsgrunnlag og forholdsmessighet.¹⁹⁵

192 Christoffersen 2009 s. 33–35; Barak 2012 s. 175–176; Kaspar 2014 s. 102–103 og Couriakis/Polyzoidou 2021 s. 104–110.

193 Barak 2012 s. 176–178 og Huber 2016 s. 98–99.

194 Schlink 1976 s. 17–47. Se også Grimm 2007 s. 384–385 med videre henvisninger; Barak 2012 s. 178–179 med videre henvisninger; Schlink 2012 s. 728–729 med videre henvisninger; Huber 2016 s. 99–104; Poscher 2021 s. 54–55 og Lang 2020 s. 23–24.

195 Christoffersen 2009 s. 37 og Barak 2012 s. 203–204 med videre henvisninger.

Som allerede nevnt gjelder det et krav om forholdsmessighet ved tolking av samtlige relative rettigheter i EMK. Forholdsmessighetsprinsippet gjenfinnes også i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs barnekonvensjon og FNs konvensjon mot kvinnekriminering.¹⁹⁶ Krav om forholdsmessighet følger også av det afrikanske menneskerettscharteret og den inter-amerikanske konvensjon om menneskerettigheter.¹⁹⁷ Også i internasjonal humanitærrett¹⁹⁸ og i WTO-retten¹⁹⁹ er forholdsmessighet sentrale størrelser. EUs charter om fundamentale rettigheter har en generell begrensningsklausul i artikkel 52 nr. 1, som knesetter et forholdsmessighetsprinsipp ved tolkingen av charterets menneskerettigheter.²⁰⁰ Et forholdsmessighetsprinsipp gjaldt og gjelder også ved tolkingen av de generelle ulovfestede prinsipper i EU-retten, som beskytter menneskerettighetene.²⁰¹

Forholdsmessighetsprinsippet har solid grunnlag i et stort antall nasjonale europeiske konstitusjoner. Blant annet kan nevnes Belgia,²⁰² Finland,²⁰³ Frankrike,²⁰⁴ Hellas,²⁰⁵ Irland,²⁰⁶ Italia,²⁰⁷ Litauen,²⁰⁸ Nederland,²⁰⁹ Polen,²¹⁰ Portugal,²¹¹ Russland,²¹² Slovenia,²¹³ Spania,²¹⁴ Sveits,²¹⁵ Tsjekkia,²¹⁶ Ungarn²¹⁷ og Østerrike.²¹⁸ I Storbritannia

196 Christoffersen 2009 s. 40–43.

197 Christoffersen s. 26 og 43–44.

198 Barak 2012 s. 204–206.

199 Christoffersen 2009 s. 26–27.

200 Peers/Hervey/Kenner/Ward 2014 s. 1475–1486.

201 Cornils 2014 s. 197–198 og Peers/Hervey/Kenner/Ward 2014 s. 1461–1469 og 1480.

202 Lenaerts/Gérard 2018 s. 74–75 og 77.

203 Ojanen 2018 s. 368–370.

204 Ducoulombier 2018 s. 8–11.

205 Poscher 2021 s. 55.

206 Doyle 2018 s. 240.

207 Manes 2016 s. 406–407, note 9.

208 Poscher 2021 s. 55.

209 Poscher 2021 s. 55.

210 Sledizinska-Simon 2021, s. 385–457.

211 Da Silva / Coimbra 2018 s. 661.

212 Poscher 2021 s. 55.

213 Poscher 2021 s. 55.

214 Medina Guerrero 2018 s. 633–634. Også Prieto del Pino 2016 s. 272–276; Lascrain 2016 s. 297–322 og Vélez Rodrigues 2016 s. 336–340.

215 Rhinow/Schefer/Uebersax 2016 s. 229–231.

216 Poscher 2021 s. 55.

217 Poscher 2021 s. 55.

218 Poscher 2021 s. 55.

har The Supreme Court of the United Kingdom (også relativt nylig) utviklet sin versjon av kravet til forholdsmessighet.²¹⁹

Den tyske oppfinnelsen forholdsmessighet har også påvirket en rekke retts-systemer utenfor Europa, blant annet Canada,²²⁰ Australia, New Zealand, Sør-Afrika, Israel, India, andre land i Asia og land i Sør-Amerika.²²¹ Presiseringen av kravet om forholdsmessighet (legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet) er blitt gjort relativt nylig av australske domstoler, tidsmessig ganske sammenfallende med utviklingen hos oss.²²² I amerikansk rett har forholdsmessighetsprinsippet tradisjonelt ikke hatt en så fremtredende posisjon som i Europa. Det er likevel på det rene at forholdsmessighet benyttes som verktøy ved relativisering av konstitusjonelle rettigheter.²²³

Forholdsmessighetsprinsippet er også en sentral størrelse innen deler av rettsfilosofien og -teorien,²²⁴ og det er et av vår tids viktigste konstitusjonelle prinsipper.²²⁵ Nåtidens konstitusjonelle æra er blitt benevnt som «the age of proportionality».²²⁶

4.2 FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPETS FUNKSJONER

Med få unntak er vernede frihetsretter i Grunnloven og EMK relative. At frihetsrettene ikke er absolutte, men relative, medfører at staten må kunne gripe inn i og begrense rettighetene. Inngrep i relative rettigheter må oppfylle to hovedkrav: Det må gjøres i samsvar med lov (Grunnloven) og ha et klart rettsgrunnlag (EMK), og det må være forholdsmessig. Mens lovkravet stiller *formelt* krav til maktfordeling, demokratisk legitimitet og forutberegnelighet ved inngrep,²²⁷ har forholdsmessighetsprinsippet som funksjon å stille visse *materielle begrensninger* mot statens adgang til å gripe inn i frihetsrettene.

Kravene om lov og forholdsmessighet gir altså lovgiver kompetanse til å gripe inn i og begrense en konstitusjonelt vernet frihetsrett. Hvis kravene tilfredsstilles

219 Steiner/Netzer/Sulitzeanu-Kenan 2022 s. 646 med videre henvisninger.

220 Macklem/Rogerson 2017 s. 783–799.

221 Barak 2012 s. 181–210; Steiner/Lang/Kremnitzer 2020 s. 1–2 med videre henvisninger og Poscher 2021 s. 54–55 med videre henvisninger.

222 Nærmere Appleby/Carter 2021 s. 262–268, som påpeker at utviklingen startet i 2015, og at kriteriene var etablert i 2019. Se også Chordia/Mason 2020 (272 s.) og Basten 2021 s. 119–131.

223 Jackson 2015 s. 3096–3110 og Stone Sweet / Mathews 2019 s. 97–108.

224 Det kanskje fremste eksempelet innen rettsteorien er Alexy 2002, særlig s. 66–69 og 396–414. Se også Kingreen/Poscher 2017 s. 32–33 med videre henvisninger. For en norsk kontekst, se Frøberg 2014 s. 149–156.

225 Steiner/Lang/Kremnitzer 2020 s. 1.

226 Jackson 2015 s. 3094–3196 (tittelen er «Constitutional Law in the Age of Proportionality»).

227 Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

av lovgiver, er inngrepet legitimt. Samtidig er inngrepet legitimt kun så lenge lovgivers inngrep gjøres i samsvar med og innenfor rammene av lovs- og forholdsmessighetskravet. Kravene har således både en *legitimerende* og en *begrensende* funksjon.²²⁸ I og med at forholdsmessighetsprinsippet ikke bare begrenser og legitimerer adgangen til å kriminalisere, men også gir visse retningslinjer for hvordan en kriminalisering skal utformes for å være forholdsmessig, har prinsippet også en *retningsgivende* funksjon.²²⁹ Prinsippet har også en fjerde funksjon; det *bidrar til å strukturere og systematisere de mange rettsreglene i strafferetten*.²³⁰

4.3 FORHOLDMESSIGHETSPRINSIPPETS INNHOLD

4.3.1 Det overordnede vurderingstemaet

Forholdsmessighetsprinsippet går helt overordnet ut på at statens interesse i å gjøre et inngrep overfor individet må stå i et visst forhold til individets interesse. «Forholdsmessighet» er den norske termen for den engelske «proportionality». Etymologisk kommer termen fra det latinske «pro portio», som betyr «i like deler». ²³¹ Hva gjelder forholdsmessighetsprinsippet som rettsstatsprinsipp, som regulerer forholdet mellom stat og individ, er imidlertid ikke «like deler» en helt treffende metafor.

At individets frihet er en overordnet målsetting i en demokratisk rettsstat,²³² har betydning for hva som er det overordnede vurderingstemaet ved bruken av forholdsmessighetsprinsippet. Et inngrep må ikke være så vidtgående at det ikke er noe igjen av friheten. Det kan heller ikke være så omfattende at det griper inn i kjernen av frihetsrettene.²³³ Videre kan et inngrep ikke tillates hvis det er så omfattende at inngrepet blir hovedregelen, og at individets frihetssfære bare helt unntaksvis varetas. I tillegg følger det av friheten som overordnet verdi og målsetting at det må foreligge en interesseovervekt i favør av staten for at et inngrep skal

228 I samme retning (noe mer overordnet) Burchard 2016 s. 37: «Das Strafverfassungsrecht hat die Strafrechtspflege in einer bestimmten Rechtsordnung zum Gegenstand und regelt diese rechtsgrundsätzlich, indem es das Strafrecht sowohl organisiert als auch limitiert und dadurch im Endeffekt rechtsintern abschliessend legitimiert.» Også Jahn 2016 s. 84–85.

229 Buchard 2016 s. 37.

230 Buchard 2016 s. 37.

231 Christoffersen 2009 s. 35.

232 Nærmere kapittel 2 punkt 2.2 og 2.4.

233 I EU-retten kommer dette til uttrykk i EU-charteret artikkel 52 nr. 1, hvor det fremgår at begrensninger av rettighetene i charteret må «respect the essence of those rights and freedoms». Et tilsvarende krav om vern av «the very essence of» frihetsrettene er lagt til grunn av EMD, se nærmere Christoffersen 2009 s. 135–163. Se også Spano 2021 s. vi.

være forholdsmessig (*in dubio pro libertate*).²³⁴ Hvis slik interesseovervekt ikke foreligger, er individets frihet ikke lenger en overordnet verdi, men er blitt underordnet statens interesse i å gripe inn.

Frihetsinteressen som overordnet verdi relaterer seg grunnleggende til forholdet mellom individ og stat. Frihetsretter i en konstitusjon oppstiller dermed negative forpliktelser for staten: De gir et vern mot at staten griper inn.

I visse tilfeller vil staten ha foreskrevet et inngrep ut fra en såkalt positiv forpliktelse til å vareta et annet individs frihetsinteresse. Eksempelvis har staten grepet inn i As ytringsfrihet for å verne Bs rett til privatliv. Også i slike tilfeller må det foreligge en interesseovervekt i favør av staten for at inngrepet skal være forholdsmessig.²³⁵ Kravet om interesseovervekt ved inngrep fra statens side kan ikke ekskluderes ut fra et synspunkt om at staten nå ikke varetar statens interesser, men Bs interesser. Dypest sett er samtlige av de inngrepene som staten gjør, og som er legitime, begrunnet i hensynet til andre individer. At staten kriminaliserer skattesvik, er ikke egentlig for å beskytte statens interesser. Det er for å beskytte de velferdsgodene som borgerne i staten skal nyte godt av. Og når staten innfører overvåkingstiltak som er forankret i «statens sikkerhet», er det endelige målet ikke å beskytte staten, men innbyggerne i staten mot trusler.

Hvis man skulle akseptere at staten ved inngrep i form av positive forpliktelser ble ansett å vareta et annet individs interesse, ved å «tre inn i» dette individets frihetsinteresse i møte med et annet individs frihetsinteresse, ville det ikke foreligge noen interessekonflikt mellom et individs frihet og statens behov for inngrep. Det ville være en konflikt mellom to individers frihetsinteresse, hvor staten var satt til å vareta begge interesser på en hensiktsmessig måte. I en slik konstellasjon gir det ikke mening å operere med begrensninger for statlige inngrep overfor individet.

Synspunktet om at staten ikke griper inn i et individs frihet ved kriminalisering grunnet i positive forpliktelser, er også uforenlig med det forholdet mellom individ og stat som internasjonale og nasjonale menneskerettigheter bygger på, nærmere bestemt individets frihet fra statlige inngrep som overordnet verdi og et ufravikelig krav om rettsgrunnlag og forholdsmessighet ved statens inngrep i et individs frihetssfære. I strafferettslig kontekst medfører dette at en negativ plikt til ikke å gripe inn overfor en gjerningsperson med kriminalisering ikke kan likestilles med en positiv plikt til å gripe inn for å beskytte offerets rett til privatliv ved bruk av straff.²³⁶ Sagt med andre ord er det i en liberal rettsstat generelt en høyere

234 Barak 2012 s. 176–178 og Huber 2016 s. 98–99.

235 Tilsynelatende annerledes Barak 2012 s. 152–155. Se også s. 83–86.

236 Kaspar 2014 s. 92 og 864.

terskel for å statuere en positiv forpliktelse til å gripe inn enn for å statuere en negativ forpliktelse til ikke å gripe inn.²³⁷

Spørsmålet i det videre er hvordan forholdsmessighetsprinsippet krav om interesseovervekt i favør av staten for at et inngrep skal være forholdsmessig (*in dubio pro libertate*), skal presiseres nærmere.

4.3.2 Nærmere om forholdsmessighetsprinsippet fire komponenter

a) Innledning

En umiddelbar tanke er at det nærmere innholdet i et så vidt, vagt og verdipreget begrep som «forholdsmessighet» er vanskelig å presisere nærmere på et generelt nivå. Selv om innholdet i kravet til forholdsmessighet struktureres på noe ulike måter i ulike rettssystemer,²³⁸ er det likevel mulig å identifisere ganske klare felles trekk. Sett under synsvinkelen materielle skranker for myndighetsinngrep er det fire komponenter som lar seg identifisere, og som på generelt nivå presiserer innholdet i forholdsmessighetsprinsippet: 1) Inngrepet må vareta et legitimt formål, 2) det må være egnet til å vareta det legitime formålet, 3) det må være nødvendig (ikke gå lenger enn nødvendig), og 4) det må være proporsjonalt, *stricto sensu*.

I det følgende rettes fokuset mot innholdet i disse fire komponentene. Først undersøkes det normative grunnlaget for komponentene (a). Deretter er temaet hvordan komponentene benyttes i rettssystemer som er av stor betydning for denne undersøkelsens formål: EU-retten (b), EMK-retten (c) og Grunnloven (d). Til slutt skal vi se nærmere på (den nære) sammenhengen mellom komponentene i forholdsmessighetsvurderingen og kriminaliseringsprinsippene (e), før det gjøres en oppsummering (f).

b) De fire komponentenes normative grunnlag

I tillegg til at komponentene har solid forankring både historisk, kvantitativt og i positiv rett, er det sterke normative argumenter som understøtter bruken av dem ved vurderinger av forholdsmessighet. For det første: En forholdsmessighetsvurdering basert på de fire komponentene identifiserer, synliggjør og gjør det mulig å skille to ganske ulike størrelser ved en forholdsmessighetsvurdering fra hverandre. De tre første komponentene fokuserer på egenskaper ved inngrepet i seg selv.

237 Nærmere punkt 1.4.

238 Bl.a. Grimm 2007 s. 383–397; Jackson 2015 s. 3106–3121 og Steiner/Lang/Kremnitzer 2020 s. 542–606 med videre henvisninger.

Forfølger inngrepet et legitimt formål? Er det egnet, altså i det hele tatt relevant, for å vareta formålet? Og finnes det mindre inngripende alternativer som varetar statens behov på samme måte? Disse spørsmålene besvares ut fra en vurdering av inngrepet isolert sett, uten at det gjøres noen vurdering av inngrepet veid opp mot den frihetsinteressen det gripes inn i. Det gjøres først ved vurderingen av proporsjonalitet *stricto sensu*. Sagt på en annen måte er det kun et inngrep som «passerer» de tre første komponentene, som vil kunne veies opp mot frihetsinteressen.²³⁹

For det annet kan en vurdering av forholdsmessighet basert på en ren avveiiingsmodell ha en tendens til å favorisere statens behov for inngrep.²⁴⁰ Hvis de motstående interessene er retten til privatliv mot nasjonal sikkerhet og kamp mot terror, og i ytterste konsekvens beskyttelse av menneskeliv, vil sistnevnte sannsynligvis bli prioritert. En forholdsmessighetsvurdering som før avveiiingen krever at inngrepet er egnet, og at det ikke går lenger enn nødvendig, kan imidlertid stille spørsmålet i et annet lys.

For det tredje: En konsekvens av dette er at komponentene muliggjør en strukturert og systematisk tilnærming til forholdsmessighet. En vurdering av legitimitet, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet gjør et resonnement om forholdsmessighet åpent og etterprøvbart²⁴¹ på en annen måte enn en vurdering av størrelser som rimelighet og rettssikkerhet satt opp mot effektivitet og straffverdighet mv. Et mer presist begrepsapparat for å diskutere og ta stilling til om og eventuelt hvordan et inngrep skal gjennomføres, gir en bedre informert og opplyst diskusjon og avgjørelse. Det gjelder både for lovgiver, utøvende makt, domstoler og samfunnet for øvrig. Behovet for rasjonalitet øker proporsjonalt med polarisert og populistisk lovgivning, særlig innen strafferetten.²⁴²

Et fjerde forhold som støtter bruk av de fire kriteriene ved vurdering av forholdsmessighet, er at det legger til rette for en dialog mellom statsmaktene, nærmere bestemt når domstolen overprøver en myndighetshandling foretatt av lovgiver (lov) eller den utøvende makt (faktisk handling, vedtak).²⁴³ Hvis en vurde-

239 Grimm 2007 s. 393; Réaume 2009 s. 11–12; Barak 2012 s. 344 og Rui 2018b s. 129–130.

240 Barak 2012 s. 463–465.

241 Op.cit. s. 462–463; Frøberg 2010 s. 49–50; Barak 2012 s. 462–463; Jackson 2015 s. 3142 og Rui 2018b s. 129–130.

242 Spisiformulert i Nieto Martin 2016 s. 98: «National parliaments have in many countries – and Spain is no exception – left aside their function of control over the Government. In reality, they behave as ‘lackeys’ or as ‘the strong arm’ of the executive, restricting their role to defending governmental legislative initiatives or simply of the party. This degradation of the function of legislative assemblies opens the way to populism penal approaches [...]». Også Spano 2016 s. 155.

243 Barak 2012 s. 465–467; Jackson 2015 s. 3144–3147; Lascurain 2016 s. 299 og Appleby/Carter 2021 s. 271–281.

ring av forholdsmessighetsvurderingen av en myndighetshandling er regelbasert, basert på «teorier» og/eller er knyttet til snevre begreper og/eller kasuistikk,²⁴⁴ er ofte siste ord sagt når domstolen har truffet sin avgjørelse. Enten er inngrepet i samsvar med den overordnede rettsnormen, eller så er det ikke tilfellet. Hvis derimot domstolen vurderer forholdsmessigheten ut fra de fire kriteriene, kan det være at myndighetshandlingen anses i strid med forholdsmessighetsprinsippet, eksempelvis fordi inngrepet går lenger enn nødvendig eller er uproporsjonalt. I et slikt tilfelle kan lovgiver rette opp svakheten. Hvis det er tale om et inngrep fra den utøvende makt, kan praksis innrettes i samsvar med dommens resultat, uten at et inngrep som sådant er utelukket. Domstolen har også mulighet for å konkludere med at handlingen ikke er forholdsmessig, fordi forholdsmessigheten ikke er vurdert, eller fordi den ikke er vurdert tilstrekkelig (ytre, prosessuell kontroll).²⁴⁵

Et femte argument som understøtter bruken av de fire kriteriene for å presisere forholdsmessighetsvurderingen, er at kriteriene er solid forankret i rasjonalitet, fornuft og logikk.²⁴⁶ Om kravet til rasjonalitet og de fire komponentene i forholdsmessighetsvurderingen kan følgende bemerkes: Et inngrep som bygger på et illegitimt formål (eller som ikke har noe legitimt formål), er vilkårlig. Er det gjort med innsikt og bevissthet fra myndighetenes side, kan man tale om makt-/myndighetsmisbruk. Kravet om egnethet er forankret i grunnkravet om at staten handler rasjonelt. Å gjøre inngrep overfor borgerne som ikke har noen effekt, er irrasjonelt.²⁴⁷ En annen grunn er at dersom staten begrenser borgernes frihetssfære uten å oppnå noe med det, fremstår det som vilkårlig maktbruk. Det er uforenlig med

244 Et eksempel er tolkingen av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, se bl.a. Høgberg 2010 s. 251–323. Også Andenæs/Fliflet 2017 s. 574–579. Et annet eksempel er det konstitusjonelle vernet av ytringsfriheten i amerikansk konstitusjonell rett, se Jackson 2015 s. 3136–3141.

245 Nærmere kapittel 10 punkt 10.2.4.

246 Alexy 2002 s. 397: «Principles are norms which require the greatest possible realisation of something relative to what is factually and legally possible. It is one of the central theses of the *Theory of Constitutional Rights* that this definition implies the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity and proportionality in the narrow sense, and that conversely the principled character of constitutional rights follows logically from the principle of proportionality.» Se også s. 66: «The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality, means that the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity [...] and proportionality [...] logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them.» Se også Nieto Martin 2016 s. 101: «Even *Napoleon* was inclined to include a very meaningful initial article in his Civil Code: ‘There is a universal and immutable law, a source of all positive laws; that law is nothing more than natural reason in so far as it governs all men.’ In brief, the law was something more than a form of taking decisions in the Enlightenment. The law – to merit such a name – had to be minimally rational.»

247 Christoffersen 2009 s. 166 med videre henvisninger.

å anse frihet og menneskeverd som de fremste verdiene i en demokratisk rettsstat. Selv om det ikke er en begrunnelse for egnethetsvurderingen i et rettsstatsperspektiv, er det klart at å igangsette inngrep som er uegnede, for å oppnå tilsiktede formål, er uakseptabel tids- og ressursbruk på alle nivåer. Tilsvarende grunnleggende krav om rasjonalitet, effektivitet, fravær av vilkårlighet og myndighetsmisbruk samt å anse verdiene frihet og menneskeverd som overordnet ligger til grunn for kravet om at et inngrep må være nødvendig og forholdsmessig i snever forstand. Det er ikke usannsynlig at logikken i og begrunnelsen for de fire komponentene er en sentral grunn til at de gjenfinnes i svært mange og ganske ulike rettssystemer.

c) EU-retten

Ut fra ovenstående er det ikke noen overraskelse at de samme komponentene brukes i EU-retten ved tolkingen av EU-rettens forholdsmessighetsprinsipp. I EU-retten har forholdsmessighetsprinsippet i menneskerettslig kontekst lenge eksistert som et ulovfestet prinsipp. Her har prinsippet for det første vært en del av de ulovfestede fundamentale menneskerettigheter, som blant annet begrenser EU-lovgivers lovgivnings- og sanksjonsmyndighet.²⁴⁸ Ved tolkingen av prinsippet har EU-domstolen tradisjonelt fokusert primært på krav til legitimt formål, egnethet og nødvendighet, og i mindre grad fokusert på proporsjonalitet.²⁴⁹ Det er likevel på det rene at også den sistnevnte komponenten i prinsippet er en del av forholdsmessighetsvurderingen.²⁵⁰ For det annet knesetter EUs charter om fundamentale rettigheter artikkel 52 nr. 1 en generell begrensingsklausul for charterets fundamentale rettigheter, herunder menneskerettigheter, som blant annet slår fast at «[s]ubject to the principle of proportionality, limitations may only be made if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others». EU-domstolen har (naturlig nok) lagt til grunn at forholdsmessighetsprinsippet her fastlegges ut fra de samme fire komponentene som det ulovfestede prinsippet.²⁵¹

I EUs charter artikkel 49 nr. 3 er det eksplisitt krav om proporsjonalitet ved utforming av straffebestemmelser og illeggelse av straff: «The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence.»

248 Peers/Hervey/Kenner/Ward 2014 s. 1461–1469 og 1480.

249 Billis/Knust/Rui 2021 s. 25 med videre henvisninger.

250 Peers/Hervey/Kenner/Ward 2014 s. 82. Se også s. 92. Se likedan Haukeland Fredriksen 2007 s. 296 og Hofmann 2017 s. 205–208.

251 Borowsky 2014 s. 784–789; Cornils 2014 s. 240–248 og Peers/Hervey/Kenner/Ward 2014 s. 1480–1486. Se også *Ordre van Vlaamse Balies og andre*, sak nr. C-694/20, storkammerdom 8. desember 2022 avsnitt 41–42.

d) EMK-retten

Til forskjell fra EU-charteret om fundamentale rettigheter har ikke EMK et generelt traktatfestet krav om forholdsmessighet. I en del artikler kommer krav om legitimt formål og nødvendighet eksplisitt til uttrykk. Som eksempler kan nevnes EMK artikkel 8–11. Det er imidlertid på det rene at EMD ved tolkingen av samtlige konvensjonsrettigheter som er relative, innfortolker de samme rettsstatlige begrensningene som gjelder i de aller fleste andre rettssystemer, nærmere bestemt et krav om rettsgrunnlag og forholdsmessighet.²⁵²

Det er en del særegne forhold ved EMDs tilnærming til forholdsmessighetsprinsippet i konvensjonen. For det første er kravet om legitimt formål ved inngrep ikke en del av forholdsmessighetsprinsippet, men et separat vilkår. Grunnen er at flere av konvensjonens artikler er slik oppbygd.²⁵³ Om man anser kravet om legitimt formål som et eget vilkår eller som en komponent av kravet til forholdsmessighet, har ingen betydning for realiteten. For det annet: Når EMD vurderer forholdsmessigheten av inngrep, oppstilles ikke kravene om egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet *stricto sensu* som det generelle utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen. Ved tolkingen av forholdsmessighetsprinsippet i EMK artikkel 8–11 brukes gjennomgående termer som «pressing social need», «relevant and sufficient reasons» og «proportionate to the legitimate aim pursued» som overordnede kriterier for forholdsmessighetsvurderingen.²⁵⁴

Det som generelt kjennetegner EMDs vurderinger av forholdsmessighet, er for det første at de som oftest er konkret anlagt og nær knyttet til sakens faktum. For det annet viker domstolen ofte tilbake for selv å gjennomføre en vurdering av forholdsmessigheten (indre materiell forholdsmessighetskontroll). I stedet fokuseres det på om, hvordan og i hvilken utstrekning nasjonale myndigheter har gjennomført forholdsmessighetsvurderingen (ytre, prosessuell kontroll).²⁵⁵ Grunnen til denne tilnærmingen er at EMDs funksjon er å gjennomføre en subsidiær kontroll av medlemsstatenes etterlevelse av konvensjonen (subsidiaritetsprinsippet). Det er medlemsstatene som har det primære ansvaret for å etterleve EMK, jf. EMK artikkel 1. Ved en slik subsidiær kontroll er det i varierende grad nødvendig å tilstå nasjonalstatene et visst skjønn ved implementeringen av konvensjonens artikler (statens skjønnsmargin/«margin

252 De Schutter / Tulkens 2008 s. 169–216, på s. 188–189.

253 Bl.a. artikkel 5 og 8–11.

254 Bl.a. Van Dijk / van Hoof / van Rijn / Zwaak 2006 s. 340–342; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley 2014 s. 510–512 og 521; Schabas 2015 s. 406 og Kjølbro 2023 s. 853, alle med videre henvisning til praksis.

255 Nærmere kapittel 10 punkt 10.2.

of appreciation»).²⁵⁶ I de tilfeller hvor nasjonal lovgiver først har vurdert forholdsmessigheten ved et inngrep, og deretter nasjonale domstoler har kontrollert forholdsmessigheten ved inngrepet og/eller nasjonal lovgivers vurdering av forholdsmessigheten, fremstår EMDs prøvelse av forholdsmessigheten således som atter subsidiær. Disse forholdene gjør at det verken er hensiktsmessig eller ønskelig for domstolen å oppstille presise kriterier og en fast struktur og doktrine for tolkingen av forholdsmessighetsprinsippet etter konvensjonens artikler, som følges i hver sak.

På tross av disse forholdene er det på det rene at man ved å lese avgjørelser fra EMD vil finne at både kravet om egnethet, kravet om at inngrepet er nødvendig, og kravet om at det er proporsjonalt *stricto sensu*, brukes av EMD ved vurderingen av forholdsmessighet.²⁵⁷ Hva gjelder de eksplisitt relative rettighetene, eksempelvis

256 Bl.a. presisert av EMD i *Garib mot Nederland*, sak nr. 43494/09, storkammerdom 6. november 2017 avsnitt 137: «The Court next draws attention to its fundamentally subsidiary role. The Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the Court. The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight.»

257 McBride 1999 s. 24–26; Barak 2012 s. 183–184; Gerards 2013 s. 466–490; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley 2014 s. 519–520; Brems/Lavrysen 2015 s. 139–168; Harbo 2015a s. 71–80; Schabas 2015 s. 406; Aall 2022 s. 168–169 og Kjølbro 2023 s. 853–854, alle med videre henvisninger til praksis. Se noe annerledes Christoffersen 2009 s. 135 (nødvendighet / ikke lenger enn nødvendig) og s. 190–191 (egnethet). Se også Christoffersen 2015 s. 1–7 og Spano 2021 s. vi. Som eksempler på at krav om at inngrepet må være egnet til å vareta det legitime formålet med inngrepet (i form av straff), kan nevnes *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 246 med videre henvisninger til andre avgjørelser. Eksempler på at EMD vurderer nødvendigheten av et inngrep (i form av straff), er *Vanjai mot Ungarn*, sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008 avsnitt 56–58; *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 114: «Lastly, the Court must examine whether less stringent measures could have achieved the same or a comparable result. It notes that in its judgment of 9 May 2008 the Federal Supreme Court found that less restrictive legislation would have proved ineffective, referring to the findings of law made in its previous judgments [...]. A comparative-law survey of legislation on begging shows that the majority of Council of Europe member States impose more nuanced restrictions than the blanket ban under section 11A of the Geneva Criminal Law Act. Moreover, while the State had some margin of appreciation in the matter, compliance with Article 8 required the domestic courts to thoroughly examine the particular situation in each case. Accordingly, the Court cannot endorse the Federal Supreme Court’s argument that less restrictive measures would not have achieved the same or a comparable result» (min kursivering).

artikkel 8–11, er følgende beskrivende for bruken av kriteriene: Kriteriene oppstilles ikke som selvstendige og atskilte komponenter i forholdsmessighetsvurderingen, som er kumulative vilkår. Derimot brukes de ofte som momenter ved vurderingen av om inngrepet møter et «pressing social need», eller ved vurderingen av proporsjonalitet *stricto sensu* (om inngrepet er «proportionate to the legitimate aim pursued»).²⁵⁸ Hvilke av komponentene som brukes, er situasjonsbetinget ut fra hvordan sakens faktum ligger an. Det er også sentralt at fokuset som oftest er om og hvordan nasjonale myndigheter har forholdt seg til kriteriene, og ikke hvordan EMD selv vurderer forholdsmessigheten ved inngrepet (ytre, prosessuell kontroll). Umiddelbart kan denne tilbaketrunkede bruken av komponentene fremstå som lite forpliktende for medlemsstatene i Europarådet. Realiteten er imidlertid at dersom nasjonale myndigheter ønsker å gjennomføre inngrep i rettigheter som er vernet i konvensjonen uten å bli dømt i Strasbourg, må de forholde seg til de fire komponentene i forholdsmessighetsvurderingen. Nærmere bestemt må de gjennomføre og synliggjøre sine vurderinger av hvorfor inngrepet har et legitimt formål, hvorfor det er egnet til å vareta formålet, hvorfor det ikke går lenger enn nødvendig, og hvorfor det er proporsjonalt.

e) Grunnloven

Som nevnt ovenfor har Høyesterett innfortolket et krav om forholdsmessighet ved begrensninger av grunnlovsfestede menneskerettigheter, herunder blant annet Grunnloven § 102.²⁵⁹ I HR-2018-104-A har Høyesterett presisert hva som nærmere ligger i kravet om forholdsmessighet. Saken gjaldt spørsmål om påtalemyndighetens adgang til å ta beslag i materiale hos advokat (godt og vel 650 000 lagrede filer). Høyesterett uttalte blant annet at Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 satte rammer for slike beslag. Etter å ha understreket kravet om lovhjemmel ble følgende fremholdt: «Sikring og beslag av dette materialet kan dessuten bare foretas i den grad dette er nødvendig i et demokratisk samfunn: Tiltaket må i det konkrete tilfellet være *egnet, nødvendig, og forholdsmessig*.»²⁶⁰ Samme formulering er brukt i flere avgjørelser, herunder også ved tolkingen av Grunnloven § 101 (vern av forenings- og forsamlingsretten).²⁶¹

258 Christoffersen 2009 s. 113–114 og Christoffersen 2015 s. 3 med videre henvisninger.

259 Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28. Se også bl.a. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60; Rt. 2015 s. 155 avsnitt 52 og HR-2016-1286-A avsnitt 25.

260 Avsnitt 23.

261 Se HR-2022-981-A avsnitt 25–26 og 43–44. Kobling til Grunnloven avsnitt 18; HR-2022-1317-A avsnitt 28–29 og HR-2023-604-A avsnitt 37. Se også HR-2023-604-A avsnitt 26: «Grunnlovsvernet er forutsatt å ha samme rekkevidde som de internasjonale konvensjonene Norge er bundet av.»

Uttalelsene er klare presiseringer av innholdet i kravet til forholdsmessighet i de av Grunnlovens bestemmelser som har EMK-rettslige paralleller. Det er liten tvil om at Høyesterett i senere saker vil benytte de samme kriteriene ved drøftelse av forholdsmessighet. Innholdet i kravet om forholdsmessighet kan systematiseres på ulike måter, og terminologien i Høyesteretts avgjørelser synes ikke helt festnet. Ut fra den posisjonen de fire komponentene har blant annet i EMK-retten og EU-retten, sammenholdt med at EMK-retten har stor vekt ved tolkingen av Grunnlovens bestemmelser, avtegner det seg likevel et relativt klart bilde. Nærmere bestemt inneholder det overordnede kravet om forholdsmessighet følgende komponenter: 1) Et inngrep må vareta et legitimt formål, 2) det må være egnet til å vareta det legitime formålet, 3) det må være nødvendig, og 4) det må være forholdsmessig/proporsjonalt i snever forstand.²⁶²

f) Forholdsmessighetsprinsippets fire komponenter og kriminaliseringsprinsippene

Ved utarbeidelsen av straffeloven ble det etablert flere prinsipper for kriminalisering, hvor det første er skadefølgeprinsippet. Ifølge forarbeidene er kjernen i prinsippet at «bruken av straff må være rasjonell og human. Individene bør i størst mulig grad kunne handle fritt, og straff bør bare brukes når tungtveiende hensyn taler for det.»²⁶³ Frihetsinteressen og beskyttelsen av frihetssfæren etableres her som den høyeste verdi og et klart utgangspunkt ved vurdering av kriminalisering.

Det fremholdes videre at «den mest grunnleggende konsekvensen av skadefølgeprinsippet er at man bør avkriminalisere – og i hvert fall ikke nykriminalisere – handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade».²⁶⁴ Dersom man ser uttalelsene i lys av kravene til forholdsmessighet, nærmere bestemt den første komponenten i forholdsmessighetsprinsippet, angis det her at det overordnede legitime formålet ved bruk av straff er å forhindre skade eller fare for skade. Forarbeidene presiserer så visse situasjoner hvor straff ut fra grunnkravet om skade ikke bør brukes. Nærmere bestemt bør straff normalt ikke brukes for å verne moralske eller religiøse normer, for å verne den enkelte mot ulike former for ubehag eller for å tvinge frem hjelp. Straff bør som hovedregel ikke brukes mot skade noen gjør på seg selv.²⁶⁵ Selv om utsagnene ikke er absolutte, gis det her ganske klare retningslinjer for det som normalt ikke vil kunne være legitime formål ved ileggelse av straff.

262 Rui 2018b s. 129–130. Se imidlertid Harbo 2015b s. 524–525, som uttaler at det ut fra Rt. 2014 s. 1105; Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 155 ikke kan tas til inntekt for at det gjelder en alminnelig forholdsmessighetsbegrensning i norsk forfatningsrett.

263 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

264 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

265 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91.

I tillegg til presiseringer om hva som er og ikke er legitime formål ved en kriminalisering, etableres «to tilleggsvilkår» for bruk av straff: «at andre, tilstrekkelige virkemidler ikke finnes og at straff er hensiktsmessig».²⁶⁶ Hva gjelder det første tilleggsvilkåret, omtales det som at straff bare bør benyttes som en siste utvei: «Kriminalisering bør [...] være av subsidiær karakter, og bare brukes hvor andre sanksjoner mot lovbrudd ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige.»²⁶⁷ Dette tilsvarer forholdsmessighetsprinsippet tredje komponent, som er at et inngrep ikke må gå lenger enn nødvendig.²⁶⁸

Ved omtalen av hensiktsmessighetsvilkåret angis ressurs hensyn som et hensyn som taler mot kriminalisering, nærmere bestemt at «straff bør ikke brukes dersom ressursknapphet avskjærer oppfølging i praksis».²⁶⁹ Dette tilsvarer et aspekt ved forholdsmessighetsprinsippet annen komponent, nemlig at et inngrep må være egnet til å vareta det legitime formålet.

Som nevnt ovenfor oppstilles varetakelse av individets frihetssfære som den overordnede verdi. Ut fra de begrensningene som her er påvist, følger forholdsmessighetsvurderingens fjerde komponent, at bruk av straff må fremstå som proporsjonalt *stricto sensu*.²⁷⁰ Noe lignende fremheves ved omtalen av kravet om hensiktsmessighet, nærmere bestemt at «en handling bare bør kriminaliseres dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene».²⁷¹ Det som fremkommer i forarbeidene om prinsipper for kriminalisering, fikk i all hovedsak tilslutning ved Stortingets behandling av lovsaken.²⁷²

Det kan etter dette legges til grunn at lovgiver har gitt uttrykk for at frihetsinteressen er den overordnede interessen ved kriminalisering. Inngrep i frihetsinteressen ved kriminalisering må bygge på en vurdering av om kriminaliseringen har et legitimt formål, om den er egnet til å vareta det legitime formålet, om den ikke går lenger enn nødvendig, og om den er proporsjonal *stricto sensu*.²⁷³

266 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 92.

267 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 92.

268 Likedan NOU 2019: 26 s. 248.

269 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 93.

270 Likedan NOU 2019: 26 s. 248.

271 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 93.

272 Innst. O. nr. 72 (2004–2005) s. 16–17.

273 Likedan NOU 2019: 26 s. 247–248: «Strafflegging, som innebærer at staten er beredt til å påføre sine innbyggere en tilsiktet lidelse, må derfor ha en 'solid begrunnelse'. Det enkelte straffebed må følgelig ha et identifisert formål, og det må vises hvordan strafflegging er egnet til å oppnå dette formålet på en slik måte at straffens menneskelige og økonomiske kostnader rettferdiggjøres. I dette ligger at byrdene ved bruk av straff må stå i et rimelig forhold til straffens tilsiktede virkninger.» Nærmere om kriminaliseringsprinsippene Frøberg 2010 s. 38–63. Han påpeker blant annet at lovgiver ved utformingen av straffeloven på flere punkter ikke har ansett prinsippene som en reell grense for kriminalisering, se s. 56–59 og 62–63.

Å vurdere forholdsmessighet ut fra en vurdering av legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet er en fremgangsmåte som følges både av EU-domstolen og EMD. Høyesterett har slått fast at de samme kriteriene brukes for å presisere forholdsmessighetsprinsippet i Grunnloven § 102. Sannsynligvis vil også Høyesterett ta dem i bruk ved tolkingen av mange av de andre relative menneskerettighetene i Grunnloven. Lovgiver har oppstilt prinsipper for kriminalisering som i stor grad lar seg innordne, forklare, presisere og videreutvikle ved at de innordnes i forholdsmessighetsvurderingens fire komponenter. På det rettspolitiske plan er det også svært gode normative grunner for å benytte de fire komponentene, i stedet for å vurdere forholdsmessigheten ut fra vide og vage rimelighets-, rettferdighets- og hensiktsmessighetsvurderinger. I tillegg kommer at komponentene benyttes og er virksomme i svært mange rettssystemer som redskap til å presisere innholdet i forholdsmessighetsprinsippet. Undersøkelsen av forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff vil i det følgende derfor knyttes til disse fire komponentene.

Del II

Krav om forholdsmessighet ved kriminalisering



5. Bruk av straff må vareta legitime formål

5.1 ALLMENT OM KRAVET OM AT ET INNGREP MÅ HA ET LEGITIMT FORMÅL

Kravet om at et inngrep må ha et legitimt formål, er et nødvendig utgangspunkt for vurderingen av forholdsmessighet.²⁷⁴ Vurderingen av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet knytter i stor grad an mot en nærmere vurdering av inngrepets formål.²⁷⁵ Ved vurderingen av egnethet er temaet om inngrepet er egnet (i stand) til å vareta det legitime formålet. Når det vurderes om inngrepet går lenger enn nødvendig, er det på samme måte spørsmål om det går lenger enn nødvendig for å realisere det konkrete legitime formålet med inngrepet. Og ved vurderingen av proporsjonalitet veies styrken av det legitime formålet opp mot viktigheten av vedkommende frihetsrett.

At et inngrep må ha et legitimt formål, setter grenser for hvilke motiver et inngrep i en frihetsinteresse kan ha. Med andre ord kan man si at kravet om at

274 Dette kapittelet, og spesielt del 5.3.2, er en bearbejdet versjon av forfatterens tidligere publiserte arbejder: Jon Petter Rui, «Straff som inngrep i menneskerettigheter og krav om legitimt formål og forholdsmessighet – Noen kommentarer til HR-2022-731-A», *Lov og Rett*, 2022 s. 613–633. <https://doi.org/10.18261/lor.61.10.3>; og Jon Petter Rui, «Straff av tunge rusmisbrukere for bruk av narkotika og besittelse til eget bruk – Grunnloven § 102 som skranke mot straff uten legitimt formål», *Lov og Rett*, 2022 s. 53–58. <https://doi.org/10.18261/lor.61.1.5>.

275 Kaspar 2014 s. 116. Se også Steiner/Lang/Kremnitzer 2020 s. 567, som fremhever at kravet om legitimt formål har en «critical function of clarifying the concrete goal or goals of the policy and evaluating their relative importance as a crucial basis for the subsequent stages of analysis. The worthy purpose stage serves as a critical point of reference for the subsequent proportionality tests. It is analytically difficult, if not impossible, to analyse whether a measure is suitable, necessary, and proportional if its objective has not been previously well defined.» Se lignende Schlink 2012 s. 720, som påpeker at «proportionality has a triadic rather than a dyadic structure. Any comparison needs a *tertium comparationis*, the comparison of proportionality analysis requires a reference point», og at «[p]roportionality operates as a triad, with a goal as the reference point to which both elements are related». Se også fra EMDs praksis bl.a. S. A. S. *mot Frankrike*, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 137–139 og 140–143 og *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 152–157 sammenholdt med avsnitt 227.

inngrepet må ha et legitimt formål, er et spørsmål om relevans. Vurderingen av kravet om at et inngrep må vareta legitime formål, er utelukkende knyttet til formål og motiv, og ikke inngrepets konsekvenser.²⁷⁶ Konsekvensene av inngrepet er relevante ved vurderingen av inngrepets egnethet og nødvendighet.

Spørsmålene i det følgende dreier seg om hvilken betydning kravet om at et inngrep må vareta legitime formål, har ved kriminalisering. Jeg drøfter først implikasjonene av kravet om at bruk av straff i form av straffesanksjonering må ha et legitimt formål (punkt 5.2), og deretter hvilke konsekvenser det har at en kriminalisering må forankres i et legitimt formål (punkt 5.3).

5.2 STRAFFEN SOM REAKSJON MÅ HA ET LEGITIMT FORMÅL

5.2.1 Presisering av kravet om at straffen som reaksjon må ha et legitimt formål

Ovenfor er det etablert at i tillegg til ivaretagelse av frihet er respekt for menneskeverdet en overordnet verdi og målsetting for den demokratiske rettsstaten. Kjernen i kravet til respekt for menneskeverdet er vernet på konstitusjonelt nivå i norsk rett, samt etter EMK artikkel 3. En følge av dette er at menneskeverd sammen med frihet er selve grunnlaget for strafferettens legitimitet, struktur og innhold. Kjernen i kravet om at staten opptre i samsvar med det grunnleggende kravet om menneskeverd overfor individer, er absolutt. Bruk av straff må aldri støte an mot denne kjernen. Videre er bruk av straff et inngrep i borgernes frihet. Det følger da av forholdsmessighetsprinsippet at straffen som reaksjon må ha et påviselig og legitimt formål. Spørsmålet som skal undersøkes i det følgende, er om og eventuelt i hvilken utstrekning menneskeverdet og forholdsmessighetsprinsippet legitimerer og begrenser formålene som legitimt kan begrunne straff.

EMDs storkammerdom i *Vinter og andre mot Storbritannia*²⁷⁷ er sentral. Saken gjaldt tre klagere som i separate saker var blitt dømt for drap, til fengsel på livstid. Nærmere bestemt var de blitt ilagt en «whole life order».²⁷⁸ Det er en spesielt streng livstidsstraff som medfører at domfelte skal være fengslet livet ut. Etter loven er det en svært snever mulighet for løslatelse begrunnet i medlidenhetshensyn («compassionate grounds»). Grunnvilkårene er at domfelte må være dødssyk (i retningslinjer angitt å være tre måneder igjen å leve) eller alvorlig inkapasitert (lammet eller rammet av alvorlig slag). I tillegg oppstilles strenge tilleggsvilkår. Siden 2000 og

276 Barak 2012 s. 246–247.

277 Sak nr. 66069/09; 130/10; 3896/10, storkammerdom 9. juli 2013.

278 Avsnitt 12.

frem til dommen, i 2013, var det ingen som sonet en «whole life order», som var blitt løslatt. Klagerne gjorde gjeldende for EMD at illeggelsen av «whole life orders» var i strid med artikkel 3, som forbyr tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling. Domstolen viste til at dersom en livstidsdom skal være forenlig med artikkel 3, må den være «*de jure and de facto reducible*».²⁷⁹ Ved denne vurderingen er to forhold avgjørende: «[T]here must be both a prospect of release and a possibility of review.»²⁸⁰ Etter en konkret vurdering kom EMD til at det forelå en krenkelse av artikkel 3 i de tre klagernes saker.²⁸¹ Det interessante for spørsmålet om hvilken betydning menneskeverd har ved bruk av straff, er det rettskildemessige grunnlaget for rettsoppfatningen. Det bærende argumentet er uttrykt slik:

[A]s the German Federal Constitutional Court recognized in the Life Imprisonment case [...] it would be incompatible with the provision on human dignity in the Basic Law for the State forcefully to deprive a person of his freedom without at least providing him with the chance to someday regain that freedom. It was that conclusion which led the Constitutional Court to find that the prison authorities had the duty to strive towards a life sentenced prisoner's rehabilitation and that rehabilitation was constitutionally required in any community that established human dignity in its centerpiece. Indeed, the Constitutional Court went on to make clear in the subsequent *War Criminal* case that this applied to all prisoners, whatever the nature of their crimes, and that release only for those who were infirm or close to death was not sufficient [...]. Similar considerations must apply under the Convention system, the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity [...].²⁸²

Argumentasjonens kjerne er at et rettssystem som har menneskeverd som grunnleggende verdi, er forpliktet til å søke å rehabilitere personer som soner livstidsstraff. Plikten gjelder uavhengig av hvilke forbrytelser den innsatte har begått. Domstolens bruk av «menneskeverd» som rettslig begrep bygger på en forutsetning om at et menneske har menneskeverdet i behold uansett hvilke uakseptable handlinger det har utført, og uansett hvilke interesser som skulle tale for å begrense menneskeverdet. Mennesket har en verdi kun i egenskap av å være et menneske. Et menneskeverdbegrep med et slikt innhold er uforenlig med at staten skal kunne bruke mennesket utelukkende som et objekt eller redskap for å nå et mål. Det vil være tilfellet hvis en innesperring av mennesket på livstid kun forankres i formål som tjener samfunnet, og som ikke har noen som helst tilknytning til mennesket.

279 Avsnitt 108.

280 Avsnitt 110. Se også avsnitt 119–122.

281 Avsnitt 123–131. Dissens 16-1.

282 Avsnitt 113.

En *første* nødvendig konsekvens av denne rettslige oppfatningen av menneskeverd er at livstidsstraff ikke utelukkende kan forankres i samfunnets behov for gjengjeldelse og allmennprevensjon.²⁸³ En *annen* konsekvens er at samfunnet er forpliktet til å søke å rehabilitere personer som soner livstidsstraff, uavhengig av hvilke forbrytelser de har begått. Rehabilitering er nødvendig for å legge til rette for at behovet for å beskytte samfunnet mot personens farlighet på et tidspunkt kan falle bort. EMDs uttalelser og det som er en logisk følge av dem, må forstås slik at en livstidsstraff som ikke varetar disse kravene til menneskeverd, er utelukket. I så måte er kjernen i prinsippet om varetakelse av menneskeverd absolutt. Sagt med andre ord er det ikke rom for å vareta statens eller andres behov ved forholdsmessighetsvurderinger i disse tilfellene.²⁸⁴

For det *trede* er det interessant for vårt formål at EMD i *Vinter* forankrer sin rettsoppfatning blant annet i følgende resonnement:

It is axiomatic that a prisoner cannot be detained unless there are legitimate penological grounds for that detention. As was recognised by the Court of Appeal in *Bieber* and the Chamber in its judgment in the present case, these grounds will include punishment, deterrence, public protection and rehabilitation. Many of these grounds will be present at the time when a life sentence is imposed. However, the balance between these justifications for detention is not necessarily static and may shift in the course of the sentence. What may be the primary justification for detention at the start of the sentence may not be so after a lengthy period into the service of the sentence. It is only by carrying out a review of the justification for continued detention at an appropriate point in the sentence that these factors or shifts can be properly evaluated.²⁸⁵

Ut fra sakens faktum og formuleringene i sitatet gjelder uttalelsen situasjoner hvor en person er fengslet fordi han har begått en straffbar handling («prisoner» og «legitimate penological grounds»). I slike tilfeller er det klart («axiomatic») at

283 Likedan Spano 2016 s. 154, hvor det fremholdes at «one can view the Strasbourg Court's underlying message in the *Vinter* judgment through the prism of an autonomy-based, classical liberal conception of dignity that holds that the individual has 'intrinsic worth'. In this way, the Court makes clear that punishments that only serve purposes or aims wholly external to the human being, that disregard his or her humanity by reducing them merely to a subject of punishment, are by definition inhuman within the meaning of Article 3 of the Convention.»

284 Lignende Spano 2016 s. 156: «It is clear from the judgment that a purely retributive penal purpose, a so-called *lex talionis*, for life sentences without the opportunity of parole, focused exclusively on the gravity of the act and its perceived commensurate punishment, does not conform with Article 3 of the Convention.»

285 Avsnitt 111.

fengslingen kan forankres i tre grunner. Den første relevante grunnen er «punishment». Sammenholdt med de andre relevante grunnene må dette forstås som en forholdsmessig gjengjeldelse («retribution»), noe som bekreftes når uttalelsen leses i sammenheng med andre deler av dommen.²⁸⁶ Den andre grunnen er «deterrence». Også sammenholdt med de andre grunnene, særlig at «rehabilitation» er nevnt særskilt, må «deterrence» forstås som allmennprevensjon. «Rehabilitation» er da det vi i norske termer benevner som «individualprevensjon». Den siste relevante grunnen for frihetsberøvelse på grunnlag av straffbare handlinger er «public protection», som må oversettes med «hensynet til samfunnssikkerhet» – nærmere bestemt å beskytte samfunnet mot farlige personer. Slik jeg leser EMD, er det kun disse fire grunnene som er relevante for fengsling på grunn av straffbare handlinger.

Som det fremgår av sitatet ovenfor, vil legitimiteten av de relevante grunnene variere; det som utgjør legitime grunner for fengslingen ved fengslingens begynnelse, vil ikke være det for all fremtid. EMD presiserer og utdyper rettsoppfatningen. Nærmere bestemt fremholdes det at EMK artikkel 3 må tolkes slik at den krever «reducibility of the sentence, in the sense of a review which allows the domestic authorities to consider whether any changes in the life prisoner are so significant, and such progress towards rehabilitation has been made in the course of the sentence, as to mean that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds».²⁸⁷ I forlengelsen uttales det at internasjonale instrumenter og rettsoppfatningen i medlemslandene «show clear support for the institution of a dedicated mechanism guaranteeing a review no later than twenty-five years after the imposition of a life sentence, with further periodic reviews thereafter».²⁸⁸ Det konkluderes med at dersom nasjonal rett ikke gir slik mulighet til vurdering av en livstidsstraff, representerer det en krenkelse av EMK artikkel 3.²⁸⁹

EMD gir altså anvisning på i hvilken grad de forskjellige grunnene for fengsling legitimt kan begrunne fengslingen. På grunn av kravet om varetakelse av menneskeverd har muligheten for rehabilitering av lovbrøyteren stor betydning ved vurderingen av om fengslingen er i samsvar med EMK artikkel 3.²⁹⁰ Nærmere bestemt vil

286 Avsnitt 12, 81 og 118.

287 Avsnitt 119.

288 Avsnitt 120.

289 Avsnitt 121.

290 Se avsnitt 114–115, hvor det uttales at «there is also now clear support in European and international law for the principle that all prisoners, including those serving life sentences, be offered the possibility of rehabilitation and the prospect of release if that rehabilitation is achieved. The Court has already had occasion to note that, while punishment remains one of the aims of imprisonment, the emphasis in European penal policy is now on the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence [...]».

hensynet til gjengjeldelse og allmennprevensjon ha størst vekt ved starten av straffen. Deretter vil legitimiteten til disse grunnene avta. EMD antyder ganske klart at hensynene vil ha utspilt sin rolle (og legitimitet) etter 25 år. Etter dette tidspunktet er samfunnssikkerhet den eneste gjenværende legitime grunnen for fengslingen. For å vareta menneskeverdet til den fengslede må det da jevnlig gjøres vurderinger av om og eventuelt i hvilken grad den fengsledes farlighet er redusert.²⁹¹

5.2.2 Hva er legitime formål med straff?

Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning kravet til menneskeverd og forholdsmessighetsprinsippet har for hva som er legitime formål for bruk av straff. Et naturlig utgangspunkt ved undersøkelsen av hvilke formål som er legitime for bruk av straff, er lovgivers oppfatning. I forarbeidene til straffeloven uttaler lovgiver seg om hva som er straffens formål. Under overskriften «Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål»²⁹² slås det kategorisk fast at gjengjeldelse ikke er et legitimt formål med straff. Drøftelsen avsluttes med å formulere hva som er straffens legitime formål: «*Departementet* legger til grunn at straffens formål etter dette må være å styre atferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelse – prevensjon – som sitt formål.»²⁹³ Det er altså ikke bare fra et lovgivningsperspektiv at allmennprevensjon er straffens eneste formål; det gjelder «selve straffeinstitusjonen». Det fremholdes også i forarbeidene at «[i] moderne, vestlig strafferett er prevensjonsteoriene nærmest enerådende, og har vært det i flere hundre år».²⁹⁴ I siste utgave av Andenæs' *Alminnelig strafferett* observeres det treffende at «[i]deen om at gjengjeldelse er et mål i seg selv, er offisielt forlatt og kommer ikke til uttrykk i lovforarbeider og andre formelle sammenhenger».²⁹⁵

291 Rettsoppfatningen i *Vinter* er fulgt opp i senere avgjørelser, bl.a. *Khoroshenko mot Russland*, sak nr. 41418/04, dom 30. juni 2015 avsnitt 121; *Murray mot Nederland*, sak nr. 10511/10, storkammerdom 26. april 2016 avsnitt 101–102 og *Hutchinson mot Storbritannia*, sak nr. 57592/08, storkammerdom 17. januar 2017 avsnitt 42–45.

292 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77. Synspunktet er imidlertid ikke opprettholdt konsekvent. For det første fremholdes det samme sted (s. 80) at «[u]avhengig av om straff og strafforfølgning har noen preventiv virkning, kan straff derfor i ikke liten utstrekning være formålstjenlig fordi den viser krenkede at det blir reagert – og med tilstrekkelig styrke – mot lovbruddet». For det annet uttales det ved drøftelsen av heving av øvre strafferamme for de alvorligste lovbruddene (s. 145): «Avgjørende for fastsetting av den øvre strafferamme for de alvorligste lovbrudd er særlig *forholdsmessighetsbetraktninger* eller *proporsjonalitet*».

293 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77–78.

294 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77. Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 37 note 144 uttaler at utsagnet ikke er holdbart. Det er vanskelig ikke å være enig i det. På s. 38–39 og s. 30–35 vises det til klare eksempler på at det finnes absolutte posisjoner både i norsk og annen rettstenkning i vår samtid. Se også Kinander 2013 s. 177–182.

295 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 98.

En slik oppfatning står i ganske sterk kontrast til situasjonen i rettssystemer som vi står i nær historisk og kulturell sammenheng med.²⁹⁶ Fellestrekk her er at både forholdsmessig gjengjeldelse, allmennprevensjon og individualprevensjon anses som legitime formål for straff. De ulike formålene må forenes for å gi et dekkende svar på spørsmålet om straffens formål. Herunder påpekes det ofte at ulike formål tas i betraktning og er mer eller mindre sentrale på ulike stadier ved bruk av straff (kriminalisering, tolking av straffebud og straffutmåling, straffens fullbyrdelse).²⁹⁷ Tilsvarende oppfatninger fremmes i nyere norsk juridisk litteratur.²⁹⁸ Et rendyrket fokus på allmennprevensjon er også problematisk, også om man bygger på en utilitaristisk/pragmatisk tilnærming til moral.²⁹⁹

- 296 Se Flaatten 2014 s. 1–37, som peker på årsaker til det sterke fokuset på prevensjon og avskrivningen av gjengjeldelse som legitimt formål med straff i norsk rett. Se også Jacobsen 2014 s. 44–85. Langsted/Waaben 2015 s. 53 påpeker også en forklaring som ikke skal undervurderes for å forklare det ensidige fokuset på prevensjon: «I diskusjoner om straffanvendelsens mening synes man at foretrekke almenpræventive forklaringer frem for moralvurdering o.l., fordi det omfattes som det mest respektable at handle du fra preventive fornuftsgrunde.» Å likestille forholdsmessig gjengjeldelse med hevn gjør det ytterligere uakseptabelt å anse forholdsmessig gjengjeldelse som et legitimt formål med straff. Se Mee Ertzeid 2005 s. 40, som bl.a. uttaler: «Det er ingen nødvendig meningsforskjell mellom begrepene hevn og gjengjeldelse.» Og: «Når begrepene hevn og gjengjeldelse brukes i tilknytning til spørsmålet om straffens begrunnelse, vil begrepene ha samme innhold.» Se annerledes Andenæs 1974 s. 74: «Gjengjeldelse eller soning er ikke det samme som hevn. Med hevn tenker en på gjengjeldelse som tar sikte på å tilfredsstillende hevntyrangen hos den krenkede eller andre som har samfølelse med ham. Den gjengjeldelse eller soning som de absolutte straffeteorier taler om, tar ikke sikte på å svale den krenkedes opprørte følelser, men på å tilfredsstillende rettferdighetens krav. Det er derfor en utilbørlig forenkling når motstanderne av gjengjeldelse ofte taler om hevn og gjengjeldelse som om det var det samme.»
- 297 Se bl.a. Langsted/Waaben 2015 s. 37–40 og 48–50 (Danmark); Frände 2004 s. 19–30 (Finland); Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 30–36 (Sverige); Kindhäuser 2017 s. 36–40 og Wessels/Beulke/Satzger 2020 s. 7–9 (begge Tyskland); Trechsel/Noll/Pieth 2017 s. 16–22 (Sveits) og Knieapfel/Höpfel/Kern 2016 s. 4–7 (Østerrike).
- 298 Kinander 2013 s. 155–192; Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 43–54 og Eskeland/Høgberg 2017 s. 52. Se for øvrig også Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 98. I denne siste utgaven, hvor Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther er forfattere, uttales følgende (som ikke følger av tidligere utgaver): «Å legge vekt på straffens evne til å forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd, er i våre dager det mest eksplisitte uttrykk for anerkjennelse av gjengjeldelse som en begrunnelse for bruk av straff [...]. Men en slik anerkjennelse av behovet for gjengjeldelse er av indirekte og sekundær karakter.»
- 299 Fletcher 2007 s. 198: «Nor has any system ever incorporated the more rigorous demands of utilitarian morality. The most widely discussed application of utilitarian thinking comes in the deterrent rationale for punishment, but no legal system – except for the dubious example of terrorist bands – has ever sought to justify sentences solely on the grounds of intimidating subjects into compliance. Deterrence is always modified by some concern for the public perception of fair treatment, which provides an opening for criteria of justice to enter into the mix of considerations that shape the rationale of punishment realised in practice.»

I dette lyset er det ikke overraskende at EMD i *Vinter* anser gjengjeldelse som et legitimt formål med straff. At domstolen anerkjenner gjengjeldelse som et legitimt formål med straff, betyr ikke at man i norsk rett er forpliktet til å gjøre det samme. Likevel er det flere forhold som tyder på at man i norsk strafferett har mye å vinne på ikke å utelukke gjengjeldelse som et legitimt formål med straff, og samtidig utelukkende (i hvert fall i formelle sammenhenger) forankre bruk av straff i prevensjon.

Et første forhold er at det er svært vanskelig å forklare forbrytelseslæren (reglene om strafferettslig ansvar og reaksjon)³⁰⁰ uten i hvert fall til en viss grad å legge til grunn at et legitimt formål med bruk av straff er gjengjeldelse. Hva gjelder strafferettens alminnelige del, er det klart at kravene om skyld og tilregnelighet som grunnlag for ansvar ikke fullt ut kan forklares med at strafferetten har prevensjon som formål.³⁰¹ Det samme gjelder kravet om rettsstrid som ufravikelig betingelse for straffansvar.³⁰² I norsk strafferett brukes allmennpreventive hensyn til og med som en sentral tolkingsfaktor ved avgjørelsen av om en handling rammes av straffeloven. Eskeland/Høgberg uttaler at «det er prinsipielt riktig, slik Høyesterett gjør, å legge vekt på hensynet til allmennprevensjon ved tolkning av straffebestemmelser».³⁰³ En slik tilnærming til strafferettens tolkingslære tar ikke tilstrekkelig opp i seg hva straff som fenomen er, og at det på grunn av straffens art og karakter gjelder et strengt legalitetsprinsipp på strafferettens område, jf. Grunnloven § 96.³⁰⁴

Ved straffutmåling er allmennprevensjon et helt sentralt straffutmålingsmoment.³⁰⁵ Slik bruk av allmennprevensjon er problematisk. For det første finnes det ikke kunnskap om hvorvidt straff har en preventiv effekt.³⁰⁶ Lite vet vi også om hvilket straffenivå (f.eks. for voldtekt, drap eller skattesvik) innenfor lovens rammer som

300 «Forbrytelse» brukes her som uttrykk for handlinger som lovgiver forbyr under trussel om straff, se på samme måte og med samme begrunnelse Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 6–7.

301 Kinander 2013 s. 188–190; Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 39.

302 Nærmere kapittel 9 punkt 9.2.

303 Eskeland/Høgberg 2017 s. 145.

304 På dette området har det skjedd en ikke ubetydelig tilstrømming i Høyesteretts praksis av kravet til klar lovhjemmel ved straff, se bl.a. Frøberg 2015 s. 46–71, særlig på s. 66–68; Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 121–123; Høgberg/Eskeland 2017 s. 107 og Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 69–70.

305 Bl.a. Kinander 2013 s. 174–175; Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 487–488; og Høgberg/Eskeland 2017 s. 440–442. Se imidlertid Coward 2015 (tidligere dommer i Høyesterett) s. 83: «Det var enkelte av oss i Høyesterett som likte å stryke henvisninger til allmennprevensjonen – likevel ikke alltid. Mitt poeng er mer at det er grunn til å tenke seg godt om før man viser til allmennprevensjonen som begrunnelse for en konkret straffutmåling. For det første: Er det en situasjon der en kan vente at mulige gjerningspersoner lar seg motivere av rasjonelle tanker? Og – viktigere – vil det i tilfelle ha betydning for gjerningspersonens overveielser om han risikerer for eksempel fire år i fengsel istedenfor to år hvis han blir tatt? Hvis det ikke er det, men man mener at det bør reageres spesielt strengt fordi en handling er spesielt forkastelig, får man kanskje heller si det?»

306 Bl.a. Andenæs 1974 s. 84–90; Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 85–90; Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 51 og Høgberg/Eskeland 2017 s. 441.

har den optimale allmennpreventive virkningen. Generelt vil det vel ofte være slik at jo strengere straff, jo presumptivt større preventiv effekt. Uten noe vitenskapelig sikkert belegg må det kunne legges til grunn at en draps- eller voldtektsforbryter før handlingen neppe vurderer straffutmålingspraksis før forbrytelsen begås.³⁰⁷ Bruk av allmennprevensjon som et formål ved straffutmåling fremstår dermed som en konstruksjon. Ved allmennprevensjon er et sentralt formål å sette et eksempel: Man fengsler en person for å vise resten av samfunnet hva som skjer hvis man begår en forbrytelse. Et annet problem med allmennprevensjon er altså at mennesket som straffes, brukes som et redskap og objekt for staten for å nå et mål. Lange fengselsstraffer som utelukkende er forankret i allmennpreventive hensyn, er altså problematiske ut fra prinsippet om menneskeverd, jf. EMDs uttalelser i *Vinter* ovenfor.

Konsekvensen av fokuset på allmennprevensjon blir at det som egentlig er avgjørende ved straffutmåling – å ilegge en sanksjon som står i et proporsjonalt forhold til forbrytelsens art, karakter og grovhet – kommer i bakgrunnen.³⁰⁸ Mye hadde vært vunnet på en viss reorientering her. En endring ser ut til å ha startet i juridisk litteratur.³⁰⁹

Ved en kalibrering av de legitime formålene for bruk av straff ved straffutmåling er det for øvrig grunn til å merke seg at EMD i nokså generelle og klare vendinger har fremhevet betydningen av individualprevensjon som legitimt formål, særlig i forbindelse med fullbyrdelse av straff.³¹⁰ Individualprevensjon som straffutmålingsmoment har generelt (med unntak av rene rehabiliteringssituasjoner) en noe underordnet rolle i Høyesteretts straffutmålingspraksis.³¹¹ Videre har EMD i et

307 Likedan Coward 2015 s. 83.

308 Matningsdal 2023, kommentar til straffeloven § 77, punkt 6: «Straffutmålingen skal alltid ta utgangspunkt i handlingens objektive grovhet og gjerningspersonens subjektive skyld.» Se også Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 51: «Samtidig bør strafferetten etter vårt syn aldri formes primært ut fra hva som (lovgiver antar) vil gi en optimal allmennpreventiv effekt. Lovgivers kriminalisering og fastsettelse av straffetrusselen må til sist alltid være i tråd med skyldprinsippet.»

309 Kinander 2013 s. 175–177; Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 40–53.

310 Se bl.a. *Khoroshenko mot Russland*, sak nr. 41418/04, storkammerdom 30. juni 2015 avsnitt 121: «Furthermore, the approach to assessment of proportionality of State measures taken with reference to ‘punitive aims’ has evolved over recent years, with heavier emphasis now having to be placed on the need to strike a proper balance between the punishment and rehabilitation of prisoners [...]. In this connection, the Court recalls its observations, firstly, in the Dickson [GC] judgment (cited above, § 75), where it noted the general evolution in European penal policy towards the increasing relative importance of the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence, and, secondly, in *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09 and 3896/10, § 111–116, ECHR 2013 (extracts) and *Harakchiev and Tulumov v. Bulgaria* (nos. 15018/11 and 61199/12, §§ 243–246, ECHR 2014 (extracts)), where it insisted that the emphasis on rehabilitation and reintegration has become a mandatory factor that the member States need to take into account in designing their penal policies.» Se også *Murray mot Nederland*, sak nr. 10511/10, storkammerdom 26. april 2016 avsnitt 102.

311 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 502–503; Høgberg/Eskeland 2017 s. 440–441 og Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 713–714.

ganske stort antall avgjørelser gjort vurderinger av om nasjonal straffutmåling har vært i samsvar med EMK. Vurderinger av proporsjonaliteten mellom overtredelse og straff står her sentralt.³¹²

Det store fokuset på allmennprevensjon ved straffutmåling er noe vi er ganske alene om i Norden.³¹³ Som nevnt ovenfor er det ikke mulig å forene et rendyrket

312 *Vajnai mot Ungarn*, sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008. Klager ble straffedømt til en form for straffutmålingsutsettelse (ingen illeggelse av sanksjon i en prøvetid på ett år) for å ha båret den røde stjerne-symbol på 5 cm i diameter på jakken under en demonstrasjon. Ved vurderingen av forholdsmessigheten uttalte EMD i avsnitt 58 at «the measure with which his conduct was sanctioned, although relatively light, belongs to the criminal-law sphere, entailing the most serious consequences. The Court does not consider that the sanction was proportionate to the legitimate aim pursued.» Se også *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 272–273: «In two recent cases under Article 10 of the Convention, the Court upheld the proportionality of interferences which consisted in regulatory schemes limiting the technical means through which freedom of expression may be exercised in the public sphere [...]. By contrast, the form of interference in issue in this case – a criminal conviction that could even result in a term of imprisonment – was much more serious in terms of its consequences for the applicant, and calls for stricter scrutiny. In *Lehideux and Isorni* [...] the Court noted, as it has done in many other cases under Article 10 of the Convention, that a criminal conviction was a serious sanction, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies. The same applies here: what matters is not so much the severity of the applicant's sentence but the very fact that he was criminally convicted, which is one of the most serious forms of interference with the right to freedom of expression.» Se også *Bedat mot Sveits*, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 81: «It is true that the dominant position of the State institutions requires the authorities to show restraint in resorting to criminal proceedings in matters of freedom of expression.» Se likedan bl.a. *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 105 og 109–110; *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 89; *Lings mot Danmark*, sak nr. 15136/20, dom 12. april 2022 avsnitt 59; *Patricio Monteiro Telo de Abreu mot Portugal*, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 47 (strafferettslig bot for ærekrenkelse av politiker var uforholdsmessig og i strid med artikkel 10); *Rouillan mot Frankrike*, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022 avsnitt 74–75 (ubetinget fengselsstraff på 8 måneder for å ha uttalt at terroristene som gjennomførte angrepet i 2015, var modige. Uforholdsmessig straff i sted med EMK artikkel 10) og *Bouton mot Frankrike*, sak nr. 22636/19, dom 13. oktober 2022 avsnitt 46 og 53–68 (betinget fengselsstraff for å ha gjennomført handlinger beskrevet som seksuell fremvisning i en kirke var uforholdsmessig).

313 For dansk rett, se Waaben 1987 s. 92: «Det skal herved fremhæves at allmenpræventive formål vanskelig kan tænkes forfulgt gennem de konkrete strafvalg, da almenprævention ikke – som det er tilfældet med individualprævention – er knyttet til den enkelte straf, men til den forventede opfattelse og virkning af en praksis, et straffniveau, over for en vis type af overtrædelse.» For finsk rett, se Frände 2004 s. 29, og for svensk rett, se Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 30–32 og NOU 2002: 4 s. 113. Her uttales at man i Sverige legger stor vekt på straffens prevensjonsbetydning ved spørsmålet om kriminalisering, men at det «avskrives totalt som et hensyn av betydning for graderingen av de ulike straffetruer».

fokus på allmennprevensjon med moral fra et lovgiverperspektiv. Det gjelder desto mer ved bruk av straff i konkrete saker.³¹⁴

En fruktbar tilnærming til hva som er legitime formål med straff, er å anlegge en nyansert tilnærming som forener de ulike formålene med straff. I tysk rett har man i lang tid sett slik på saken.³¹⁵ Allmennprevensjon er det legitime formålet for straff sett fra *lovgivers perspektiv*. Lovgiver har per definisjon blikket rettet fremover. Motivet med å foreskrive straff for handlinger kan da ikke være å straffe handlinger som er begått. Det ligger følgelig i sakens natur at lovgiver med straff ønsker å forebygge handlinger i et fremtidsrettet perspektiv. Forholdsmessig gjengjeldelse i et lovgiverperspektiv blir i stor grad en metafysisk øvelse i gjengjeldelse, uten lovbrøyer og forbrytelse. Vi ser dermed at forholdsmessig gjengjeldelse ikke har noen egentlig praktisk funksjon på kriminaliseringsnivået. Av samme grunner (ingen domfelt) kan ikke individualprevensjon være et legitimt formål for straff som gir noen veiledning sett fra lovgivers ståsted.

Ved konkret bruk av straff i *domstolene* må straff av hver enkelt person forankres på individuelt nivå. Man kan ikke ilegge et individ straff (samfunnets sterkeste reaksjon) uten at det er rettsstatlig berettiget å gjøre nettopp det mot denne konkrete personen. I dette perspektivet er straffen et forholdsmessig, individuelt og konkret svar på forbrytelsen (reaksjon). Straffen har som formål å fungere som en forholdsmessig reaksjon på forbrytelsen. Ved ileggelse av reaksjonen må den konkret og individuelt stå i et proporsjonalt forhold til forbrytelsen. Allmennprevensjon gir liten konkret veiledning ved straffutmåling på individnivå. Videre er det et formål som alltid trekker i retning av streng straff. Ytterligere har det å straffe en person for å avskrekke resten av befolkningen en problematisk side til menneskeverdet. Det er ikke til å komme utenom at samfunnet da bruker denne personen som et objekt/redskap for å styre samfunnet. Mer praktisk og pragmatisk er det tvilsomt om den som begår straffbare handlinger, lar seg motivere av rasjonelle tanker. Nærmere bestemt er det tvilsomt om det har betydning for gjerningspersonens overveielser om han risikerer for eksempel fire år i fengsel i stedet for ti år hvis han blir tatt.³¹⁶

314 Fletcher 2007 s. 198: «Nor has any system ever incorporated the more rigorous demands of utilitarian morality. The most widely discussed application of utilitarian thinking comes in the deterrent rationale for punishment, but no legal system – except for the dubious example of of terrorist bands – has ever sought to justify sentences solely on the grounds of intimidating subjects into compliance. Deterrence is always modified by some concern for the public perception of fair treatment, which provides an opening for criteria of justice to enter into the mix of considerations that shape the rationale of punishment realised in practice.»

315 Bl.a. Roxin/Greco 2020 s. 145–146; Wessels/Beulke/Satzger 2020 s. 9 og Kindhäuser/Zimmermann 2020 s. 44. Se likedan i sveitsisk rett Trechsel/Noll/Pieth 2017 s. 20–22.

316 Coward 2015 s. 83.

Når det kommer til straffegjennomføringen, har verken allmennprevensjon eller forholdsmessig gjengjeldelse noen egentlig betydning. Det vises gjennom måten norsk kriminalomsorg er lagt opp på. Straffegjennomføringen legges ikke opp proporsjonalt med lovbruddet som er begått. Og den som er dømt til en fengselsstraff hvor allmennprevensjon veide tungt ved straffutmålingen, får ikke dårligere soningsforhold av den grunn. Derimot er fokuset på dette stadiet å rehabiliterer den innsatte, og forhindre at vedkommende begår nye forbrytelser etter endt soning (individualprevensjon). Det er treffende når EMD i *Vinter og andre mot Storbritannia* uttaler:

Indeed, there is also now clear support in European and international law for the principle that all prisoners, including those serving life sentences, be offered the possibility of rehabilitation and the prospect of release if that rehabilitation is achieved. The Court has already had occasion to note that, while punishment remains one of the aims of imprisonment, the emphasis in European penal policy is now on the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence [...]. In the Council of Europe's legal instruments, this is most clearly expressed in Rule 6 of the European Prison Rules, which provides that all detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty, and Rule 102.1, which provides that the prison regime for sentenced prisoners shall be designed to enable them to lead a responsible and crime-free life [...].³¹⁷

Å forklare de legitime formålene med straff ut fra lovgiver-, domstols- og straffegjennomføringsperspektivet gjøres også i finsk³¹⁸ og svensk³¹⁹ rett.

5.2.3 Maksimumsstraffer på 30 års fengsel og krav om legitime formål med straff

Et annet område hvor det er et spenningsforhold mellom de menneskerettslige legitime formålene ved bruk av straff og norsk strafferett, er innføring av en maksimalstraff på 30 års fengsel. Ved overtredelse av straffeloven § 101 (folkemord), § 102 (forbrytelse mot menneskeheten), § 103 (krigsforbrytelse mot person), § 104 (krigsforbrytelse mot eiendom og sivile rettigheter), § 105 (krigsforbrytelse

317 *Vinter og andre mot Storbritannia*, sak nr. 66069/09; 130/10; 3896/10, storkammerdom 9. juli 2013 avsnitt 114–115.

318 Frände 2004 s. 20–30.

319 Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 30–32.

mot humanitære innsatser eller kjennemerker), § 106 (krigsforbrytelse gjennom anvendelse av forbudte stridsmetoder), § 107 (krigsforbrytelse gjennom anvendelse av forbudte stridsmidler) og § 109 (overordnede ansvar) er lovens maksimumsstraff 30 års fengsel.

Hevingen av maksimumsstraffen i forarbeidene er generelt forankret i «forholdsmessighetsbetraktninger eller proporsjonalitet». Forarbeidene uttaler at for handlinger som skal kvalifisere til lovens strengeste straff, er allmennpreventive vurderinger av mindre betydning. «Dels fordi den avskrekkende effekt av forskjellen mellom for eksempel 20 og 30 års fengsel er ytterst liten, og dels fordi handlingen ofte begås i mentale tilstander hvor gjerningspersonen i liten grad styres av rasjonelle avveininger.»³²⁰ Uttalelsene står i et klart spenningsforhold til uttalelsene gjengitt ovenfor om at forholdsmessig gjengjeldelse ikke er et legitimt formål ved bruk av straff. Konkret begrunnes hevingen til 30 års fengsel med tre forhold: at forbrytelsene etter sin art er en fortsatt forbrytelse, hensynet til harmoni med andre rettssystemer og at Norge ikke skal ses på som et tilfluktssted med lav straff for disse forbrytelsene.³²¹ Som nevnt ovenfor har EMD i *Vinter* antydning ganske klart at de legitime hensynene som begrunner straff, vil ha utspilt sin rolle (og legitimitet) etter 25 år. Etter dette tidspunktet er eventuelt samfunnssikkerhet den eneste legitime grunnen for fengslingen.³²²

Også ved overtredelse av straffeloven § 132 (grove terrorhandlinger) er lovens maksimumsstraff 30 år. I forarbeidene ble det fremholdt at allmennpreventive virkninger av en så høy straff «må antas å være begrenset».³²³ De legitime formålene med 30 års fengselsstraff ble utlagt slik:

Rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger trekker likevel i retning av en heving av strafferammen for de mest alvorlige terrorhandlingene. Både forholdet mellom handlingen og straffen (utvekslingsrettferdighet) og forholdet mellom grove og mindre grove terrorhandlinger (fordelingsrettferdighet) taler for en slik løsning. Det er dessuten ønskelig å markere at Norge ikke skal være noen

320 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 145.

321 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 146–147.

322 I 2016 fremmet regjeringen et forslag om heving av strafferammene, noe som ville medført en økning av maksimumsstraffen til 40 års fengsel, se Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat om skjerpet straff for flere lovbrudd og styrket vern av fornærmede ved lovbrudd begått i fellesskap, snr. 16/7844, desember 2016 s. 27, 28, 43 og 44. Forslaget ble ikke fulgt opp etter høringen. Et slikt forslag ville neppe vært i samsvar med de grensene som gjelder med grunnlag i menneskeverdet og kravet til forholdsmessighet i EMK artikkel 3, herunder krav til forankring av en slik straff i prevensjon eller forholdsmessig gjengjeldelse.

323 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 172.

frihavn for terrorister og deres støttespillere. For å unngå en slik situasjon må det norske straffenivået være tilstrekkelig høyt. Terrorhandlinger bør på denne bakgrunnen som utgangspunkt ha en strafferamme på 21 års fengsel, slik som i dag, jf. straffeloven 1902 § 147 a, og 30 år for de aller groveste terrorhandlingene. Alvorlige terrorhandlinger står, på lik linje med folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, i en særstilling for så vidt gjelder straffverdighet. En heving av strafferammen for disse handlingene vil ikke ha noen innvirkning på straffenivået i Norge for øvrig eller initiere en utvikling i retning av en ny slik maksimumsstraff for stadig flere alvorlige lovbrudd.³²⁴

Som det fremgår ovenfor, ligger en fengselsstraff på 30 år helt i grenseland, kanskje over grensen, for hva som legitimt kan forankres i prevensjon og forholdsmessig gjengjeldelse. Det vil ikke være mulig generelt å forankre en ordinær fengselsstraff i samfunnssikkerhet. I et slikt konkret tilfelle må forvaringsinstituttet benyttes. For øvrig er begrunnelsen av en maksimumsstraff forankret i rettferdighetsbetraktninger, rimelighetsbetraktninger og effektivitet. Dette er vide og vage begreper. De er, med rette, ikke ansett som legitime formål ved bruk av frihetsberøvelse som straff.

5.2.4 Forvaringsinstituttet og kravet om legitime formål med straff

Straffeloven § 40 angir vilkårene for forvaringsstraff. Det sentrale vilkåret er at «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet». For å operasjonalisere hovedvilkåret oppstiller loven to betingelser. Det første er et kriminalitetskrav, det andre et krav om ulik grad av fare for at det begås ny kriminalitet («nærliggende fare» og «særlig nærliggende fare»). Faregraden som kreves, avhenger av alvorligheten av det lovbrudd som er begått.

Lovens § 43 regulerer utmålingen av forvaringsstraff. Det skal fastsettes en *tidsramme* for forvaringen. Den bør vanligvis ikke overstige 15 år, og kan som hovedregel ikke overstige 21 år, med unntak av forbrytelser som har strafferamme på 30 år. I sistnevnte fall kan tidsrammen settes til 30 år. Tidsrammen settes i praksis lik den alternative tidsbestemte fengselsstraffen vedkommende ville fått.³²⁵ Så langt er utmåling av forvaringsstraff lik utmåling av fengselsstraff.

Det som imidlertid er forskjellig, er at retten etter begjæring fra påtalemyndigheten kan forlenge den fastsatte rammen for forvaring med inntil 5 år om gangen. Den innsatte kan dermed i prinsippet holdes innesperret livet ut. I tillegg: Etter

324 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 172.

325 Bl.a. Rt. 2007 s. 183 og Rt. 2013 s. 963.

§ 43 annet ledd «bør» det ved utmåling av forvaringsstraff fastsettes en *minstetid* for forvaringen. Begrunnelsen for en minstetid er følgende: Det kan skje at fare for nye alvorlige lovbrudd ikke foreligger før den innsatte har sonet den fastsatte tidsrammen. I et slikt tilfelle tilsier forvaringens formål (hensynet til samfunnsikkerhet) at prøveløslatelse bør finne sted. En prøveløslatelse relativt kort tid etter et kanskje gruoppvekkende lovbrudd vil kunne stride mot vanlige folks rettsfølelse.³²⁶ Etter praksis fastsettes det nesten unntaksfritt en minstetid.³²⁷ Lengden fastsettes «ut fra en vurdering av når det ville være aktuelt med prøveløslatelse dersom domfelte var blitt idømt en ordinær fengselsstraff».³²⁸ Hovedregelen blir da at minstetiden settes til to tredjedeler av den fengselsstraffen som ville vært aktuell om det ikke ble idømt forvaring.³²⁹

Som Høyesterett har uttalt, er formålet med forvaring ikke å ramme de mest alvorlige forbrytelsene med en særlig streng straff. Forvaring er en særforholdsregel overfor spesielt farlige lovbrøyttere for å beskytte samfunnet mot at de begår nye farlige forbrytelser i fremtiden.³³⁰ Det er tale om en særreaksjon som er utformet ut fra hensynet til samfunnsikkerhet og -vern. Når man leser lovens vilkår, er det klart at hensynet til samfunnsikkerhet fremstår som det bærende karakteristikum ved forvaring. Det bærende elementet i bestemmelsene er en fremtidsrettet farevurdering. I samsvar med dette er reaksjonen prinsipielt tidsubestemt. Særlig det overordnede kravet i § 40 om at «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig», avspeiler forvaringens karakter og begrunnelse som en ekstraordinær inkapasitering i tilfeller der strafferettens «normale» reaksjoner ikke er tilstrekkelige.³³¹

Likevel er forvaring definert som straff i norsk rett, jf. straffeloven § 29 første ledd bokstav a). Reglene om tidsrammer og minstetid slik de er blitt tolket og anvendes i praksis, gir forvaringen et klart preg av å være en straff. Nærmere bestemt er det styrende for fastsetting av tidsrammer og minstetid at reaksjonen skal stå i et proporsjonalt forhold til forbrytelsen. Reglene om tidsrammer og minstetid er lite forenlige med forvaringens begrunnelse i et vern for fremtiden.³³²

Det kan stilles spørsmål ved om kombinasjonen av samfunnsikkerhet og -vern, på den ene side, og på den annen de legitime formålene med ordinær straff – prevensjon og forholdsmessighet – er forsvarlig. Et første problem er at forvaringsinstituttets kombinasjon av klender- og samfunnsvern betraktninger har resultert i et

326 NOU 1990: 5 s. 118 og Ot.prp. nr. 87 (1993–94) s. 112.

327 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 534–535.

328 Rt. 2003 s. 312 avsnitt 17.

329 Rt. 2003 s. 312, jf. straffegjennomføringsloven § 42 første ledd.

330 Rt. 2007 s. 1056, se særlig avsnitt 110.

331 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 628.

332 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 631.

regelverk som ikke lar seg enhetlig forklare.³³³ I og for seg er det ikke et tvingende krav for et regelverks gyldighet at det enhetlig lar seg forklare, men det medfører unektelig utfordringer. En første er, som vi allerede har sett, at det ved tolkingen og praktiseringen av regelverket er svært vanskelig å praktisere og operasjonalisere på en konsekvent måte de ulike legitime formålene som bærer straffen, og det legitime formålet som forvaringsinstituttet primært er tuftet på. Slik reglene om tidsrammer og minstetid praktiseres, har forvaring fått et klart preg av å være en straff, og ikke en særreaksjon. Det viser seg at denne dreiningen også har forplantet seg inn i selve gjennomføringen av forvaringsreaksjonen. Forvaringsordningen har en egen beslutningsstruktur og et eget løslatelsesregime.

Videre gjelder det egne krav til innholdet i forvaringen, men med adgang til mindre liberale progresjonstiltak. Likevel er det i grove trekk de samme reglene for straffegjennomføring som gjelder for de forvaringsdømte som for ordinære domssonere, selv om ordinær fengselsstraff og forvaring har ulike formål. Praksis fra kriminalomsorgen viser at det er vanskelig å få til gradvis progresjon for de forvaringsdømte og samtidig være lojal mot dette regelverket.³³⁴

I tillegg kommer at det er få forvaringsdømte som får en gradvis tilbakeføring til et liv i frihet, noe som strider mot intensjonen med forvaringsordningen (å vareta hensynet til samfunnssikkerhet). «Tall fra KRUS (innhentet i 2013) viser at brottsparten av de forvaringsdømte løslates rett fra lukket anstalt, og at en av fire forvaringsdømte løslates uten å ha gjennomført utganger i form av permisjoner.»³³⁵ Det er grunn til å tro at problemene med å få til fornuftig progresjon for forvaringsdømte har nær sammenheng med hvordan forvaringsreaksjonen er konstruert.

Et annet problem med en reaksjon som kombinerer samfunnssikkerhet og -vern og de legitime formålene med ordinær straff – prevensjon og forholdsmessighet, er at det er utfordrende å utvikle regelverket når nye problemer og utfordringer oppstår.³³⁶ Justis- og beredskapsdepartementet har til behandling et forslag om endring i reglene om forvaring som etter min oppfatning er illustrerende. Det foreslås i det vesentlige (på bakgrunn av en konkret sak som har vært behandlet i

333 Forskergruppen for strafferett og straffeprosess, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, *Høringsvar til forslag om endring i straffelovens regler om forvaring*, https://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/horingsvar_.pdf (sist besøkt 13.2.24) s. 2.

334 Forskergruppen for strafferett og straffeprosess, *Høringsvar til forslag om endring i straffelovens regler om forvaring*, s. 2.

335 Forskergruppen for strafferett og straffeprosess, *Høringsvar til forslag om endring i straffelovens regler om forvaring*, s. 3.

336 Forskergruppen for strafferett og straffeprosess, *Høringsvar til forslag om endring i straffelovens regler om forvaring*, s. 4–7.

Høyesterett)³³⁷ å endre reglene om prøveløslatelse fra forvaring.³³⁸ Hvis endringen blir vedtatt, vil den bidra til å bringe forvaringsinstituttet enda nærmere ordinær fengselsstraff. Forslaget er konsentrert rundt en enkeltavgjørelse som etter påtalemyndighetens oppfatning fikk et urimelig utslag. Det er ingen prinsipielle vurderinger av hvordan en slik endring vil påvirke forvaringsinstituttets grunnleggende karakter. Status på lovsaken er at den fortsatt er under behandling.

Etter min oppfatning har det å forene strafferettslige legitime formål med innesperring (prevensjon og forholdsmessig sanksjon) med et annet legitimt formål med innesperring (hensynet til samfunnssikkerhet og -vern) ikke vist seg å fungere på en akseptabel måte. Forvaringen, som i art og karakter primært skal vareta sistnevnte formål, har utviklet seg til primært å vareta straffeformål. Utviklingen har medført at forvaringssystemet ikke fungerer etter sin intensjon. Det er grunn til å merke seg at det norske forvaringsinstituttet er unikt i verdensammenheng. Det er ingen andre land som har en slik ordning.³³⁹ Sannsynligvis skyldes det ikke at vi i Norge har utformet et svært godt system, som andre ikke har hatt evne til å tenke seg frem til.

Når systemet på en utilstrekkelig måte varetar hovedformålet, som er samfunnsvernet, og det medfører en klar og utilsiktet menneskelig belastning, bør det endres. Ved en endring er det nærliggende å utforme systemet bedre i samsvar med de legitime formålene som begrunner innesperring i strafferettslig sammenheng. Videre må det legges til grunn som premiss at hensynet til samfunnssikkerhet og -vern, på den ene side, og legitime hensyn med straff, på den annen, er så forskjellige at de ikke kan forenes i én reaksjon. Det er nærliggende at en reaksjon som har som formål å vareta samfunnssikkerhet og -vern ved å skjerme samfunnet fra farlige personer, ikke bør være en straffesanksjon. Den må innrettes slik at den varer så lenge farligheten består, og faller bort når det legitime formålet bortfaller. Videre må de kravene til menneskeverd som følger av EMDs praksis ved tidsubestemt innesperring av farlige personer, iakttas. Personer som utgjør en samfunnsfare, håndteres i dag ved hjelp av en reaksjon som i praksis er en straff. Allerede dette tilsier at de særegne positive forpliktelsene som følger av EMK artikkel 5 ved slik innesperring, ikke iakttas på en tilfredsstillende måte. Det samme gjør de praktiske erfaringene, jf. ovenfor.

337 Rt. 2014 s. 934.

338 Justis- og beredskapsdepartementet, «Høring – forslag om endring i straffelovens regler om forvaring», 8. september 2017, [https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--forslag-om-endring-i-straffelovens-regler-om-forvaring/id2570026/?expand=horingssvar&lastvisited=\(sist besøkt 1.5.24\)](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--forslag-om-endring-i-straffelovens-regler-om-forvaring/id2570026/?expand=horingssvar&lastvisited=(sist%20bes%201.5.24)).

339 Forskergruppen for strafferett og straffeprosess, *Høringssvar til forslag om endring i straffelovens regler om forvaring*, s. 1.

Overordnet er det grunn til å merke seg at forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff, nærmere bestemt kravet om et legitimt formål som grunnlag for inngrep, har en rettspolitisk funksjon. Ved endring av reglene vil forholdsmessighetsprinsippet både ha en strukturerende funksjon og bidra til å fastlegge reglenes innhold.

5.3 KRIMINALISERING MÅ FORANKRES I ET LEGITIMT FORMÅL

5.3.1 Allment om kravet om at kriminalisering må ha et legitimt formål

Som det fremgår ovenfor, utgjør kriminalisering et inngrep i borgernes frihetsfære. Nærmere bestemt vil en kriminalisering ofte være et inngrep i konstitusjonelle og menneskerettslige frihetsrettigheter.³⁴⁰

Hvis det skulle være slik at kriminalisering i visse tilfeller ikke er et inngrep i konstitusjonelt og menneskerettslig beskyttede frihetsretter, er kriminalisering et inngrep i borgernes handlingsfrihet.³⁴¹ Dermed krever kriminaliseringsprinsippene at en kriminalisering er forankret i et legitimt formål. Det følger av skadefølgeprinsippet, som er det overordnede og kanskje mest sentrale av kriminaliseringsprinsippene.³⁴² For øvrig er det, uavhengig av positivt rettsgrunnlag, lite kontroversielt at en kriminalisering ikke kan forankres i illegitime formål.

I det følgende rettes fokuset mot hvilke grenser og føringer kravet om at et inngrep må forankres i et legitimt formål, legger på lovgiver ved kriminalisering. I punkt 5.3.2 drøftes noen klare tilfeller. I punkt 5.3.3 undersøkes en del grensetilfeller. Her er skadefølgeprinsippet sentralt. I punkt 5.3.4 klarlegges det hvilken systematiserende funksjon kravet om et legitimt formål ved kriminalisering har.

5.3.2 Klare tilfeller

a) Kriminalisering med formål å beskytte grunnleggende frihetsretter

Som allerede nevnt er det ikke bare selve bruken av straff i konkrete saker, men også kriminalisering, som må forankres i legitime formål.³⁴³ Det er klart at et inngrep som har som formål å vareta interesser og rettigheter som er vernet i Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter, forfølger et legitimt formål.

340 Kapittel 3 punkt 3.3.

341 Kapittel 3 punkt 3.2 og 3.3.4.

342 Kapittel 4 punkt 4.3.2 f).

343 Punkt 3.

Staten har sågar etter Grunnlov og EMK en positiv forpliktelse til å beskytte flere av disse rettsgodene ved å kriminalisere handlinger. EMD har i flere avgjørelser slått fast at det med grunnlag i konvensjonsrettighetene gjelder positive forpliktelser for statene til å kriminalisere visse handlinger som representerer inngrep i en persons frihetsretter.³⁴⁴ Jeg er enig med Gröning/Husabø/Jacobsen når de fremholder at det må legges til grunn at de særskilte sikringspliktene i Grunnloven § 93 og § 102 medfører en plikt for staten til å kriminalisere forsettlig handlinger som grovt krenker de rettighetene som beskyttes i Grunnloven.³⁴⁵ Vi ser altså at det er en nær sammenheng mellom Grunnlovens frihetsretter og bruk av straff. Nærmere bestemt er kanskje hovedformålet med strafferetten å vareta og beskytte de individuelle rettsgodene som er vernet i Grunnloven. Sett i dette perspektivet er strafferetten en balanse mellom utgangspunktet, som er å respektere og sikre individets frihet ved å holde kriminalisering av handlinger innenfor klare rammer (negativ forpliktelse), og på den annen å kriminalisere de handlingene som på utilbørlig måte griper inn i et individs frihet (positiv forpliktelse).³⁴⁶

b) Kriminalisering med grunnlag i formål som er i strid med grunnleggende frihetsretter

Dersom et inngrep i form av kriminalisering er motivert i et formål som vil være i strid med overordnede rettsnormer å forfølge, vil inngrepet ikke være legitimt.³⁴⁷ Som eksempel kan nevnes inngrep som er motivert i diskriminering (Grunnloven § 98 og EMK artikkel 14). Å begrense kritikk mot myndighetene, å begrense mulighetene for å debattere spørsmål av politisk, moralsk eller religiøs karakter eller å ensrette og standardisere verdispørsmål vil alle være illegitime formål for en kriminalisering. Et annet ofte nevnt eksempel på en kriminalisering ut fra et formål som er illegitimt ut fra Grunnloven, er kriminalisering av ekteskap mellom kristne og muslimer.³⁴⁸ Også uavhengig av overordnede rettsnormer er det visse motiver som vil være illegitime, for eksempel å ramme en gruppe negativt ut fra rent politiske preferanser.³⁴⁹

344 Bl.a. *M. C. mot Bulgaria*, sak nr. 39272/98, dom 4. desember 2003 og *Siliadin mot Frankrike*, sak nr. 73316/01, dom 26. juli 2005. Se også *Söderman mot Sverige*, sak nr. 5786/08, storkammerdom 12. november 2013 avsnitt 82, hvor det uttales at ved «serious acts such as rape and sexual abuse of children, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, it falls upon the member States to ensure that efficient criminal-law provisions are in place».

345 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 80.

346 Lignende Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 45–47.

347 Grimm 2007 s. 383–397 på s. 388; Barak 2012 s. 255–257 og Kaspar 2014 s. 117.

348 Lignende Frände 2004 s. 23–24.

349 Nærmere Schlink 2012 s. 723.

I storkammerdommen *Macaté mot Litauen*³⁵⁰ var faktum at en forfatter hadde skrevet en eventyrbok for barn. I stedet for at tradisjonelle eventyrkarakterer (eksempelvis prinser og prinsesser) var plassert i tradisjonelle heterofile forhold, var karakterene homofile og lesbiske. Det var ingen seksuelle skildringer av voksen karakter. Forfatteren var ansatt på universitetet og gav ut boken på universitetets forlag. Etter påtrykk fra politikere i parlamentet påla rektor forbud mot distribusjon av boken. Bøker som var distribuert, ble også tilbakekalt, med unntak av bøker som var distribuert til biblioteker. Det kom også inn en henvendelse om boken til Kulturdepartementet. Departementet oversendte boken til Inspektoratet for journalistikk. Inspektoratet konkluderte med at eventyrene inneholdt informasjon som var skadelig for mindreårige, slik angitt i lov om beskyttelse av mindreårige. Det fremgikk blant annet av begrunnelsen at «[a]n attitude, as formed in the two fairy tales, that same-sex couples can create a family is incompatible with the Constitution of the Republic of Lithuania, which provides that marriage is to be concluded upon the free mutual consent of a man and a woman (Article 38), and the Civil Code of the Republic of Lithuania, in accordance with which marriage may be contracted only with a person of a different sex (Article 3.12)».³⁵¹ Inspektoratet traff vedtak om at boken ikke skulle forbyes, men at utbredelsen av boken måtte begrenses. Hvis den skulle distribueres til steder hvor barn under 14 år hadde tilgang, måtte omslaget være nøytralt. Boken skulle også påføres en godt synlig advarsel om at den «may have a negative impact on persons under the age of 14».³⁵² Overtredelse av pålegget kunne møtes med en advarsel eller bot (forvaltningssanksjon).

Klager anla sak for nasjonale domstoler for å få kjent vedtaket ugyldig, men nådde ikke frem. Det ble derfor klaget til EMD med påstand om at vedtaket krenket retten til yttringsfrihet i EMK artikkel 10.

Etter å ha slått fast at vedtaket var et inngrep i yttringsfriheten, og at det hadde et tilstrekkelig klart rettsgrunnlag, gikk domstolen over til å drøfte om inngrepet forfulgte et legitimt formål. Staten hadde anført at det legitime formålet med inngrepet var todelt: for det første å beskytte barn mot seksuelt støtende innhold, for det annet å beskytte dem mot innhold som «‘promoted’ same sex-relationships, by representing those relationships as superior to different-sex relationships and by ‘insulting, ‘degrading’ or ‘belittling’ the latter».³⁵³

350 Sak nr. 61435/19, storkammerdom 23. januar 2023.

351 Avsnitt 23.

352 Avsnitt 23.

353 Avsnitt 189.

Hva gjaldt det første formålet, mente EMD at det ikke var grunnlag for å beskrive de aktuelle passasjene i boken som seksuelt støtende. Formuleringen gjaldt konkret at en prinsesse hadde sovet i armene på en annen kvinne natten etter at de giftet seg. Det ble i tillegg vist til at inspektoratet ikke hadde benyttet hjemmelen som åpnet for å forby seksuelt støtende materiale da de traff sitt vedtak. Å beskytte barn mot seksuelt støtende innhold kunne altså ikke brukes som legitimt formål med inngrepet.

Hva gjaldt det andre anførte formålet, å beskytte barn mot «promotering» av likekjønnede forhold, uttalte EMD at nasjonale domstoler ikke hadde begrunnet hvorfor eventyrene fremhevet likekjønnede forhold som overlegne. Staten hadde heller ikke begrunnet standpunktet tilstrekkelig etter at nasjonale domstoler hadde inntatt standpunktet. Etter domstolens oppfatning var det beskrivende å si at boken tvert imot fremmet toleranse og aksept overfor ulike marginaliserte grupper. Domstolen gikk videre og uttalte (kanskje noe overraskende) følgende:

The Court further observes that the legislative history of section 4 § 2 (16) shows that, despite the absence of explicit references to sexual orientation in that provision, *the underlying legislative intent was to restrict information about same-sex relationships*. After an unsuccessful attempt, in 2006, to include in the Minors Protection Act a provision which would declare as harmful to children information «related to encouraging homosexual relations» (see paragraph 69 above), several further proposals were made between 2007 and 2009 to restrict information which «advocate[d] in favour of» or «promote[d]» homosexual, bisexual or polygamous relations [...]. The latter wording was eventually adopted by the Seimas, and after the President vetoed the amendment, the Seimas voted to overrule the veto [...]. Thus, on 14 July 2009 the provision that categorised as harmful to minors information which ‘promote[d] homosexual, bisexual or polygamous relations’ became law (min kursivering).³⁵⁴

Det ble videre vist til at det fremgikk av lovforarbeidene fra debatten i parlamentet at hovedformålet med reformuleringer av loven var å unngå internasjonal kritikk, og at det man ønsket, var å finne en formulering i loven som gjorde det mulig å beskytte barn mot informasjon om homoseksuelle og biseksuelle forhold. Domstolen konkluderte med at den hadde «no doubt that the intended aim of section 4 § 2 (16) was to restrict children’s access to content which presented same-sex relationships as being essentially equivalent to different-sex relationships».³⁵⁵

354 Avsnitt 195.

355 Avsnitt 198.

Det ble konkludert med at inngrepet (og da loven som hjemlet inngrepet) ikke varetok et legitimt formål.

Vi er her vitne til at EMD gjør en ganske intens indre, materiell prøvelse av det legitime formålet med lovbestemmelsen som hjemlet inngrepet. Nærmere bestemt legger ikke EMD uprøvd til grunn det staten anfører om hva som er det legitime formålet. Det gjøres en grundig vurdering av om statens anførsler om formålet er korrekte. Her fant domstolen at det underliggende formålet med inngrepet var å beskytte barn mot informasjon om homoseksuelle og biseksuelle forhold. Det var et illegitimt formål for å gripe inn i ytringsfriheten. Storkammerdommen viser at dersom det skulle være behov for det, vil domstolen underkjenne lovgivning, herunder straffelovgivning, som har direkte og ganske solid demokratisk forankring, hvis den bygger på formål som er i strid med grunnleggende frihetsretter. Dommen viser også at EMD ikke overlater mye skjønn til medlemsstatene når det gjelder å vurdere hva som er et legitimt formål med et inngrep.

c) Kriminalisering utelukkende for å tilfredsstille folkeopinionens følelser

I EMDs dom *Vanjai mot Ungarn*³⁵⁶ var saksforholdet at klager i forbindelse med en politisk demonstrasjon hadde båret en rød stjerne på jakkeslaget («den røde stjerne»). Den var 5 cm i diameter. Stjernen er blant annet et symbol brukt av den internasjonale arbeiderbevegelsen. Klager var nestleder i et lovlig registrert venstrefløy-parti. Klager ble straffedømt for å ha brutt et straffebud som kriminaliserte å bære et totalitært symbol. Domstolen avsto fra å ilegge noen sanksjon i en prøveperiode på ett år, altså et slags betinget straffutmålingsfravall.

Klager brakte saken inn for EMD med påstand om krenkelse av retten til ytringsfrihet i EMK artikkel 10. Ved vurderingen av om det hadde skjedd en krenkelse, uttalte domstolen blant annet:

The Court is of course aware that the systematic terror applied to consolidate communist rule in several countries, including Hungary, remains a serious scar in the mind and heart of Europe. It accepts that the display of a symbol which was ubiquitous during the reign of those regimes may create uneasiness among past victims and their relatives, who may rightly find such displays disrespectful. It nevertheless considers that such sentiments, however understandable, cannot alone set the limits of freedom of expression. Given the well-known assurances which the Republic of Hungary provided legally, morally and materially to the victims of communism, such emotions cannot be regarded as

356 Sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008.

rational fears. *In the Court's view, a legal system which applies restrictions on human rights in order to satisfy the dictates of public feeling – real or imaginary – cannot be regarded as meeting the pressing social needs recognised in a democratic society, since that society must remain reasonable in its judgement.* To hold otherwise would mean that freedom of speech and opinion is subjected to the heckler's veto (min kursivering).³⁵⁷

En kriminalisering som gjøres utelukkende for å tilfredsstille borgernes følelser (både reelle og ikke-reelle), bygger altså ikke på et legitimt formål. Det kreves et minimum av rasjonalitet for at formålet med en kriminalisering skal være legitimt.

d) *Kriminalisering uten noe eller svært vidt angitt formål*

i) Allment om rettslige grenser for kriminalisering uten noe eller med svært vidt angitt formål

På samme måte som at et inngrep ikke kan gjøres med grunnlag i et illegitimt formål, kan det ikke gjøres inngrep som ikke er forankret i noe bestemt formål. Eksempelvis vil et inngrep i form av kriminalisering som ikke er forankret i noe som helst formål, men kun begrunnet i at det er ønskelig eller hensiktsmessig å kriminalisere, være et vilkårlig myndighetsinngrep.³⁵⁸

Med grunnlag i kravet om at et inngrep må ha et legitimt formål, må det også kreves at det legitime formålet ved et inngrep, eksempelvis en kriminalisering, ikke er svært vidt eller ubestemt. Det må med andre ord oppstilles en viss grad av presisjon ved lovgivers angivelse av formålet med en kriminalisering.³⁵⁹ Ut fra den funksjonen kravet om legitimt formål ved inngrep har, må formålsangivelsen ikke være så vid, vag eller upresis at det ikke er mulig å vurdere om inngrepet er egnet til å vareta formålet, og om det er nødvendig.³⁶⁰ Et lignende krav følger av formelle rettsstatlige begrensninger, nærmere bestemt legalitetsprinsippets krav om presisjon ved kriminalisering (*lex certa*) i Grunnloven § 96. Sagt med andre ord kan en

357 Avsnitt 57. «Heckler's veto» er navnet på en situasjon hvor en person er uenig med et utsagn som fremsettes av en annen. Førstnevnte opptrer så på en måte som forhindrer at utsagnet får komme frem, for eksempel med avbrytelser, kansellering mv., og uten at dette er i samsvar med loven. Professor Harry Kalven er begrepets opphavsmann. Nærmere Wikipedia, «Heckler's veto», https://en.wikipedia.org/wiki/Heckler%27s_veto (sist besøkt 17.9.23).

358 Hassemer 2003 s. 64: «Das Verbot eines Verhaltens unter Strafdrohung, das sich auf ein Rechtsgut nicht berufen kann, wäre Staatsterror.» Se også Frände 2004 s. 22 og Roxin/Greco 2020 s. 30.

359 Likedan Jacobsen 2019 s. 312.

360 Kaspar 2014 s. 132.

svært vid eller ubestemt angivelse av det legitime formålet med kriminaliseringen komme på kant med maktfordelingsprinsippet og demokratiprinsippet, som § 96 bygger på og er utslag av.

Når man konsulterer EMD-praksis, vil man se at domstolen har signalisert at det stilles visse minstekrav til presisjon ved angivelse av det legitime formålet med en kriminalisering. I storkammerdommen *S. A. S. mot Frankrike*³⁶¹ var hovedspørsmålet om en kriminalisering av å bære bekledning som dekket ansiktet, var i strid med EMK artikkel 8 og 9. Staten hadde blant annet anført at de legitime formålene med kriminaliseringen var «respect for the minimum requirements of life in society» og «living together». Sistnevnte begrep var brukt som begrunnelse for kriminaliseringen i forarbeidene til loven. Staten hevdet at disse begrunnelsene hadde sammenheng med «protection of the rights and freedoms of others», som konvensjonsteksten uttrykkelig angir som et legitimt formål for inngrep. EMD uttalte følgende:

The Court takes into account the respondent State's point that the face plays an important role in social interaction. It can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question. The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier. That being said, in view of the flexibility of the notion of 'living together' and the resulting risk of abuse, the Court must engage in a careful examination of the necessity of the impugned limitation.³⁶²

Domstolen fant det altså nødvendig selv å presisere relativt grundig hva som konkret lå i «protection of the rights and freedoms of others». Videre medførte lovgivers vide og noe upresise angivelse av det legitime formålet med kriminaliseringen at det ble stilt skjerpede krav til vurdering av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet.

EMDs dom i saken *Lacatus mot Sveits*³⁶³ følger samme linje. Problemstillingen var her om en generell kriminalisering av tigging på offentlig sted var i strid med

361 Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014.

362 Avsnitt 122.

363 Sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021.

EMK artikkel 8. Ved vurderingen av om inngrepet hadde et legitimt formål, uttalte EMD at undersøkelsen måtte ta utgangspunkt i formålene som nasjonale domstoler hadde ansett som legitime. Sveitsisk høyesterett hadde lagt til grunn at kriminaliseringen av tigging på offentlig sted var forankret i flere legitime formål. Det første formålet med kriminaliseringen var «protecting public order and ensuring public safety and peace».³⁶⁴ EMD uttalte at det ikke kunne utelukkes at visse former for tigging på offentlig sted, særlig aggressive former for tigging, kunne virke plagende for forbipasserende og næringsdrivende i området hvor slik tigging forekom. Vi ser her at Domstolen ikke legger til grunn det vidt angitte formålet, men selv presiserer nærmere hva som ligger i det: Visse former for tigging på offentlig sted, særlig aggressive former for tigging, kan virke plagende for forbipasserende og næringsdrivende i området hvor slik tigging forekommer.

I tillegg ble det ansett som et legitimt formål å «combat [...] begging networks, which often exploited people, in particular minors».³⁶⁵ EMD uttalte at spørsmålet om hvorvidt inngrepet forfulgte et legitimt formål, kunne holdes åpent, og at det var tilstrekkelig å vurdere om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn. Ved nødvendighetsvurderingen uttrykte EMD sterk tvil med hensyn til om kriminalisering av ofrene for menneskehandel var et effektivt virkemiddel for å beskytte dem mot menneskehandel. Argumentet ble tillagt stor vekt i retning av at inngrepet ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn, noe som også ble konklusjonen.

ii) Kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til eget bruk³⁶⁶

I 2018 ble Rusreformutvalget oppnevnt av regjeringen. En sentral del av mandatet var å utrede en endring av myndighetenes reaksjoner mot personer som tas for bruk og besittelse av narkotika til eget bruk, fra straff til hjelp, behandling og oppfølging.³⁶⁷ Utvalget foreslo avkriminalisering.³⁶⁸ Avgjørende var at en fortsatt kriminalisering fremstod som uforholdsmessig, holdt opp mot kravene til kriminalisering som følger av skadefølgeprinsippet.³⁶⁹ Departementet kom til samme konklusjon.³⁷⁰

364 Avsnitt 96.

365 Avsnitt 96.

366 Dette punktet bygger i det vesentlige på Rui 2022a s. 53–58 og Rui 2022b s. 613–633.

367 NOU 2019: 26 s. 20–21.

368 NOU 2019: 26 s. 376.

369 NOU 2019: 26 s. 247–269.

370 Prop. nr. 92 L (2020–2021) s. 33–35.

Da lovsaken ble behandlet i Stortinget, ble likevel resultatet at et flertall (Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Senterpartiet) ikke støttet en generell avkriminalisering. Sentralt for standpunktet var at flertallet var bekymret for signaleffekten avkriminalisering ville ha, og at bruk av narkotika slik ville ufarliggjøres.³⁷¹ Flertallet var særlig bekymret for konsekvensene en slik reform ville ha for narkotikabruken blant ungdom. Videre ble kriminaliseringen begrunnet med at narkotikabruk rammer både enkeltpersoner, familier og samfunnet generelt: «Mange rusavhengige lever i fattigdom, under uverdige forhold og sliter med psykiske og fysiske plager. Personer med ruslidelser har i dag vesentlig kortere levetid enn andre grupper i samfunnet. Flertallet mener at alle rusavhengige har rett på et verdig liv og nødvendig helsehjelp.»³⁷² Et mindretall av flertallet (Arbeiderpartiet og Senterpartiet) gikk inn for at kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk ikke lenger skulle gjelde for tunge rusavhengige. Bruk og besittelse til eget bruk for andre enn tunge rusavhengige skulle likevel være kriminalisert.³⁷³ Mindretallet (Høyre, Kristelig folkeparti, Sosialistisk venstreparti og Venstre) støttet regjeringens forslag om avkriminalisering.

Resultatet ble dermed at Stortinget den 3. juni 2021 stemte ned forslaget om en generell avkriminalisering. Forslaget om at kriminaliseringen ikke skulle gjelde tunge rusmisbrukere, fikk heller ikke flertall. Det ble begrunnet med at man i strafferetten vil ha vanskelig for å operere med en straffetrussel for noen, men ikke alle, for samme type handling.³⁷⁴ En slik løsning vil utfordre kravet til likhet for loven i Grunnloven § 98.³⁷⁵

I HR-2022-731-A kom, som nevnt ovenfor, Høyesterett (noe oppsiktsvekkende) til at kriminalisering og bruk av straff for rusavhengige ikke er et «inngrep» etter EMK artikkel 8. Høyesterett gikk likevel videre og drøftet om kriminalisering og bruk av straff var forholdsmessig, herunder om kriminaliseringen bygget på et legitimt formål. Ved vurderingen av om kriminaliseringen hadde et legitimt formål, uttalte Høyesterett innledningsvis:

Straff for befatning med narkotika forfølger videre generelt et *legitimt formål*. Departementet drøfter i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) forslaget fra Straffelovkommisjonens flertall om å avkriminalisere bruk av narkotika samt erverv og besittelse til egen bruk. I punkt 4.2.2.5 på side 93 fremheves skadevirkningene av narkotikabruk for brukernes familie og sosiale miljø, for

371 Innst. 612 L (2020–2021) s. 7 og 16.

372 Innst. 612 L (2020–2021) s. 7.

373 Innst. 612 L (2020–2021) s. 18 og 30.

374 Innst. 612 L (2020–2021) s. 17.

375 Innst. 612 L (2020–2021) s. 18.

samfunnets økonomi og for den generelle trygghet og fred. På side 94 påpeker departementet videre at kriminalisering er viktig av hensyn til allmennprevensjonen og for å markere grunnleggende verdier i samfunnet. Etter en samlet avveining kom departementet den gangen til at forslaget fra kommisjonen ikke burde følges opp.

Overordnet er allmennprevensjon og vern om folkehelsen et sentralt formål bak straffebestemmelsene om narkotikalovbrudd, jf. også plasseringen av straffeloven § 231 i kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø. I avvisningsavgjørelsen 3. oktober 2006 *Palusiński mot Polen* [EMD-2000-62414] konstaterte EMD uten videre drøftelse at 'protection of health and morals' var et legitimt formål.

Høyesterett viser i første avsnitt til uttalelser i forarbeider som er fra tiden før Stortinget drøftet rusreformen. De har da ikke noen betydning for hvordan Stortinget vurderte legitimiteten av kriminaliseringen i forbindelse med behandlingen av rusreformen. I tillegg gav Stortinget ved behandlingen av rusreformen uttrykk for et annet syn på legitimiteten av bruk av straff overfor tunge rusmisbrukere enn det som fremkommer her.

For øvrig vises det til allmennprevensjon som et legitimt formål for kriminalisering. Allmennprevensjon er et legitimt formål når lovgiver vurderer kriminaliseringens virkninger. Når man tar stilling til om formålet med en kriminalisering er legitim, er derimot spørsmålet hva som er legitimt å kriminalisere. Allmennprevensjon er uegnet som redskap for å vurdere om en kriminalisering har et legitimt formål.³⁷⁶ Det er forholdsmessighetsprinsippet og skadefølgeprinsippet som er styrende for om en kriminalisering er legitim.

I sitatet vises det til EMDs avvisningsavgjørelse *Palusiński mot Polen*.³⁷⁷ Avgjørelsen brukes som argument for at kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til eget bruk bygger på et legitimt formål. Faktum var her at klager hadde publisert en bok om narkotika. Forfatteren skrev blant annet

376 Frøberg 2020 s. 42–43. Det uttales her at bruken av straff i Norge gjennomgående begrunnes med dens preventive virkning. Deretter fremholdes: «Denne begrunnelsen for bruken av straff forteller oss imidlertid ikke hvilke konkrete handlinger eller unnlaterelser som bør straffes. Dersom man beslutter at det å ferdes på offentlig sted iført knallgule bukser skulle straffes med 30 års fengsel, ville nok de færreste dristet seg ut iført slike grelle plagg. Men denne preventive virkningen kan selvfølgelig ikke rettferdiggjøre et slikt straffebud. Dette illustrerer at det å belegge en konkret atferd med straff – kriminaliseringen – krever en særskilt begrunnelse.» Se også Frøberg 2010 s. 45. Se også Jareborg 1985 s. 1.

377 Sak nr. 62414/00, avvisningsavgjørelse 3. oktober 2006.

hvordan man kunne skaffe seg narkotika, og hvordan det skulle brukes. Ifølge staten og EMD var boken «designed to show that the narcotics described [brought] immediate pleasure and unforgettable experiences [...] and, more importantly, that taking the doses suggested by the defendant [...] [would] not have any negative consequences for life and health».³⁷⁸ Han ble dømt til bot for overtredelse av et straffebud som rammet «[a]nyone who, for financial gain or in pursuit of personal goals, provides another person with narcotic or psychotropic products, facilitates their use or incites others to use them».³⁷⁹ Klager påstod krenkelse av EMK artikkel 10. Staten hadde anført at det legitime formålet med straffen var «the protection of health and morals», og EMD gav staten medhold i det. I denne saken var det ikke tvilsomt at kriminaliseringen bygget på et legitimt formål.

Avvisningsavgjørelsen medfører imidlertid ikke at enhver bruk av straff for atferd som har tilknytning til narkotika, har et legitimt formål i samtlige av Europarådets medlemsstater. Etter EMDs praksis er vurderingen av om inngrepet har et legitimt formål, knyttet til det eller de konkrete formålene som staten har bygget inngrepet på. Som eksempel kan nevnes *S. A. S. mot Frankrike*.³⁸⁰ Ved vurderingen av kriminaliseringen av å bære heldekkende hodeplagg (burka, nikab) drøftet EMD om formålene som staten hadde bygget kriminaliseringen på, var legitime. I tillegg til å fremme og legge til rette for sosial interaksjon i samfunnet hadde staten anført at kriminaliseringen skulle sikre «respect for equality between men and women, respect for human dignity».³⁸¹ Hva gjaldt det første formålet, kom EMD til at det var et legitimt formål med kriminaliseringen. Etter å ha slått fast at et forbud mot å tvinge kvinner til å bruke heldekkende hodeplagg klart ville ha et legitimt formål, uttalte domstolen at «a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women – such as the applicant – in the context of the exercise of the rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms».³⁸²

EMD kom også til at respekt for menneskeverdet ikke kunne brukes som et legitimt formål med kriminaliseringen:

[R]espect for human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The Court is aware that the clothing

378 «The law», C. Compliance with Article 10, 2. The Court's assessment.

379 «The facts», B. Relevant domestic law, 2. Relevant provision of the Prevention of Drug Act.

380 Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014. Se også *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 95–98.

381 Avsnitt 116.

382 Avsnitt 119.

in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy. It notes in this connection the variability of the notions of virtuousness and decency that are applied to the uncovering of the human body. Moreover, it does not have any evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others.³⁸³

En konsekvens av domstolens tilnærming til vurderingen av legitimt formål er at samme inngrep både kan være i strid med og i samsvar med kravet om et legitimt formål. For vårt tilfelle kan en kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til eget bruk etter omstendighetene bygge på et legitimt og et illegitimt formål. Det avgjørende er hvordan lovgiver har begrunnet den konkrete kriminaliseringen.

Høyesterett uttalte videre følgende i drøftelsen av om kriminaliseringen hadde et legitimt formål:

Spørsmålet er om dette – i lys av Stortingets behandling av rusreformforslaget – må vurderes annerledes når det gjelder straff for rusavhengiges befatning med stoff til egen bruk. Etter mitt syn gir ikke stortingsbehandlingen grunnlag for å si at straff for slike overtredelser ikke lenger har et legitimt formål. Jeg minner om at et flertall i stortingskomiteen ikke gikk inn for avkriminalisering, heller ikke for tungt rusavhengige. Flertallet var bekymret for signaleffekten av en avkriminalisering, for at bruk av narkotika ville ufarliggjøres og for konsekvensene en slik reform ville ha for narkotikabruken blant ungdom, se Innst. 612 L (2020–2021) side 7. Men det var som nevnt bred enighet om at straff er lite hensiktsmessig for tungt rusavhengige, og om at reaksjonene må tilpasses de utfordringene disse har. Jeg ser det på bakgrunn av stortingsbehandlingen slik at kriminalisering av befatning med narkotika fortsatt har et legitimt formål også overfor rusavhengige, men at lovgiversignalene må trekkes inn ved valg av reaksjonsform.³⁸⁴

Førstvoterende viser til at et flertall i stortingskomiteen ikke gikk inn for avkriminalisering, heller ikke for tungt rusavhengige. At flertallet i stortingskomiteen hadde et slikt standpunkt, forankres med en henvisning til side 7 i innstillingen

383 Avsnitt 120.

384 HR-2022-731-A avsnitt 38.

til Stortinget. Etter min vurdering er dette en uriktig forståelse av forarbeidsuttalelsene. Storkomiteen uttaler følgende på s. 7:

Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Senterpartiet, støtter ikke regjeringens rusreform og forslaget om *en generell avkriminalisering* av narkotika til eget bruk. Flertallet er bekymret for signaleffekten en avkriminalisering vil ha, og at bruk av narkotika slik ufarliggjøres. Flertallet er særlig bekymret for konsekvensene en slik reform vil ha for narkotikabruken blant ungdom (min kursivering).³⁸⁵

Som vi ser, er det uriktig at flertallet i komiteen ikke gikk inn for avkriminalisering, *heller ikke for tungt rusavhengige*, slik førstvoterende skriver. Det komiteen derimot uttaler, er at den ikke støtter forslaget om en *generell* avkriminalisering av narkotika til eget bruk. «Generell» brukes i teksten for å gi uttrykk for nettopp det, at flertallet ikke ønsket en generell avkriminalisering, men en differensiert avkriminalisering.

Dette bekreftes når man leser andre steder i komiteens dokument. Medlemmene fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet uttaler på s. 6 at de «ønsker et straffritak for personer med tung rusavhengighet». På samme måte s. 11, der de samme partiene ber regjeringen utrede og fremme forslag om endringer i lovverket som «sikrer en avkriminalisering for bruk og besittelse av mindre brukerdoser for tunge rusavhengige, slik at denne gruppen møtes med god helsehjelp og oppfølging istedenfor straffereaksjoner». Og på s. 17 uttaler partiene som var mot en generell avkriminalisering av bruk og besittelse til eget bruk (Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Senterpartiet), at «det er stor enighet, både politisk og faglig, om at rusavhengige har et stort behov for både helse- og sosialtjenester, og at straff er svært lite hensiktsmessig for denne gruppen». Det er ikke tvil her om at flertallet på Stortinget mente at tunge rusmisbrukeres bruk eller besittelse til eget bruk ikke skulle møtes med straff. Høyesterett er faktisk av samme oppfatning. I sitatet ovenfor uttales det at det var «bred enighet om at straff er lite hensiktsmessig for tungt rusavhengige». I HR-2022-732-A er Høyesterett enda klarere når det uttales at «det er klart at lovgiverens samstemte oppfatning om at rusavhengige skal hjelpes, ikke straffes, må få stor innflytelse på straffutmålingen».³⁸⁶

385 Innst. 612 L (2020–2021).

386 Avsnitt 9. Se lignende i HR-2022-733-A avsnitt 11, hvor det uttales at kjerneområdet for den brede politiske enigheten i Stortinget er knyttet til rusavhengiges bruk og befatning med mindre mengder narkotika til eget bruk. Det uttales deretter: «Denne gruppen bør ikke lenger møtes med straff, men få helsemessig oppfølging.»

Bestemmende for at Stortinget likevel opprettholdt kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk av narkotika for tunge rusmisbrukere, var at et flertall av partiene mente at en differensiering mellom tunge rusmisbrukere og andre brukere utfordret kravet om likhet for loven, jf. Grunnloven § 98.³⁸⁷ Sagt med andre ord er likhet for loven det eneste bærende formålet med å kriminalisere tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk av narkotika.

Etter min oppfatning er dette ikke et formål som kan legitimere kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk av narkotika.³⁸⁸ For det første kan ikke en grunnlovsbestemmelse som er ment å gi og gir borgerne grunnleggende rettigheter overfor staten, brukes for å påføre en gruppe borgere et inngrep. Lovgivers resonnement medfører nettopp det. Man straffer tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til eget bruk (som man mener det ikke er grunnlag for å straffe), fordi man ønsker å opprettholde kriminaliseringen overfor personer som ikke er tunge rusmisbrukere.

For det annet: Å straffe tunge rusmisbrukere for bruk og besittelse til eget bruk alene fordi man ønsker å straffe personer som har slik befatning med narkotika, men ikke er rusavhengige, betyr i praksis at tunge rusmisbrukere brukes som objekter/redskaper for å opprettholde en kriminalisering rettet mot andre. Å tuft en kriminalisering på et slikt formål er problematisk opp mot kravet til menneskeverd. Det styrkes av at man kriminaliserer en gruppe som ofte er ressursvake og syke, utelukkende for å kunne bruke straff overfor en gruppe som står klart sterkere (typisk leilighets- og rekreasjonsbrukere). EMD har fremhevet at menneskeverdet («human dignity») utgjør «the very essence of the Convention».³⁸⁹ I dommen *Lacatus mot Sveits*³⁹⁰ var spørsmålet om en generell kriminalisering av tigging på offentlig sted var i strid med EMK artikkel 8. Domstolen konkluderte med krenkelse. Sentralt i begrunnelsen var at kriminaliseringen grep inn i klagers menneskeverd, og da kjernen i beskyttelsen av retten til privatliv etter EMK artikkel 8.³⁹¹ Klager hadde på grunn av fattigdom, analfabetisme og arbeidsløshet ikke annen mulighet til å skaffe seg utkomme enn å tigge. Beskyttelse av menneskeverdet

387 Innst. 612 L (2020–2021) s. 18.

388 Rui 2022a s. 57–58.

389 *Vinter og andre mot Storbritannia*, sak nr. 66069/09; 130/10; 3896/10, storkammerdom 9. juli 2013 avsnitt 113; *Svinarenko og Slyadnev mot Russland*, sak nr. 32541/08 og 43441/08, storkammerdom 17. juli 2014 avsnitt 118; *Bouyid mot Belgia*, sak nr. 23380/09, storkammerdom 28. september 2015 avsnitt 89 og *Murray mot Nederland*, sak nr. 10511/10, storkammerdom 26. april 2016 avsnitt 101.

390 Sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021.

391 Avsnitt 115.

er også et grunnleggende prinsipp etter Grunnloven.³⁹² Høyesterett drøfter ikke om dette eneste formålet med kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk er legitimt, og herunder hvordan bruk av formålet forholder seg til menneskeverdet. Det burde vært gjort. Å legitimere kriminaliseringen med en henvisning til Grunnloven § 98 ville vært vanskelig.

En kriminalisering som ikke kan forankres i et legitimt formål identifisert av lovgiver, er i strid med EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.

Det kan generelt være forståelig at Høyesterett ikke ønsker å «trå lovgiver for nær» i kriminaliseringsspørsmål. I tillegg kommer at Høyesterett konkluderte med at straff av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk «i alminnelighet» skal føre til straffutmålingsfrfall, og at Riksadvokaten har gitt uttrykk for at etterforskning av disse sakene som den klare hovedregel ikke vil skje. Om det treffes påtalevedtak, skal det være påtaleunntatelse. Intensjonen fra Høyesterett og Riksadvokaten er altså at det i praksis sjelden vil forekomme merkbar bruk av straff overfor tunge rusmisbrukere for bruk og besittelse av narkotika til eget bruk. Det kan anføres at denne fremgangsmåten har vært mer skånsom overfor lovgiver, samtidig som man i praksis har fått etablert en rettstilstand hvor tunge rusmisbrukere i praksis ikke straffes på en merkbar måte for bruk av narkotika og besittelse til eget bruk.

Etter min oppfatning har likevel Høyesterett i for stor grad kommet Stortinget i møte. Slik Stortinget har begrunnet kriminaliseringen, er den svært vanskelig å forene med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. På sikt kan det være et gode at den dømmende makt i noe større grad trekker opp visse konstitusjonelle og menneskerettslige grenser for Stortingets frihet til å ta i bruk statens strengeste virkemiddel mot borgerne. Mindretallets behov for vern av grunnleggende menneskerettigheter øker proporsjonalt med flertallets bruk av lovgivningsaktivisme og -populisme, og da særlig på området for kriminalisering og bruk av straff.

Jeg har fått opplyst at det ved noen politidistrikter i visse tilfeller utferdiges forelegg for tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til eget bruk. Reaksjonen er påtaleunntatelse. Det skjer også at det tas ut tiltale for tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til eget bruk i konkurrans med andre tiltaleposter, eksempelvis kjøring under ruspåvirkning. Også om man ser bort fra de menneskerettslige sidene av praksisen, gir det i et allmenn- og individualpreventivt perspektiv liten mening verken å utferdige forelegg eller å idømme straffutmålingsfrfall overfor tunge rusmisbrukere som har brukt narkotika, eller som er i besittelse av narkotika til eget bruk. Det fremstår videre som dårlig prioritering av

392 Kapittel 2 punkt 2.4.

begrensede ressurser. I mangel av andre rasjonelle grunner for denne praksisen er det en del som peker mot at det skjer for å gi politiet bedre statistikk på oppklaring av straffbare forhold. Å benytte tunge rusmisbrukere som et redskap og objekt for å produsere god statistikk på oppklaring av straffbare forhold er også et myndighetsinngrep innenfor rusfeltet som er vanskelig å forsvare ut fra kravet om respekt for menneskeverdet.

Domfelte i HR-2022-731-A brakte saken inn for EMD med påstand om krenkelse av EMK artikkel 8. Den 6. oktober 2022 traff EMD ved enedommer avgjørelse om avvisning av klagen, hvor det uttales: «The Court finds in the light of all the material in its possession that the matters complained of do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto. Accordingly, these complaints are manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a).»³⁹³ Siden avgjørelsen ikke er begrunnet, er det ikke mulig å vite hvorfor saken ble avvist. Ut fra drøftelsene ovenfor er det etter min oppfatning grunnlag for å stille spørsmål ved riktigheten av denne avgjørelsen.

iii) Kriminaliseringen av heleri og hvitvasking³⁹⁴

Det finnes en del eksempler på kriminaliseringer med en nokså vid og upresis angivelse av formålet med kriminaliseringen. I 1993 ble det gjort en vesentlig nykriminalisering av heleri og hvitvasking. Straffebudet (straffeloven 1902 § 317) satte straff for «den som mottar eller skaffer seg eller andre utbytte av en straffbar handling, eller som yter bistand til å sikre slikt utbytte for en annen». Departementet sammenfattet begrunnelsen for nykriminaliseringen slik:

Både organisert kriminalitet i stor stil og hvitvasking av penger er blitt et stadig økende problem. Etter de signaler departementet har fått blant annet fra påtalemyndigheten, er det grunn til å tro at det i Norge skjer hvitvasking i betydelig omfang også av utbytte fra andre forbrytelser enn narkotikaforbrytelser. Hvitvasking av penger skjer i enda større målestokk internasjonalt. Interpol regner med at hvitvaskerne stadig tilpasser sine operasjoner, og legger dem til de land som til enhver tid har dårligst utviklede kontrollsystemer. Det er et viktig mål å unngå at operasjonene blir lagt til Norge.

Omfanget av en rekke former for kriminalitet ville trolig blitt vesentlig redusert hvis det ikke hadde vært et godt utbygget apparat for å omdanne utbyttet

393 *Aker mot Norge*, sak nr. 39680/22, avgjørelse 6. oktober 2022, avsagt av dommer Lorraine Schembri Orland.

394 Dette punktet bygger i det vesentlige på Rui 2012 s. 112–116.

til tilsynelatende lovlig ervervede midler. Det gjelder etter departementets syn både for narkotikavirksomhet og for annen kriminalitet hvor det normalt er tanken på å skaffe seg en vinning som har vært motiverende for lovbruddet. Den som med åpne øyne og i stor stil hvitvasker utbyttet fra kriminelle handlinger, kan være vel så mye å *klandre* som den som har begått handlingen. Også sporadiske og mindre omfattende tilfeller av hvitvasking av penger er *samfunnsskadelig*. Under enhver omstendighet er det *straffverdig* å tjene penger på eller på annen måte skaffe seg fordeler av andres kriminelle virksomhet. I en del tilfeller vil nok gjerningspersonen dessuten være langt mer involvert i kriminalitet enn det påtalemyndigheten kan bevise. Det vil virke *støtende* om man da heller ikke kan straffe for hvitvasking, hvis dette lar seg bevise (min kursivering).³⁹⁵

Som det fremgår her, anså departementet disse handlingene som klander- og straffverdige samt samfunnsskadelige. Det ble også ansett som støtende om man ikke kunne straffe for hvitvasking hvis medvirkning til primærforbrytelsen ikke lot seg bevise. Innretningen på begrunnelsen av kriminaliseringen er her først å beskrive atferd man ønsker å kriminalisere, for deretter ved hjelp av vide, vage og nokså subjektive og ladede adjektiver å fordømme atferden. Det er vanskelig å få et klart grep om hva som er det presise legitime formålet med kriminaliseringen, eller sagt med andre ord, hvilket retts gode lovgiver her ønsket å beskytte. For det første er dette et problem for de folkevalgte. De bør gis klar, presis informasjon om hva som er formålet med den kriminaliseringen departementet foreslår. For det annet er klarhet og presisjon om formålet med kriminaliseringen viktig for rettsanvendere. Nærmere bestemt er formålet med kriminaliseringer viktig for tolkingen av straffebudet, særlig i grensetilfeller.

Hvilke retts goder beskytter så kriminaliseringen i § 317, samt dagens kriminalisering av heleri og hvitvasking i straffeloven §§ 332–340? For det første tar bestemmelsene sikte på å gi en generell utvidet beskyttelse av de retts godene som er beskyttet i samtlige straffebud, både i straffeloven og spesiallovgivningen. Dette kommer frem ved at objektet for heleri og hvitvasking er utbytte fra alle straffbare handlinger. Den utvidede beskyttelsen refererer seg altså til retts godene som er beskyttet i primærlovbruddet. Det andre retts godet som søkes vernet, er det offentliges behov for effektiv etterforskning, irettføring og pådømmelse av handlinger som krenker retts goder som er beskyttet i primærlovbruddet. Sagt med andre ord er formålet med kriminaliseringen å legge til rette for effektiv strafforfølgning av primærlovbrudd. Slik jeg leser Straffelovkomisjonens utredning, fremstår

395 Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) s. 10.

det offentliges behov for effektiv strafforfølging som den sentrale beskyttelsesinteressen bak kriminaliseringen, mens det utvidede vernet av rettsgodene som er beskyttet ved kriminaliseringen i primærlovbruddet, synes mer sekundært.³⁹⁶ Dette er i samsvar med begrunnelsen internasjonalt for å bekjempe hvitvasking med strafferettslige virkemidler.³⁹⁷ Ytterligere legitime formål med kriminalisering av særlig hvitvasking er at slik virksomhet kan bryte ned tilliten til bank- og finanssystemet, at hvitvasking kan medføre konkurransevridning, at det kan være skadelig for et lands økonomiske utvikling, og at det i ytterste konsekvens kan utgjøre en trussel mot den globale verdensøkonomien.³⁹⁸ Selv om disse hensynene ikke er nevnt i forarbeidene til lovendringen i 1993, er det klart at de begrunner kriminaliseringen.³⁹⁹

Det kan med grunnlag i det som er utledet ovenfor, ikke oppstilles glassklare krav til hvor presist det legitime formålet med en kriminalisering må angis. Men hvis kravet om at et inngrep må ha et legitimt formål, skal fylle sin funksjon, vil henvisninger til klanderverdighet, straffverdighet, rettferdighetsbetraktninger og støtende eller uakseptabel atferd være for vide og ubestemte. Jeg kan ikke se at så vide angivelser av det legitime formålet med en kriminalisering kan benyttes til en fornuftig undersøkelse av om en kriminalisering er egnet til å vareta formålet, om den går lenger enn nødvendig, og om den er proporsjonal. Det samme gjelder ved vurderingen av om bruk av straff i en konkret sak er forholdsmessig. Som jeg kommer nærmere tilbake til i kapittel 9, kan påtalemyndigheten og domstolene ikke benytte en straffebestemmelse til å vareta andre formål som i og for seg er legitime, men som ikke ligger til grunn for kriminaliseringen.⁴⁰⁰ Hvis det legitime formålet med kriminaliseringen er angitt å være straffverdighet, klander mv., gir formålsangivelsen ingen veiledning ved en formålsorientert tolking. For å kunne gjennomføre en

396 NOU 2002: 4 s. 303, hvor det uttales at «[h]ovedformålet med bestemmelsen om heleri og hvitvasking er å forebygge slike vinningsovertredelser, ved å gjøre det vanskeligere for gjerningspersonen å få glede av utbyttet». Blant annet på denne bakgrunnen foreslo Straffelovkomisjonen å plassere bestemmelsene om hvitvasking i den nye straffeloven i kapittelet med overskriften «Generelle bestemmelser til forebygging av andre straffbare handlinger».

397 Nærmere Rui 2012 s. 115 med videre henvisninger.

398 Nærmere Rui 2012 s. 72–81.

399 Se NOU 2002: 4 s. 303, hvor det uttales: «Internasjonalt er straffebud mot hvitvasking også begrunnet i at dette er tale om aktiviteter som kan bidra til å destabilisere samfunnsøkonomien og politiske institusjoner. Slik sett står straffebudet også 'på egne ben' uavhengig av hensynet til å forebygge annen vinningskriminalitet.» Se også Ot.prp. nr. 53 (2005–2006) s. 21: «Å kanalisere utbyttet av en straffbar handling inn i samfunnet for å tilsløre hvor det kommer fra, er ofte misbruk av økonomisk infrastruktur. Dessuten kan virksomhet som i seg selv er legal, men som reelt sett delfinansieres med utbytte fra straffbare handlinger i hvitvaskingsøyemed, utkonkurere legale virksomheter som ikke har noen slik tilknytning til kriminalitet.»

400 Kapittel 9 punkt 9.2.5 b).

fornuftig formålsbasert tolking av et straffebed må det presiseres hvilket eller hvilke konkrete rettsgoder kriminaliseringen er satt til å verne. Avgjørelsene i *S. A. S. og Lacatus* nevnt like ovenfor underbygger et slikt standpunkt.

iv) Kriminaliseringen av overtredelse av hvitvaskingsloven

Som eksempel på at henvisning til straffverdighet gir en for ubestemt (og i dette tilfellet uriktig) angivelse av hvilket retts gode som er benyttet ved en kriminalisering, kan nevnes kriminaliseringen av overtredelse av hvitvaskingslovens forpliktelser, jf. hvitvaskingsloven⁴⁰¹ § 51. Her foreskrives straff i form av bøter eller fengsel i inntil ett år, blant annet for å gjennomføre utilstrekkelige kundetiltak og for utilstrekkelig løpende oppfølging av kundeforhold. Departementet anfører som formål med kriminaliseringen at «[d]et kan etter omstendighetene være straffverdig i seg selv å legge til rette for hvitvasking og terrorfinansiering». Bruk av straff bør heller ikke være avhengig av at kriminelle faktisk har utnyttet den rapporteringspliktiges svakheter.⁴⁰²

Hvitvaskingslovens hovedformål er å «forebygge og avdekke» hvitvasking og terrorfinansiering, jf. § 1. Det gjøres ved at loven pålegger rapporteringspliktige å gjøre seg kjent med sine kunder (§§ 12–18), overvåke dem (§ 24), undersøke indikasjoner på hvitvasking og terrorfinansiering (§ 25) og rapportere mistanke om slik virksomhet til myndighetenes enhet for finansiell etterretning (§ 26). Enheten utarbeider så etterretningsanalyser, som brukes av andre myndigheter til bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering. Hovedformålet med hvitvaskingslovens bestemmelser er etter dette å fremskaffe etterretningsinformasjon til myndighetene.⁴⁰³ Det legitime formålet med en kriminalisering av brudd på disse handlepliktene blir dermed å gi og beskytte myndighetenes behov for at private rapporteringspliktige gir etterretningsinformasjon til myndighetene om hvitvasking og terrorfinansiering. Vi ser altså at departementets henvisning til «straffverdighet» er et for vidt angitt legitimt formål med kriminaliseringen. Det gir ikke et tydelig bilde av hvorfor overtredelsene er kriminalisert. Uklarheten er

401 Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering.

402 Prop. 40 L (2017–2018) s. 155.

403 Rui/Ringen/Rørholt 2021 s. 55–56 og HR-2024-761-A avsnitt 38: «Jon Petter Rui, *Om bankers rett til avslag/oppsigelse og plikt til avviking og avviking av kundeforhold grunnet i hvitvaskingsloven*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 1 2023, side 7, uttaler på denne bakgrunn at 'hovedformålet med hvitvaskingsloven er at rapporteringspliktige skal fremskaffe mest mulig etterretningsinformasjon med høyest mulig kvalitet'. Dette er jeg enig i. Rapporteringsplikten kan sees som lovens hovedforpliktelse, og kundetiltak, løpende oppfølging og undersøkelse av mistenkelige forhold understøtter rapporteringsplikten.» Se også avsnitt 47–48.

problematisk, siden en presis angivelse av det legitime formålet er påkrevd for å gjøre forstandige vurderinger av om kriminaliseringen er egnet, nødvendig og proporsjonal i snever forstand.

Departementet uttaler at det er straffverdig i seg selv «å legge til rette for hvitvasking og terrorfinansiering». Det er imidlertid på det rene at formålet med kriminaliseringen av overtredelse av hvitvaskingslovens regler ikke er å straffe personer fordi de har lagt til rette for hvitvasking og terrorfinansiering. Tvert imot gir hvitvaskingsloven rapporteringspliktige adgang til straffritt å gjennomføre transaksjoner som innebærer hvitvasking hvis den rapporteringspliktige sender rapport om transaksjonen til Økokrim, jf. hvitvaskingsloven § 26, jf. § 27.⁴⁰⁴ Departementet har altså ikke bare angitt et for vagt og upresist formål med kriminaliseringen, men også et uriktig formål. Straff for tilrettelegging av hvitvasking ilegges etter straffelovens bestemmelser som kriminaliserer heleri og hvitvasking, jf. straffeloven §§ 332–340. Straff for tilrettelegging av (medvirkning til) terrorfinansiering er kriminalisert i straffeloven §§ 135 og 136 a. Det er altså disse bestemmelsene som har som legitimt formål å straffe den som legger til rette for hvitvasking og terrorfinansiering, og ikke hvitvaskingsloven.

Allmennprevensjon og individualprevensjon vil også være for vide og vage begreper til at de kan begrunne en kriminalisering. Det er også andre forhold som forklarer at disse begrepene ikke kan tjene som legitime formål for en kriminalisering. Allmennprevensjon og individualprevensjon er legitime formål for straff. Nærmere bestemt er det to formål som er legitime å ta i betraktning når *kriminaliseringens virkninger* skal fastlegges. Når man tar stilling til om formålet med en kriminalisering er legitimt, er derimot spørsmålet *hva som er legitimt å kriminalisere*.⁴⁰⁵

Det er en sammenheng mellom legitime formål ved kriminalisering og legitime formål med straff: Etter at det legitime formålet med kriminaliseringer er angitt (hvilket retts gode som skal beskyttes med kriminaliseringen), blir neste spørsmål hva som er legitime formål med å straffe slik atferd. Et eksempel til illustrasjon: Ved kriminalisering/avkriminalisering av besittelse av narkotika til eget bruk må man først avklare hvilke retts goder kriminaliseringen skal vareta (varetakelse av

404 Rui/Ringen/Rørholt 2021 s. 311–313.

405 Likedan Frøberg 2020 s. 42. Det uttales her at bruken av straff i Norge gjennomgående begrunnes med dens preventive virkning. Deretter fremholdes: «Denne begrunnelsen for bruken av straff forteller oss imidlertid ikke hvilke konkrete handlinger eller unnlaterelser som bør straffes. Dersom man beslutter at det å ferdes på offentlig sted iført knallgule bukser skulle straffes med 30 års fengsel, ville nok de færreste dristet seg ut iført slike grelle plagg. Men denne preventive virkningen kan selvfølgelig ikke rettferdiggjøre et slikt straffebud. Dette illustrerer at det å belegge en konkret atferd med straff – *kriminaliseringen* – krever en særskilt begrunnelse.» Se også Frøberg 2010 s. 45.

folkehelsen). Deretter må det drøftes i hvilken grad prevensjonshensyn gjør seg gjeldende. I vår kontekst, som er forholdsmessighetsvurderinger ved kriminalisering, ser vi at graden av preventive virkninger av en slik kriminalisering vil være relevante ved egnethet, nødvendighet og (kanskje først og fremst) proporsjonalitet.

Kriminaliseringer kan som utgangspunkt ikke forankres i behov for signaleffekt eller med en ren henvisning til at kriminaliseringen vil ha en holdningsskapende effekt.⁴⁰⁶

e) Formål som generelt er legitime for en kriminalisering, kan i visse tilfeller være illegitime

I storkammerdommen *S.A.S. mot Frankrike*⁴⁰⁷ var som nevnt et sentralt spørsmål om en kriminalisering av å bære bekledning som dekket ansiktet, var i strid med EMK artikkel 8 og 9. I tillegg til å fremme og legge til rette for sosial interaksjon i samfunnet hadde staten anført at kriminaliseringen skulle sikre «respect for equality between men and women, respect for human dignity».⁴⁰⁸ Hva gjaldt det første formålet, kom EMD til at det ikke var et legitimt formål med kriminaliseringen. Etter å ha slått fast at et forbud mot å tvinge kvinner til å bruke heldekkende hodeplagg klart ville ha et legitimt formål, uttalte domstolen at «a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women – such as the applicant – in the context of the exercise of the rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms.»⁴⁰⁹

EMD kom også til at respekt for menneskeverdet ikke kunne brukes som et legitimt formål med kriminaliseringen:

[R]espect for human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The Court is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy. It notes in this connection the variability of the notions of virtuousness and decency that are applied to the uncovering of the human body. Moreover, it does not have any

406 Punkt 5.3.3 e) vi).

407 Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014. Se også *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 95–98.

408 Avsnitt 116.

409 Avsnitt 119.

evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others.⁴¹⁰

Både ivaretagelse av likestilling mellom kjønnene og – ikke minst – ivaretagelse av menneskeverdet er åpenbart formål som generelt er legitime å forankre en kriminalisering i. Likevel ser vi at begge disse formålene var illegitime begrunnelser for en kriminalisering i dette tilfellet. Det viser at vurderingen av om en kriminalisering har et legitimt formål, må gjøres konkret. Nærmere bestemt må spørsmålet vurderes opp mot hvordan den aktuelle kriminaliseringen er innrettet.⁴¹¹

5.3.3 Grensetilfeller: skadefølgeprinsippet

a) Innledning

Et interessant spørsmål er om det også ut over dette må oppstilles begrensninger og retningslinjer for kriminalisering med grunnlag i kravet om at inngrep må ha et legitimt formål. Som det fremgår ovenfor, er kriminalisering og straff samfunnets sterkeste virkemidler.⁴¹² Det taler med styrke for at det bør finnes visse begrensninger og retningslinjer for hvilke formål som er legitime å forfølge med straff. Det er derfor ikke overraskende at lovgiver i forarbeidene til straffeloven oppstiller kriminaliseringsprinsippene, som nettopp etablerer grenser og prinsipper for kriminalisering.⁴¹³ Det overordnede prinsippet for kriminalisering her er skadefølgeprinsippet.

Den mest grunnleggende konsekvensen av skadefølgeprinsippet er at man bør avkriminalisere – og i hvert fall ikke nykriminalisere – handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade.⁴¹⁴ Vi ser her at det er en nær sammenheng mellom kravet til at en kriminalisering må forankres i et legitimt formål, og skadefølgeprinsippet. Nærmere bestemt presiserer skadefølgeprinsippet at det som utgangspunkt kun er legitimt å kriminalisere atferd som skader, eller som er egnet til å medføre skade eller fare for skade på rettsgoder.

Temaet i det følgende er hvilke nærmere begrensninger og retningslinjer som følger av skadefølgeprinsippet ved kriminalisering. I b) klarlegges skadefølgeprinsippets

410 Avsnitt 120.

411 Se likedan *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 146–154.

412 Kapittel 3 punkt 3.2.

413 Se imidlertid Frøberg 2010 s. 46–48, som påviser at kriminaliseringsprinsippene bryter med den tidligere svært pragmatiske tilnærmingen til kriminaliseringsspørsmål.

414 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

funksjoner. I c) presenteres skadefølgeprinsippet overordnede innhold. I d) rettes fokuset mot prinsippet første element, nærmere bestemt krav til skadelige konsekvenser ved kriminalisering. I e) utdypes skadefølgeprinsippet annet element, at atferden som kriminaliseres, må skade beskyttelsesverdige rettsgoder. I punkt f) gjøres en sammenfatning av funnene.

b) Skadefølgeprinsippets funksjoner

Iforarbeiden til straffeloven fremholder lovgiver følgende om skadefølgeprinsippet:

Skadefølgeprinsippet kan ikke forstås som absolutte regler som avskjærer muligheten for å kriminalisere en handling som ikke medfører skade eller fare. Poenget med prinsippet er at det gir utgangspunkter som stiller krav om en særskilt tungtveiende begrunnelse dersom straff likevel skal tas i bruk. Selv om det kan oppstå spørsmål om hvor langt skadefølgeprinsippet rekker i vurderingen av enkeltspørsmål, gir prinsippet betydelig veiledning i kriminaliseringsspørsmålet. Av samme grunn kan ikke ulike syn på grensespørsmål tas til inntekt for at det hersker stor uenighet om prinsippet som sådant.⁴¹⁵

Som påvist ovenfor er det nær sammenheng mellom kriminaliseringsprinsippene og forholdsmessighetsprinsippet. Av særlig betydning her er sammenhengen mellom forholdsmessighetsprinsippet krav til at bruk av straff må ha et legitimt formål, og skadefølgeprinsippet. I forarbeidene til straffeloven uttales det at «[d]en mest grunnleggende konsekvensen av skadefølgeprinsippet er at man bør avkriminalisere – og i hvert fall ikke nykriminalisere – handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade».⁴¹⁶ Dersom man ser uttalelsene i lys av kravene til forholdsmessighet, nærmere bestemt den første komponenten i forholdsmessighetsprinsippet, angis det her at det overordnede legitime formålet ved bruk av straff er å forhindre skade eller fare for skade. Forarbeidene presiserer så visse situasjoner hvor straff ut fra grunnkravet om skade ikke bør brukes. Nærmere bestemt bør straff normalt ikke brukes for å verne moralske eller religiøse normer, for å verne den enkelte mot ulike former for ubehag og for å tvinge frem hjelp. Straff bør som hovedregel ikke brukes mot skade noen gjør på seg selv. Selv om utsagnene ikke er absolutte, gis det her ganske klare retningslinjer for formål som normalt ikke vil kunne være legitime ved ileggelse av straff. Skadefølgeprinsippet er etter dette en presisering av kravet til legitimt formål ved bruk av straff. Dermed

415 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

416 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

varetar skadefølgeprinsippet de samme funksjonene som kravet til legitimt formål ved bruk av straff.

Skadefølgeprinsippet har for det første en funksjon for lovgiver selv. I så måte kan prinsippet, sammen med de øvrige kriminaliseringsprinsippene, ses på som en form for «selvbinding» fra lovgivers side.⁴¹⁷ Lovgiver påpeker ovenfor at prinsippet gir «betydelig veiledning» ved spørsmål om kriminalisering. Avvik fra prinsippet krever «en særskilt tungtveiende begrunnelse». Som vi skal se nedenfor, har lovgiver utviklet flere underkategorier og typetilfeller som presiserer innholdet i prinsippet. Skadefølgeprinsippet og dets underkategorier fungerer som tungtveiende presumsjoner for hvilken type atferd som kan, og ikke kan, kriminaliseres.⁴¹⁸ Siden kravet gjelder for lovgiver, er det lovgiver som har bevis- og begrunnelsesbyrden.

Skadefølgeprinsippet har også en viktig normerende funksjon for drøftelsen av forholdsmessigheten av en kriminalisering: Hvis det er tvilsomt om en kriminalisering har et legitimt formål, stilles det skjerpede krav til at den er egnet, nødvendig og proporsjonal.⁴¹⁹

For det annet har prinsippet til en viss grad konstitusjonelle implikasjoner. Dersom lovgiver overhodet ikke har vurdert skadefølgeprinsippet to elementer ved en kriminalisering (krav til at atferden må ha skadelige konsekvenser, og skade beskyttelsesverdige rettsgoder), har det betydning for om kriminaliseringen kan anses som forholdsmessig ut fra de kravene til forholdsmessighet som stilles ved krav til inngrep i privatlivet etter Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og andre grunnlovs- og menneskerettighetsbestemmelser som krever forholdsmessighet ved kriminalisering. En kriminalisering som klart ikke forfølger et legitimt formål, vil ikke være forholdsmessig. Og jo mindre klart det er at kriminaliseringen har et legitimt formål, desto mindre aksepteres av inngrep i borgernes frihetsretter ved proporsjonalitetsvurderingen.

For det tredje kan skadefølgeprinsippet benyttes ved vurderingen av om atferd som rammes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, likevel ikke skal straffes på grunn av manglende rettsstrid. I HR-2022-2104-A uttaler Høyesterett at skadefølgeprinsippet «kan være et tolkningsmoment når det er spørsmål om et straffebud bør tolkes innskrenkende».⁴²⁰ Siden skadefølgeprinsippet er en presisering og utdyping av kravet til at bruk av straff må ha et legitimt formål, er uttalelsen ikke overraskende. Hvis skaden lovgiver har hatt som formål med kriminaliseringen, ikke

417 Frøberg 2010 s. 42.

418 Frøberg 2010 s. 42.

419 *S. A. S. mot Frankrike*, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 122. Se også *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 95–98.

420 Avsnitt 32. Nærmere kapittel 9.

slår til i en konkret sak, må straffebudet tolkes innskrenkende på samme måte som hvis det legitime formålet med kriminaliseringen ikke slår til i en konkret sak.⁴²¹

c) Skadefølgeprinsippet: innhold

Skadefølgeprinsippet fremheves i forarbeidene som det mest sentrale kriminaliseringsprinsippet. I forarbeidene slås det fast at «[s]kadefølgeprinsippet bør være utgangspunkt og grunnvilkår for kriminalisering: Atferd bør bare gjøres straffbar dersom den fører til skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet».⁴²² Under overskriften «Skadefølgeprinsippet som grunnvilkår for kriminalisering» uttales følgende:

Kjernen i skadefølgeprinsippet er at bruken av straff må være rasjonell og human. Individene bør i størst mulig grad kunne handle fritt, og straff bør bare brukes når tungtveiende hensyn taler for det. Fordelene med å kriminalisere en handling må veies opp mot ulempene, inkludert de negative konsekvensene en domfellelse og soning vil få for dem som blir strafforfulgt. Fordelene vil i utgangspunktet bare kunne være store nok dersom handlingene som man ønsker å hindre, kan medføre skade eller fare for skade på interesser som har et rettmessig krav på vern. Til slike interesser regnes særlig individers fysiske og psykiske integritet, økonomiske verdier og samfunnsinteresser.⁴²³

Skadefølgeprinsippet slik det her er formulert, har to elementer, som det er hensiktsmessig å skille fra hverandre.⁴²⁴

d) Skadefølgeprinsippetets første element: krav til skadelige konsekvenser

i) Innledning

Skadefølgeprinsippetets første element går ut på at det stilles krav om at handlinger som kriminaliseres, må ha negative samfunnsmessige *konsekvenser*. Nærmere bestemt bør handlingene medføre skade eller fare for skade for at kriminalisering skal være legitimt. Departementet presiserer kravet slik: «Den mest grunnleggende konsekvensen av skadefølgeprinsippet er at man bør avkriminalisere

421 Nærmere kapittel 9 punkt 9.2.5.

422 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 88.

423 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89. Skadefølgeprinsippet fikk tilslutning ved stortingsbehandlingen, se Innst. O. nr. 72 (2004–2005) s. 17.

424 Likedan Lærstedt 2003 s. 31–32, 127–128 og 181–182.

– og i hvert fall ikke nykriminalisere – handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade.»⁴²⁵ Ved forberedelsen av straffeloven 2005 ble flere straffbare handlinger foreslått avkriminalisert fordi de ikke lenger ble ansett å ha tilstrekkelig skadepotensial til at kriminalisering var legitimt.⁴²⁶ En annen konsekvens av dette elementet av skadefølgeprinsippet som trekkes av lovgiver, er at en psykisk innstilling, dvs. planer eller et ønske om å begå straffbare handlinger, ikke alene kan danne grunnlag for straffansvar. Det gjelder selv om planene er av utpreget kriminelt slag.⁴²⁷ Uttalelsen er ganske kategorisk.

ii) Krav om at det som hovedregel er handlinger som kan kriminaliseres

Ved beskrivelsen av skadefølgeprinsippet ovenfor ser vi at uttrykket «handling» gjennomgående benyttes. Gröning/Husabø/Jacobsen skriver at «[d]et er et veletablert utgangspunkt at strafferetten retter seg mot menneskelige handlinger, og ikke mot tilstander, naturhendelser eller lignende».⁴²⁸ Videre fremholdes at det i utgangspunktet bare er handlinger som har de egenskapene som skal til for å utløse en slik klander som skyldprinsippet forutsetter: «Etter vårt syn er forekomsten av en handling derfor en grunnleggende forutsetning for straffansvar. Vi kan si det slik: Ingen forbrytelse og ingen straff uten en handling.»⁴²⁹

Hvis det kun er en handling som kan kriminaliseres, oppstår spørsmålet om hva som skal anses som en handling i strafferettslig sammenheng. Det er alminnelig enighet i teorien om at en handling i sin kjerne utgjør en bevisst kroppsdisposisjon.⁴³⁰ Hvis denne definisjonen legges til grunn, er straff av foretak utelukket.⁴³¹ Det er også krevende å forene straff av en rekke ubevisst uaktsomme handlinger, eksempelvis lovbrudd som skjer passivt og ved ubevisst uoppmerksomhet. Et eksempel er en bilfører som på grunn av at han sitter i dype tanker ikke legger merke til en fotgjenger i veibanen som han klart burde blitt oppmerksom på. Han kjører over vedkommende, som dør.

Uavhengig av det nærmere innholdet i handlingsbegrepet er det på det rene at en vedvarende tilstand ikke kvalifiserer til å være en handling. Av dette følger

425 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

426 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 84.

427 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

428 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 112. Se også tydeligere i Gröning/Husabø/Jacobsen 2019 s. 110, hvor det uttales at «[d]et synes å være selvsagt at strafferetten retter seg mot menneskelige handlinger, og ikke mot tilstander, naturhendelser eller lignende».

429 Gröning/Husabø/Jacobsen 2019 s. 111.

430 Hagerup 1911 s. 6–7; Skeie 1937 s. 257–260 og Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 112–116.

431 Hagerup 1911 s. 146.

at tilstander som å være alkoholiker, narkotikamisbruker, pedofil, nazist mv. ikke kan kriminaliseres. Det er handlingene som vedkommende som er i en slik tilstand, eventuelt utfører, som kan møtes med straff (hvis de øvrige vilkårene for straff er oppfylt).

I dette lyset kan det være problematisk at tunge rusavhengiges bruk av narkotika er kriminalisert. Riktignok kan man si at det ikke er tilstanden «tung rusmisbruker» som er kriminalisert, men det å bruke narkotika, samt oppbevaring til eget bruk. Dette er imidlertid et lite realistisk synspunkt. Den som er tungt rusavhengig, er syk, og denne sykdommen er en tilstand som nødvendiggjør bruk av narkotika og oppbevaring til eget bruk.

Også kriminalisering av ulike former for deltakelse i en organisasjon utfordrer grunnsynspunktet om at det kun er handlinger som kan kriminaliseres. Ved forberedelsen av straffeloven 2005 avviste lovgiver å gi en egen regel om kriminalisering av deltakelse i terrororganisasjon. Det ble vist til at norsk strafferett «bygger på en tradisjon der straffansvar knytter seg til konkrete handlinger, og ikke til deltakelse i en organisasjon».⁴³² I 2013 endret lovgiver oppfatning og kriminaliserte deltakelse i terrororganisasjon i straffeloven § 136a.

iii) Grenser for kriminalisering av risiko

Som det fremgår av presiseringen av skadefølgeprinsippet, kreves det gjennomgående at handlinger medfører skade eller fare for skade for at kriminalisering skal være legitimt. Innen strafferetten må det kreves at fareforvoldelse som kriminaliseres, står i ganske nær sammenheng med skadeforvoldelse. Det er da også tilfellet, jf. straffeloven § 16. I nærmere bestemte tilfeller (grove forbrytelser) er også forberedelseshandlinger kriminalisert. Det er klare betenkeligheter med å kriminalisere risikoatferd som ligger så fjernt fra skade på rettsgoder.⁴³³ I forarbeidene til straffeloven oppstilte derfor departementet tre prinsipper for kriminalisering av forberedelseshandlinger. For det første bør forberedelseshandlinger bare kriminaliseres når det er særskilt behov for det. Det bør oppstilles en høyere terskel for å kriminalisere slike handlinger enn for handlinger som mer direkte volder skade. For det annet bør kriminaliseringen utformes slik at straffebudet blir mest mulig målrettet og konkret. For det tredje bør kriminaliseringen i størst mulig grad rette seg mot forberedende handlinger som i det ytre bærer bud om å være nettopp det. Som eksempel nevnes inngåelse av avtaler (forbund) om å begå en

432 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 195.

433 NOU 2002: 4 s. 90–98 og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 104–105.

alvorlig straffbar handling.⁴³⁴ Prinsippene bygger på en utredning skrevet av Erling Johannes Husabø, hvor hovedpunktene ble inntatt i Straffelovkommisjonens utredning. Husabøs vurderinger er noe mer tilbakeholdne mot kriminalisering av forberedelseshandlinger enn det departementet er.⁴³⁵

Moderne straffelover kriminaliserer i ganske stor grad ikke bare direkte skade på rettsgoder, men også handlinger som legger for dagen risiko for skade. Det er en kjensgjerning at jo fjernere fra den skadegjørende handlingen man kriminaliserer, desto mer fjerner man seg fra strafferett, både som fenomen og begrep. Straffen er et repressivt virkemiddel. Staten påfører overtrederen av et straffebud et onde i den hensikt at det skal oppleves som et onde. Grunnen til at staten gjør det, er at overtrederen i fortiden har begått en skadegjørende handling.⁴³⁶ Når man går langt nok med lovgivning som skal fjerne (eller begrense) risiko, vil man komme til et punkt hvor det ikke lenger er mulig å plassere lovgivningen i strafferetten. Lovgivning som har som funksjon ikke å reagere på skadegjørende handlinger som har skjedd i fortiden, men å forebygge risiko for slike handlinger i fremtiden, hører hjemme i politiretten. Forarbeidene i straffeloven understreker da også at «det [er] en nær sammenheng mellom kriminalisering av forberedelseshandlinger og bruk av politimessige og straffeprosessuelle midler mot et tidlig stadium i den kriminelle virksomheten».⁴³⁷

Straffeloven § 145 kriminaliserer deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt i utlandet. Straffeloven § 146 setter straff for rekruttering til militær virksomhet som omfattet av § 145. Husabø skriver at den helt sentrale begrunnelsen for å kriminalisere utreise fra Norge var et ønske om å kunne arrestere og fengsle, slik at de aktuelle personene ikke får dra ut og bli mer radikalisererte, for senere å vende hjem som enda farligere. Deretter uttales:

Der ei kriminalisering primært blir grunnlagt med at det vil gi heimel for fengsling for å hindra framtidig skade, har vi i realiteten å gjera med ei reint førebyggjande fengsling, noko som er i strid med EMK art. 5. Denne viktige rettsstatlige grensa for fengsling kan lovgiver ikkje omgå berre ved å plassere reglane i straffelova. Grunnen til at dette må seiast i klartekst, er at strafferetten gir rom for dei mest inngripande fridomsinngrepa styresmaktene har til rådvelde. Då er det svært viktig at fullmakta til å utforma straffelovgivning blir forvalta på ein måte som held oppe legitimiteten til dette rettsinstituttet.

434 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 105.

435 NOU 2002: 4 s. 92–98.

436 Kapittel 3 punkt 3.2.

437 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 105.

Det føreset kort sagt at ein straffar for noko klanderverdig som *har* skjedd, og ikkje primært førebyggjer noko som *kan* skje. Ein strafferett som glir over i rein prevensjon, er ikkje eingong pre-aktiv strafferett – det er ingen ‘strafferett’.⁴³⁸

Det er imidlertid viktig å ha med seg at problemet med å reagere mot risikoatferd ikke er løst ved å ha slike regler i politiretten i stedet for strafferetten. Jo fjernere en risiko en person legger for dagen, er, jo mer betenkelig er det å gripe inn mot den, også i det politirettslige sporet. John Stuart Mill har påpekt denne kjensgjerningen. Starten på resonnementet er en diskusjon om salg av giftstoffer bør forbys. Dette eksempelet

opens a new question; the proper limits of what may be called the functions of police; how far liberty may legitimately be invaded for the prevention of crime [...]. It is one of the undisputed functions of government to take precautions against crime before it has been committed, as well as to detect and punish it afterwards. The preventive function of government, however, is far more liable to be abused, to the prejudice of liberty, than the punitive function; for there is hardly any part of the legitimate freedom of action of a human being which would not admit of being represented, and fairly too, as increasing the facilities for some form or other of delinquency. Nevertheless, if a public authority, or even a private person, sees any one evidently preparing to commit a crime, they are not bound to look on inactive until the crime is committed, but may interfere to prevent it. If poisons were never bought or used for any purpose except the commission of murder, it would be right to prohibit their manufacture and sale. They may, however, be wanted not only for innocent but for useful purposes, and restrictions cannot be imposed in the one case without operating in the other.⁴³⁹

iv) Kriminalisering av medlemskap i kriminell sammenslutning

Den 1. juli 2021 trådte straffeloven § 199 i kraft. Bestemmelsen kriminaliserer «den som deltar i, rekrutterer medlemmer til eller på annen måte viderefører aktiviteten til en kriminell sammenslutning som er forbudt etter straffeprosessloven § 222 e».

Sistnevnte bestemmelse åpner for at retten etter begjæring fra statsadvokaten kan forby en sammenslutning når «a) deltakere i sammenslutningen har begått gjentatte lovbrudd mot noens liv, helse eller frihet, b) overtredelsene er egnet til

438 Husabø 2018 s. 330.

439 Mill/Collini 2013 s. 96.

å fremkalle frykt i befolkningen eller nærmiljøet for nye lovbrudd av samme art fra sammenslutningens deltakere, og c) et forbud er nødvendig for å forebygge alvorlig kriminalitet».

Begrunnelsen for kriminaliseringen av overtredelse av forbudsbestemmelsen er fra departementets side ganske knapp. Det uttales at kriminaliseringen medfører straff for en type forberedelseshandlinger som i tid ofte ligger langt forut for eventuelle primærlovbudd. Videre sier departementet at straff kan være særlig betenkelig når gruppens aktiviteter dels er kriminelle og dels lovlige,

idet man i utgangspunktet åpner for å bruke straff overfor deltakere som kanskje aldri har vært involvert i den kriminelle virksomheten til gruppen. Departementet er imidlertid enig med Straffelovrådet i at aktive bidragsyttere i en kriminell gruppe ved deltakelsen kan styrke gruppens fryktt kapital og de øvrige medlemmenes kapasitet til og forsett om å begå lovbrudd. Deltakelsen vil dermed kunne øke risikoen for at det begås nye alvorlige straffbare handlinger. Denne forbindelsen tilsier at det er straffverdig å støtte opp om kriminelle sammenslutninger.⁴⁴⁰

Allerede begrunnelsen tyder klart på at tiltaket man innfører, i sin art og karakter er et forebyggende, preventivt tiltak, og ikke et repressivt, strafferettslig tiltak.

Inntrykket befester seg når man kaster et blikk på vilkårene som må være oppfylt for å forby sammenslutninger etter straffeprosessloven § 222e og straffeloven § 199. Straffeprosessloven § 222e bokstav a) angir hvilken kobling sammenslutningen må ha til begått kriminalitet for at den skal kunne forbys. Kravet om at «deltakere» i sammenslutningen har begått gjentatte lovbrudd, vil være oppfylt dersom minst to deltakere i sammenslutningen har begått gjentatte lovbrudd. Det er altså langt fra nødvendig å knytte samtlige eller et flertall av medlemmene i gruppen til begåtte straffbare handlinger. Forarbeidene presiserer at det ikke kreves at flere overtredelser kan knyttes til en bestemt gjerningsperson. Siden det (formelt sett) er tale om et straffeprosessuelt tvangsmiddel, er det ikke nødvendig å påvise at noen er domfelt for kriminalitet som angitt i bokstav a). All mulig informasjon (herunder etterretningsinformasjon) som underbygger at noen i en kriminell sammenslutning har begått lovbrudd, er tilstrekkelig. Påtalemyndigheten behøver heller ikke dokumentere hvem som stod bak de aktuelle lovbruddene.⁴⁴¹ Det er tilstrekkelig at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at vilkårene i § 222e

440 Prop. 190 L (2020–2021) s. 22.

441 Prop. 190 L (2020–2021) s. 45.

er oppfylt. Kravene til at sammenslutningen kan kobles til begått kriminalitet, er etter dette beskjedne.

Vilkårene i bokstav b) og c) knytter seg begge utelukkende til fremtidige vurderinger av risiko. I bokstav b) spørres det om kriminaliteten som kan knyttes til sammenslutningen, «er egnet» til å fremkalle frykt i befolkningen eller nærmiljøet for nye lovbrudd av samme art fra sammenslutningens deltakere. Det er altså tilstrekkelig med en nokså fjern risiko for frykt, og den trenger ikke rent faktisk å påvises. Etter bokstav c) skal det gjøres en ren fremtidsrettet vurdering av om forbud er nødvendig for å forebygge alvorlig kriminalitet. Vilkårene vurdert samlet etterlater et klart innrykk om at forbudet mot kriminelle sammenslutninger etter sin art og karakter vanskelig kan betegnes som et straffeprosessuelt tvangsmiddel. I realiteten er det tale om et ganske rendyrket forebyggende/preventivt tiltak.

Straffeloven § 199 kriminaliserer deltakelse i en sammenslutning som er forbudt etter § 222e. Det ligger da i sakens natur at straffebestemmelsen rammer et bredt spekter av atferd, som ikke på noen måte kan knyttes til begått kriminalitet. I mange tilfeller kriminaliseres også fjerntliggende risiko for at kriminalitet begås. Forbudet nedlegges på gruppenivå. Likevel retter kriminaliseringen seg mot enkeltindivider. Som nevnt ovenfor vil forbudet (og da også straffebestemmelsen) ramme personer som ikke har begått noen kriminalitet, men som er «deltakere» i sammenslutningen. Forarbeidene slår fast at deltakerbegrepet i § 199 som utgangspunkt skal forstås likt som i straffeloven § 136a om deltakelse i terrororganisasjoner. Videre er det ikke et vilkår at en bidragsyter er medlem i eller formelt tilsluttet sammenslutningen, eller at vedkommende på en eller annen måte er akseptert som deltaker i sammenslutningen. Det kreves heller ikke at bidraget kan knyttes direkte til sammenslutningens kriminelle aktiviteter.⁴⁴² Den vide angivelsen av straffansvar (herunder koblingen mot straffeloven § 136 a) medfører at blant annet personer som er i et ekteskaps- eller samboerforhold med en person som er deltaker i en kriminell sammenslutning, omfattes av kriminaliseringen.⁴⁴³ Og man trenger ikke ha en slik relasjon med en deltaker i sammenslutningen som har begått noen form for kriminalitet. Som det fremgår ovenfor, følger det av skadefølgeprinsippet at den mest grunnleggende konsekvensen av prinsippet er at man bør avkriminalisere – og i hvert fall ikke nykriminalisere – handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade. Kriminaliseringen i § 199 er etter min oppfatning ikke mulig å forene med dette utsagnet. Det er videre

⁴⁴² Prop. 190 L (2020–2021) s. 47.

⁴⁴³ Olav Døvik / Svein Vestrum Olsson, «Dom: IS-husmødre straffes på samme måte som fremmedkrigere», NRK 13.4.19, https://www.nrk.no/norge/dom_-is-husmødre-straffes-pa-samme-mate-som-fremmedkrigere-1.14515004 (sist besøkt 13.2.24).

vanskelig å forene kriminaliseringen med kravet om at en kriminalisering ikke bør gjøres videre enn det som er nødvendig.⁴⁴⁴ Straffelovrådets flertall foreslår en vesentlig mer presis og mindre vidtrekkende straffebestemmelse.⁴⁴⁵

v) Kriminaliseringen av forsøk på medvirkning

Siden både forsøk og medvirkning er kriminalisert, jf. straffeloven § 16, jf. § 15, er ikke bare medvirkning, men også forsøk på medvirkning straffbart. Et spørsmål som her oppstår, er om en medvirker kan kriminaliseres i de tilfeller hovedmannen ikke engang er kommet til forsøksstadiet, men befinner seg på det straffrie forberedelsesstadiet. Som eksempel kan nevnes at A meddeler B at han kunne tenkt seg å stjele Cs bil. B sier at det burde han gjøre, fordi B ikke har noen særlig sans for C. Bs uttalelser vil være straffbar medvirkning i form av positiv tilskynelse.⁴⁴⁶ As uttalelse om at han kunne tenkt seg å stjele Bs bil, kvalifiserer klart ikke til straff for straffbart forsøk, jf. § 321, jf. § 16. Kan B straffes for forsøk på medvirkning når hovedpersonen ikke er kommet inn på området for straffbart forsøk? Forarbeidene til straffeloven har en uttalelse som tilsier det:

Medvirkeren kan straffes selv om hovedovertrederen bare befinner seg på det straffrie forberedelsesstadiet. Hvis f.eks. hovedovertrederen har planer om å begå et innbruddstyveri og medvirkeren bidrar med nødvendig verktøy, kan medvirkeren straffes selv om hovedovertrederen ikke har overtrådt grensen for straffbart forsøk. Begrunnelsen er at medvirkeren i et slikt tilfelle allerede har gjort sin innsats. Det avhenger ikke av medvirkeren om tyveriet skal bli begått eller ikke.⁴⁴⁷

Rt. 2013 s. 789 bygger på samme rettsoppfatning. Forholdet her var at A i lagmannsretten var blitt frifunnet for overtredelse av straffeloven 1902 § 161 første ledd bokstav b («den som i den hensikt å begå en forbrytelse, anskaffer, tilvirker eller oppbevarer skytevåpen, våpendeler, ammunisjon eller sprengstoff»). A ble likevel dømt for forsøk på medvirkning til overtredelse. A anket til Høyesterett og gjorde blant annet gjeldende at når hovedmannen ikke er kommet så langt at han kan straffes, kan heller ikke medvirker straffes. Høyesterett var ikke enig: «At hovedmannen ikke kan straffes, utelukker ikke at medvirkere kan straffes for forsøk på medvirkning såfremt

444 Nærmere kapittel 7 punkt 7.2.2.

445 NOU 2020: 4 s. 106.

446 Bl.a. Rt. 2005 s. 934 avsnitt 15; HR-2018-387-U avsnitt 15 og HR-2019-599-A avsnitt 54.

447 NOU 1992: 23 s. 78.

de for sin del har passert grensen for straffbart forsøk. Hver deltaker bedømmes således på selvstendig grunnlag; deres ansvar er ikke aksessorisk.»⁴⁴⁸ Samme rettsopfatning legges gjennomgående til grunn i litteraturen.⁴⁴⁹

Å straffe en medvirker for forsøk på medvirkning hvor hovedovertrederen ikke er kommet inn på det straffbare forsøket (eller overhodet har begått en straffbar handling), står i et spenningsforhold til uttalelsen i forarbeidene om at et «ønske om å begå straffbare handlinger ikke alene kan danne grunnlag for straffansvar». Dette vises tydeligst i tilfeller av forsøk på psykisk medvirkning. I eksempelet ovenfor er det treffende å si at Bs muntlige støtte (positive tilskyndelse) til As tanker og idéer uttrykker et ønske om å medvirke til å begå straffbare handlinger. Det er et paradoks at A, som i dette tilfellet jo ville vært hovedovertrederen, ikke kan straffes for sitt ønske om å begå tyveri, mens den mer perifere B skal kunne straffes for forsøk på medvirkning.

Rettsopfatningen om rekkevidden av straffansvaret for forsøk på medvirkning ovenfor representerer en generell og således vidtgående kriminalisering av et ønske om å begå straffbare handlinger.

Det kan settes spørsmålstegn ved om forarbeidene og avgjørelsen ovenfor er representative for rettstilstanden. Høyesterett har i flere avgjørelser lagt til grunn at det ikke kan domfelles for medvirkning i tilfeller hvor det ikke finnes en overtredelse å medvirke til.⁴⁵⁰

Å straffe en medvirker uten at det foreligger en overtredelse (i det minste forsøk på overtredelse) å medvirke til, er for øvrig også problematisk opp mot ordlyden i § 15, som krever at noen «medvirker til overtredelsen». Riktignok er forsøk på medvirkning kriminalisert, jf. § 16, jf. § 15. Det må etter ordlyden likevel foreligge en overtredelse å medvirke til, eventuelt et forsøk på overtredelse hos hovedmannen. Det er ikke tilfellet i eksempelet ovenfor.

Straff for forsøk på medvirkning hvor det ikke er noen overtredelse av et straffebud, er også problematisk ut fra begrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning. Nærmere bestemt er begrunnelsen at medvirkeren bidrar til det angrepet

448 Avsnitt 55. Se likedan HR-2022-1299-A avsnitt 17.

449 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 341; Eskeland/Høgberg 2017 s. 236–240 og Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 320–321. Se også Frøberg 2020 s. 210–211 og Matningsdal 2023, kommentar til straffeloven § 15, punkt 4.1. Se imidlertid punkt 3.5: «Straff for medvirkning forutsetter at det foreligger en 'overtredelse' som er begått av en annen. Foreligger det ingen straffbar handling begått av en annen, er det altså ikke grunnlag for medvirkningsstraff, jf. HR-2017-1673-A avsnitt 26. Se også Rt. 1994 s. 1328 om medvirkning til utroskap, HR-2019-1204-U om medvirkning til overtredelse av utlendingsloven samt HR-2020-1682-A om omsorgsunndragelse.»

450 Rt. 1994 s. 1328; HR-2017-1673-A; HR-2019-1204-U og HR-2020-1682-A.

på et retts gode som gjøres av overtrederen.⁴⁵¹ Disse forholdene er nå også påpekt i litteraturen.⁴⁵²

En kriminalisering av medvirkning i tilfeller hvor hovedmannen ikke engang er kommet inn på området for det straffbare forsøket, er en generell og ubegrenset kriminalisering av den som skaper en ganske fjern risiko/fare for angrep på et retts gode. I de tilfellene hovedmannen aldri kommer inn på området for det straffbare forsøket, er det i realiteten tale om en kriminalisering av en type utjenlig forsøk. Det bærer preg av en sinnelagsstrafferett, hvor man straffer atferd som ikke på noen måte skader eller representerer umiddelbar fare for skade på rettsgoder.

Kriminaliseringen av forsøk på medvirkning hvor hovedmannen ikke er kommet til forsøksstadiet, er vanskelig å forene med presiseringen av skadefølgeprinsippet om at «en psykisk innstilling, dvs. planer eller et ønske om å begå straffbare handlinger ikke alene kan danne grunnlag for straffansvar. Det gjelder selv om planene er av utpreget kriminelt slag.»⁴⁵³

vi) Kriminalisering av (absolutt) utjenlige forsøk

Et forsøk på en forbrytelse medfører ikke en skade på det rettsgodet (legitime formålet) som kriminaliseringen skal verne. Ved forsøksstraff kreves det likevel at siktede rent objektivt har gjort aktive skritt for å realisere en handling som skader rettsgodet («foretar seg noe som leder direkte mot utføringen», jf. straffeloven § 16). I tillegg krever ordlyden fullbyrdelsesforsett. På grunn av det første vilkåret kreves det ganske klare holdepunkter for at det, rent objektivt, foreligger en situasjon hvor det er fare for skade på rettsgodet.

Mer problematisk er bruk av straff for absolutt utjenlige forsøk. Et vanlig eksempel på det er at noen innfører eller omsetter noe de tror er narkotika, men som i realiteten er noe annet, eksempelvis hvitt pulver. Årsaken kan blant annet være at selgeren har lurt dem, eller at politiet har byttet ut narkotika med et annet stoff. Slike absolutt utjenlige forsøk straffes som forsøk på overtredelse.⁴⁵⁴ I disse tilfellene straffes siktede uten at det er noen som helst objektiv fare for at rettsgodet (det legitime formålet) straffebudet skal beskytte, vil bli skadet. Å bruke straff i et tilfelle hvor det legitime formålet med kriminaliseringen umulig kan gjøre seg gjeldende, og det heller ikke er noen som helst fare for det, er problematisk.

451 Lam 2020 s. 430–432 og Rui 2021b s. 158–159.

452 Lam 2020 s. 432–434.

453 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

454 Se bl.a. Rt. 1975 s. 397; Rt. 1993 s. 916; Rt. 2010 s. 287 og HR-2016-1856-A. I de to sistnevnte sakene ble straffen vesentlig redusert fordi det var tale om absolutt utjenlig forsøk.

Umiddelbart kunne man tenke seg at det legitime formålet med å straffe i et slikt tilfelle var allmennpreventive hensyn. Men som nevnt ovenfor må ikke legitime formål ved straffutmåling blandes sammen med det som kan være legitime formål ved vurdering av skyldspørsmålet.⁴⁵⁵ Og om man ikke skulle være oppmerksom på skillet mellom legitime formål med kriminalisering og legitime formål ved straff: Det er svært vidtrekkende å holde seg med en generell kriminalisering av absolutt utjenlige forsøk, hvor den bærende begrunnelsen er at man ved å straffe slike forhold skremmer andre fra å begå absolutt utjenlige forsøk. Det er vanskelig å se at kriminalisering av absolutt utjenlige forsøk kan ha noen allmennpreventiv virkning med hensyn til å avskrekke mot å begå et ordinært forsøk eller en overtredelse av et straffebud. Det at en potensiell lovbrøyer vet at et utjenlig forsøk i form av å innføre en substans som ser ut som narkotika, men ikke er det, straffes, og at andre er blitt straffet for det, har ikke noen avskrekkende effekt mht. å innføre reell narkotika. Videre er kriminaliseringen av absolutt utjenlig forsøk problematisk opp mot uttalelsen om skadefølgeprinsippet ovenfor om at «en psykisk innstilling, dvs. planer eller et ønske om å begå straffbare handlinger, ikke alene kan danne grunnlag for straffansvar, selv ikke om planene er av utpreget kriminelt slag».⁴⁵⁶

e) *Skadefølgeprinsippetets annet element: Handlingen må skade beskyttelsesverdige rettsgoder*

i) Innledning

Det andre elementet av skadefølgeprinsippet går ut på at lovgiver stiller kvalifiserte krav til hvilke *interesser* som bør gis strafferettslig vern gjennom kriminalisering. En annen term som brukes om samme fenomen, er «rettsgode». Ved å lese forarbeidene ser man at lovgiver gjennom lovarbeidet legger til grunn at «interesse» og «rettsgode» refererer til det samme.⁴⁵⁷ I det følgende brukes termen «rettsgode».

455 Frøberg 2020 s. 42. Det uttales her at bruken av straff i Norge gjennomgående begrunnes med dens preventive virkning. Deretter fremholdes: «Denne begrunnelsen for bruken av straff forteller oss imidlertid ikke hvilke konkrete handlinger eller unnlaterelser som bør straffes. Dersom man beslutter at det å ferdes på offentlig sted iført knallgule bukser skulle straffes med 30 års fengsel, ville nok de færreste dristet seg ut iført slike grelle plagg. Men denne preventive virkningen kan selvfølgelig ikke rettferdiggjøre et slikt straffebud. Dette illustrerer at det å belegge en konkret atferd med straff – *kriminaliseringen* – krever en særskilt begrunnelse.» Se også Frøberg 2010 s. 45.

456 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

457 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 204, hvor det i relasjon til reglene om nødrett uttales at i valget mellom «interesse» og «rettsgode» foretrekker departementet det første, fordi «rettsgode» er gammelmodig og lite opplysende. Se også bl.a. s. 275, 336 og 418. Se NOU 2022: 21 s. 135, hvor «interesse» og «rettsgode» brukes synonymt og om hverandre.

Grunnen er dels at «interesse» er en term som brukes i andre strafferettslige og -prosessuelle sammenhenger hvor den ikke har helt samme innhold og funksjon,⁴⁵⁸ og dels at rettsgodeterminologien brukes i straffeloven⁴⁵⁹ og i norsk⁴⁶⁰ og sentral utenlandsk juridisk litteratur, jf. like nedenfor.

Hva er så et rettsgode? Straffeloven §§ 40 og 62 omtaler liv, helse og frihet som «rettsgoder». I sitatet ovenfor omtales individers fysiske og psykiske integritet, økonomiske verdier og samfunnsinteresser som rettsgoder. Brukt på denne måten er et rettsgode en type ideell verdi (et gode) som beskyttes av rettsordenen. Nærmere bestemt beskyttes verdiene ved kriminalisering. Dermed er formålet med kriminalisering å beskytte vedkommende rettsgode. Slik jeg ser det, er det etter dette dekkende å definere et rettsgode som *den overordnede verdien eller det overordnede abstrakte målsetningen som en kriminalisering har som formål å beskytte*.⁴⁶¹ Som oftest kommer ikke en straffebestemmelses rettsgode direkte til uttrykk i straffebestemmelsene. Grunnen er at straffebestemmelsene ofte beskytter noe mer presist angitt. For eksempel beskytter tyveribestemmelsen (§ 321) mot borttakelse av gjenstander, og underslagsbestemmelsen (§ 324) mot urettmessig forføyning over betrodde midler. Begge bestemmelser beskytter imidlertid eiendomsretten som det legitime rettsgodet.⁴⁶² Rettsgodene som de enkelte straffebestemmelsene tar sikte på å verne, vil ofte fremgå av kapitteloverskriften i straffelovens spesielle del. Som eksempler kan nevnes lovens kapittel 17 (vern av Norges selvstendighet og andre grunnleggende nasjonale interesser), kapittel 24 (vern av den personlige frihet og fred) og kapittel 29 (vern av tilliten til penger og visse dokumenter).

458 Blant annet ved tolkingen av reglene om idealkonkurrens i straffeloven § 79 første ledd bokstav a) (f.eks. Rt. 2012 s. 313 avsnitt 21–22), samt ved tolkingen av straffeprosessloven § 38 første ledd (f.eks. Rt. 2011 s. 172 avsnitt 19).

459 Straffeloven § 40 og § 62, hvor lovbrudd som krenker liv, helse eller frihet, omtales som rettsgoder.

460 Bl.a. Hagerup 1911 s. 147–151; Skeie 1937 s. 261 og 272–273; Skeie 1938 s. 1 og 9–10 (Skeie bruker rettsgode og interesse dels om hverandre); Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 46–47 og Jacobsen 2023 s. 18–48.

461 Lignende bl.a. Lernestedt 2003 s. 127–131 med videre henvisninger; Frände 2004 s. 22; Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 40; Langsted/Waaben 2015 s. 68–69; Jescheck/Weigend 1996 s. 7–8 og 256–260 og Roxin/Greco 2020 s. 26. Se også s. 14–15 for en oversikt over ulike definisjoner av rettsgodebegrepet i tysk doktrine. Om koblingen mellom rettsgode og legitimt formål, se Hassemmer 2003 s. 60: «In der strafrechtlichen Tradition ist, so behaupte ich, diesel anerkannte Zweck nichts anderes als der durch das Strafrecht bewirkte Schutz eines Rechtsguts vor Verletzung oder Gefährdung.»

462 Om forskjellen mellom rettsgodebeskyttelse og de mer konkrete og avgrensede beskyttelsesinteresser i ulike straffebud, se bl.a. Lernestedt 2003 s. 127–131, som opererer med skillet «interessenivå» og «brottsbeskrivingsnivå». Se også Hefendehl 2003 s. 119–132 og Roxin/Greco 2020 s. 66–67. Se også Jacobsen 2023 s. 18–48.

Rettsgodeterminologien gir altså et bidrag til å fastlegge hva som er en kriminaliserings overordnede legitime formål. Et spørsmål som da reiser seg, er om og eventuelt i hvilken grad rettsgodeterminologien, slik den er brukt (som ett element) i skadefølgeprinsippet, gir bidrag til å trekke grenser for hvilke formål som er illegitime ved kriminalisering. I forarbeidene uttales det at kriminalisering kun kan gjøres for «interesser som har et rettmessig krav på vern. Til slike interesser regnes særlig individers fysiske og psykiske integritet, økonomiske verdier og samfunnsinteresser.»⁴⁶³ Hvis det legges til grunn at alt som kan betegnes som en «samfunnsinteresse», er legitimt å kriminalisere, oppstiller skadefølgeprinsippet i praksis ingen grenser for hvilke formål det er legitimt å forfølge ved kriminalisering. En slik lesing av sitatet lar seg imidlertid ikke forene med andre uttalelser i forarbeidene. Nærmere bestemt fremholdes det at straff normalt ikke bør brukes for å verne om moralske eller religiøse normer, for å verne den enkelte mot ulike former for ubehag eller for å tvinge frem hjelp. Videre uttales at straff som hovedregel ikke bør brukes mot skade som noen gjør på seg selv. Straff bør heller ikke uten videre brukes for å legge til rette for kontroll.⁴⁶⁴ Det fremgår her at skadefølgeprinsippet vil yte ikke ubetydelig motstand mot kriminaliseringer som er forankret i de nevnte formålene.

For å komme føringene som legges på hvilke formål som er legitime ved kriminalisering, nærmere inn på livet, kan det være hensiktsmessig å skaffe seg et visst perspektiv og utsyn. En interessant og ganske grunnleggende dimensjon av kravet om legitimt formål ved kriminalisering trer frem når man setter kravet i sammenheng med formålene/rettsgodene som beskyttes på konstitusjonelt nivå. I nordisk strafferettsdoktrine har Frände gjort og trukket konsekvensen av en slik kobling:

Ett demokratisk och pluralistiskt samhälle, som det finska, kan inte som skyddsintressen acceptera andra värden än de som direkt eller indirekt tjänar den enskildes rätt till självförverkligande eller självbestämmande. Det viktigaste tecknet på att ett visst skyddsintresse innehar egenskapen att kunna befrämja individens självförverkligande är att skyddsintresset i fråga ingår i GL eller i konventionerna om mänskliga rättigheter. Med andra ord skall de rättsprinciper som utgör basen för hur objekten värderas vara förankrade i de grundläggande fri- och rättigheterna.⁴⁶⁵

463 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

464 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91.

465 Frände 2004 s. 23.

Med et slikt syn blir beskyttelse av individets grunnleggende menneskerettigheter det eneste legitime formålet med kriminalisering.

Tilsvarende oppfatning finner vi igjen i tysk doktrine. Her tar flere til orde for at straff bare kan brukes for å beskytte personlige rettsgoder («die personale Rechtsgutslehre»)⁴⁶⁶ Som det fremgår av sitatet fra Frände ovenfor, er rasjoalet at et individs frihet kun kan begrenses ved bruk av straff i de tilfeller individet handler slik at et annet individs frihet blir begrenset. Tankegangen er fundamentert på at staten ikke er til og opprettholdes for egen del, men for å tjene individene.⁴⁶⁷ Staten er et resultat av og bygger sin legitimasjon på samfunnskontrakten. Samfunnskontrakten er *det* bærende elementet i opplysningstidens filosofi, som nå er en realitet i demokratiske rettsstater. Ved inngåelse av samfunnskontrakten oppgir individene noe av sin frihet, men ikke mer enn det som er nødvendig for fredelig sameksistens.⁴⁶⁸ Staten kan dermed kun gripe inn i et individs frihet hvis det gjøres for å beskytte et annet individs frihet.⁴⁶⁹ En nødvendig følge er at statens maktbruk, og da særlig bruk av samfunnets hardeste virkemiddel mot en person, ikke kan forankres i formål som å opprettholde staten for statens egen del. Maktbruk i form av straff kan heller ikke forankres i formål som ikke direkte kan tilbakeføres til vern av enkeltmenneskets frihet. Tilsvarende klart er det at en slik begrensning av statens legitime formål for bruk av straff er direkte forankret i menneskeverdet: Mennesket har en iboende autonomi og kan ikke brukes som

466 Bl.a. Roxin 2006 s. 16: «Die Aufgabe des Strafrechts liegt darin, seinen Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte zu sichern. Bezeichnet man diese Aufgabe zusammenfassend, sind unter Rechtsgütern alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.» Se også Hassemer 2003 s. 57; Schünemann 2003 s. 149–153 og Sternberg-Lieben 2003 s. 67–68. Det er også kritiske røster til rettsgodelæren, se bl.a. Lernestedt 2003 s. 151–155; Ambos 2016 s. 177–194; Lagodny 2016 s. 672–680 og Stuckenberg 2017 s. 349–362.

467 Sternberg-Lieben 2015 s. 32.

468 Schünemann 2003 s. 137–138 og 141; Roxin 2006 s. 16; Kaspar 2014 s. 198 og Schünemann 2016 s. 657. Engländer 2015 s. 622–623 og 633–634 er kritisk til bruk av samfunnskontrakten som forklaringsmodell.

469 Jf. John Stuart Mills maksime i essayet «On Liberty»: «The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. *That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others*» (min kursivering). Sitat Mill/Collini 2013 s. 13.

et redskap for å oppfylle en annen persons frihet, vilje eller målsettinger.⁴⁷⁰ En begrensning av statens legitime formål med bruk av straff til beskyttelse av individets grunnleggende frihetsretter er således best i samsvar med de overordnede verdiene i en demokratisk rettsstat: frihet og menneskeverd.

Etter min oppfatning er dette en riktig avgrensning av hvilke formål som er legitime ved kriminalisering. Spørsmål og vurderinger av kriminalisering forankres på denne måten i formålet med statlig maktbruk og maktbrukens eneste legitimitet. Det gir en prinsipielt riktig tilnærming til kriminaliseringsspørsmål. Å anlegge et slikt vurderingstema ved spørsmål om kriminalisering vil også ha praktisk betydning. Drøfting av kriminaliseringsspørsmål ut fra en åpen interesseavveining (hensyn for og mot), ved å spørre om handlingen er straffverdig, om den er i strid med allmennhetens rettsfølelse, om allmennpreventive hensyn taler for kriminalisering, om handlingene vekker indignasjon mv., vil i større grad lede til kriminalisering enn om man forankrer drøftelsen i spørsmålet om hvorvidt og i hvilken grad handlingen krenker personlige rettsgoder.

Å begrense adgangen til kriminalisering til beskyttelse av personlige rettsgoder kan umiddelbart fremstå som vidtgående. Noen presiseringer av standpunktet er derfor nødvendige. Avgrensingen innebærer at en kriminalisering må ha beskyttelse av individets grunnleggende frihetsretter som *overordnet siktemål*. I en moderne stat anno 2024 er det ikke tilstrekkelig for å verne individets grunnleggende frihetsretter kun å kriminalisere direkte angrep på individets grunnleggende menneskerettigheter. Et klart eksempel er at også kvalifiserte angrep på staten (som jo har som eneste oppgave å verne om individenes frihet og menneskeverd) vil kunne representere et angrep på individenes rett til frihet og menneskeverd. Det er derfor både legitimt og nødvendig å kriminalisere ulike former for angrep på statens selvstendighet og sikkerhet, samt handlinger som utgjør angrep på rettsstaten (motarbeidelse av rettssystemet, bestikkelser i offentlig sektor mv.). Det samme gjelder for kvalifiserte angrep på innretninger som skal sikre opprettholdelsen av staten, slik som skattefundamentet, trygde- og sosialsystemet og deler av det økonomiske systemet, slik som bank- og finanssystemet. Vern av naturmiljøet er også et formål som står i direkte sammenheng med vernet av individets liv og rett til privatliv.⁴⁷¹ En samlebetegnelse for slike rettsgoder er «kollektive rettsgoder».⁴⁷²

470 Nærmere punkt 2.2.

471 *Verein Klimaseniorinnen Schweiz og andre mot Sveits*, sak nr. 53600/20, storkammerdom 9. april 2024 avsnitt 538–540 og 574.

472 Se Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 47, som bruker dette begrepet.

Strafferettslig vern av kollektive rettsgoder, hvor formålet med kriminaliseringen kan tilbakeføres til og forankres i vern av personlige rettsgoder, er klart legitimt.⁴⁷³ Ved vurdering av kriminalisering av angrep på kollektive rettsgoder må ikke det overordnede siktemålet for kriminaliseringen (den reelle og eneste grunnen til kriminalisering), som er beskyttelse av personelle rettsgoder, tapes av syne. Det er nettopp ved kriminaliseringer som ligger utenfor kjernen av vernet av individets grunnleggende frihetsretter, at det er fare for at den legitime forankringen for kriminaliseringer kan tapes av syne. En slik bruk av den personelle rettsgodelæren som avgrensingsverktøy for hva som er legitime formål med straff, er neppe kontroversiell ut fra en statistisk og pragmatisk tilnærming, uansett hvilken oppfatning man skulle ha om rettsstatlige grenser for kriminalisering.⁴⁷⁴ Det er ved drøftelsene av yttergrensene for hva som er en legitim kriminalisering, at kontroverser vil oppstå, jf. nedenfor. Rettsgodebegrepet presiserer kravet om legitimt formål ved kriminalisering.

I tillegg til de prinsipielle årsakene som begrunner å ha den personelle rettsgodelæren som omdreiningspunkt ved vurdering av om en kriminalisering er legitim, er det også mer praktiske grunner som støtter en slik tilnærming. Ved vurderingen av om en kriminalisering er proporsjonal *stricto sensu*, skal det blant annet gjøres en avveining mellom behovet for kriminalisering (inngrepet) og betenkelighetene ved å gjøre et inngrep i individets privatliv med kriminalisering (individets frihet). Ved vurderingen av behovet for inngrepet er det sentralt å ta stilling til hvor sentralt og viktig det er å vareta formålet med inngrepet.⁴⁷⁵ Ved denne vurderingen vil det være til stor hjelp å rette fokus mot hvilket rettsgode som beskyttes ved kriminaliseringen. En kriminalisering som gjøres for å beskytte kjerneområdet av de personelle rettsgodene, er klart mer sentralt og viktigere enn å kriminalisere for å beskytte kollektive rettsgoder, som har en fjern og kanskje avledet sammenheng med personelle rettsgoder. Dette viser at rettsgodeterminologien også er et viktig redskap for den som skulle mene at lovgivers vurderinger av kriminaliseringer beror på en åpen interesseavveining.

473 Jeg leser det slik at Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 47 er på linje med dette standpunktet, når det uttales at «vernet av individet innebærer med nødvendighet også et vern om såkalte kollektive rettsgoder. For realiseringen av individets frihet er eksistensen av en rekke kollektive institusjoner og ordninger avgjørende.» Samme tilnærming legges til grunn i tysk doktrine, som bygger på den personale rettsgodelæren, se bl.a. Hassemer 2003 s. 64; Roxin 2006 s. 17–18 med videre henvisninger; Sternberg-Lieben 2015 s. 33–34 og Kaspar 2014 s. 218.

474 Frände 2004 s. 23 uttaler: «På det hela taget är det inte särskilt svårt att finna stöd i GL för de flesta kriminaliseringar i SL.» Se likedan Roxin 2006 s. 17.

475 Nærmere punkt 8.1.

ii) Grensetilfelle: kriminalisering for vern av moral og religion

(1) *Innledning*

Straffelovkommisjonen drøfter spørsmålet om brudd på moraloppfatninger bør kriminaliseres som ledd i en presisering av skadefølgeprinsippet. Kommisjonen viser til at det finnes noen som hevder at samfunnet hviler på en moralsk konsensus, og at det som truer moralen, også truer samfunnet. «Mange» av tilhengerne av dette synet mener at det er legitimt å bruke straff for å beskytte samfunnets felles moral. Det sies ikke noe om hvem bærerne av en slik oppfatning er. I alle tilfeller deler kommisjonen ikke et slikt synspunkt:

Et visst fellesskap i verdi- og moralsyn er nødvendig for at et samfunn skal kunne fungere uten store konflikter. Moralnormer som omhandler liv, legeme, frihet og eiendom, er trolig av slik betydning. Det kan imidlertid reises en rekke innvendinger mot det synet at straffeloven bør verne om samfunnets felles moral også når en handling ikke har andre skadevirkninger enn en oppløsning av samfunnsmoralen.⁴⁷⁶

Kommisjonen tar altså til orde for at kriminaliseringer som ikke har andre skadevirkninger enn oppløsning av samfunnsmoralen, ikke er tilstrekkelig til å kvalifisere som «skade» i skadefølgeprinsippet forstand.

Justisdepartementet legger til grunn at «[s]traff bør normalt ikke brukes for å verne moralske eller religiøse normer».⁴⁷⁷ Departementet gir en utførlig begrunnelse og presisering av standpunktet om at straff normalt ikke bør benyttes for å verne moralske eller religiøse normer. Argumentasjonen følger de samme linjene som Straffelovkommisjonens:

For det første er det et spørsmål om og eventuelt i hvilken utstrekning en svekking av moralnormer kan skade samfunnet. Det kan hevdes at den rådende moral er en del av samfunnet og bidrar til å hindre at samfunnet oppløses. Bruk av straff vil i så fall være i samsvar med skadefølgeprinsippet dersom trusselen om straff bidrar til å opprettholde moralen slik at samfunnet likevel ikke går i oppløsning.

Departementet er imidlertid enig med kommisjonen i at det hefter svakheter ved et slikt resonnement, jf. delutredning VII side 80. En ting er at det ikke alltid finnes noen felles moral. Men det er heller ikke gitt at et angrep på moralen svekker den; angrepet kan for eksempel etterfølges av en fri meningsbrytning

476 NOU 2002: 4 s. 80.

477 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

som opprettholder eller endog styrker moralnormen som er brutt. Og selv om moralnormen skulle vise seg å bli svekket, er en åpen og fri meningsutveksling i seg selv så viktig at et ønske om å verne moralnormen må vike, jf. om hensynet til ytringsfriheten i St.meld. nr. 26 (2003–2004) om endring av Grunnloven § 100 side 18–21. Som kommisjonen dessuten peker på, er ikke en mest mulig konform moral nødvendigvis et gode for samfunnet.

Departementet er videre enig med kommisjonen i at straff trolig har liten påvirkningskraft på moralsynet på en del områder. Dessuten vil moralske holdninger ofte best kunne bygges opp og håndheves gjennom sosiale sanksjoner som rettes mot den som har brutt normen – hevede øyebryn, risting på hodet, kritiske utsagn og eventuelt utelukkelse fra et fellesskap. Slik sett er det opp til alle og enhver å håndheve moralreglene som den enkelte synes det er verdt å forsvare.

Flere av de hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av om straff bør brukes for å verne om moralske normer, gjør seg også gjeldende i en diskusjon av om straff bør brukes for å verne om religiøse normer og den enkeltes religiøse følelser. Også et angrep på religiøse normer og følelser kan forsvares med motargumenter i en fri og åpen meningsutveksling. Noe strengt skille mellom religiøse og moralske normer lar seg uansett ikke stille opp.

I forhold til angrep på religiøse normer kan det imidlertid noe lettere enn ved angrep på moralske normer inntre ulike former for skader som etter omstendighetene kan berettige bruk av straff. Religiøse normer er ofte et kjennetegn ved særskilte fellesskap og enkeltpersoner som er en del av disse fellesskapene. Grovere former for angrep på trossetninger og livssyn vil derfor for eksempel kunne påvirke den enkeltes livsutfoldelse i negativ retning, ikke minst gjennom å påvirke det 'klimaet' vedkommende møter i samfunnet. Spørsmålet om å avkriminalisere blasfemi bør ses i et slikt perspektiv, jf. ytringsfrihetsmeldingen (St.meld. nr. 26 (2003–2004)) side 60–65. Straffebud som verner ulike religioner og den enkeltes religiøse følelser, kan derfor avverge skadelige virkninger. Dette kan i tiden fremover vise seg å bli viktigere enn før, som en følge av at nye religioner er blitt en del av det flerkulturelle Norge.

Dersom religiøse handlinger og sammenkomster blir avbrutt eller forstyrret, vil den enkelte deltakers muligheter til å praktisere sin religion i fred bli skadelidende. Dette er ikke primært tale om skader på religiøse normer, men på mer generelle verdier som møtefrihet og ytringsfrihet. Overfor slike følger kan det være i tråd med skadefølgeprinsippet å anvende straff.⁴⁷⁸

478 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 90.

Begrunnelsen for at straff ikke bør benyttes for å verne om moralske normer, er her i betydelig grad knyttet til nyttebetraktninger. Nærmere bestemt legges det til grunn at straff trolig vil ha liten effekt for påvirkning av moralnormer, og at andre tiltak og mekanismer enn straff vil være mer hensiktsmessig for å verne moralnormer. Disse momentene har en side til om inngrep i form av kriminalisering vil være egnet til å forfølge formålet, og ikke om det er legitimt i seg selv. Det er også spor av argumentasjon som har tilknytning til nødvendighetskravet, ved at moralske holdninger best kan bygges opp og håndheves gjennom andre regler enn straffebestemmelser. Denne argumentasjonen går imidlertid ikke direkte i rette med bruk av straff for å benytte moraloppfatninger.

Men begrunnelsen er også prinsipielt forankret. Konkret vises det til at selv om en moralnorm skulle bli svekket, er åpen og fri meningsutvikling i seg selv så viktig at et ønske om å verne normen må vike. Dette eksemplifiseres med en henvisning til ytringsfriheten. Det uttales også at en mest mulig konform moral ikke nødvendigvis er et gode for samfunnet. Grunnlaget for disse argumentene er at kriminalisering for å verne moraloppfatninger utgjør et inngrep i borgernes frihet som ikke vil være legitim. En kriminalisering av moraloppfatninger vil i tillegg til ytringsfriheten kunne gripe inn i blant annet retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

Ved stortingsbehandlingen går man kanskje enda lenger i å være kritisk til kriminalisering grunnet i moraloppfatninger: «Dersom skadefølgeprinsippet legges til grunn ved utforming av ny straffelov, vil straff ikke kunne brukes utelukkende for å beskytte moralske eller religiøse normer [...]. Komiteen vil i den forbindelse fremheve at det er viktig å skape en økt bevissthet i befolkningen om at ikke alle handlinger som er lovlige, er rettmessige eller etisk forsvarlige» (min kursivering).⁴⁷⁹

Samlet sett etablerer lovgiver her ganske sterke betenkeligheter mot kriminalisering ut fra å vareta moraloppfatninger. Det er i det hele vanskelig å se for seg et eksempel på at kriminaliseringer forankret utelukkende i å beskytte moraloppfatninger er legitimt.

(2) *Kan det skilles mellom strafferettslig relevant skade på et rettsgode og skade på moral?*

Etter både Straffelovkomisjonens og Justiskomiteens resonneringer er det en forskjell på størrelsene «skade» i skadefølgeprinsippet på den ene side og «moral» på den annen. Nærmere bestemt legges det av begge til grunn at skade utelukkende på moraloppfatninger ikke anses som en strafferettslig relevant form for skade.

479 Innst. O. nr. 72 (2004–2005) s. 17.

Frøberg drøfter om det i det hele er mulig å skille mellom skade og brudd på moralske normer. Først fremholdes at det ikke er empirisk og objektivt konstaterbart hva som er en «skade», i skadefølgeprinsippets forstand. Det vil alltid være et verdispørsmål. Og verdispørsmål løses på bakgrunn av tids- og kulturavhengige idealer. Standpunktet underbygges med eksempler. Det vises til at etter tolvtafleloven hadde kreditor rett til å drepe en forsømmelig debitor, mens en drapshandling under slike omstendigheter i dag åpenbart er legitimt å kriminalisere ut fra skadefølgeprinsippet. Det konkluderes med følgende:

Det skadefølgeprinsippet peker hen mot, er derfor ikke annet enn det standpunkt at i Norge regnes et drap begått under gitte omstendigheter per dags dato for å ha skadelige følger. Samtidig regnes andre typer atferd, for eksempel utroskap, for utelukkende å være et moralsk anliggende. Men dermed er skadefølgeprinsippet også tømt for innhold. Det gir ingen kriterier for å avgjøre hvilke virkninger som skal henføres under skadebegrepet – utover å gi en kongruens av enkeltoppfatninger, for eksempel det syn at rovmord er skadelig, en teknisk betegnelse ('skade' versus (utelukkende) krenkelse av en moralsk norm).⁴⁸⁰

Deretter drøfter Frøberg om det verdimesig kan skilles mellom atferd som krenker moralske normer av grunnleggende betydning for samfunnet, og atferd som ikke krenker slike grunnleggende normer. «Skade» blir i tilfelle en betegnelse på konsekvensene av førstnevnte type atferd. Frøberg påpeker at det ikke finnes noen kriterier for å avgjøre når en atferd skal henføres i den ene eller andre kategorien. Og på grunn av fraværet av et empirisk kriterium eller andre måter å skille mellom sentrale og perifere moralnormer på er vi overlatt til en ren interesseavveining: «Hvor tungt gjør hensynet til en ensartet moral seg gjeldende, og hvor tungtveiende er de motstående hensyn, for eksempel hensynet til enkeltindividets rett til å ytre seg fritt og ha sitt privatliv i fred? Å stemple atferden som henholdsvis 'skadelig' eller 'utelukkende umoralsk' virker i så fall bare tilslørende.»⁴⁸¹ Frøberg kommer til følgende konklusjon: «Den forutgående drøftelse viser at det på et konseptuelt plan er tilnærmet umulig å skille mellom skade og moral – både ut fra et kriterium basert på en empirisk avgrensning av 'skade' og ut fra et kriterium basert på et skille mellom ulike typer moralske normer. Klassifikasjonen 'skade' er alltid utslag av et normativt valg, som beror på en avveining mellom den moralske

480 Frøberg 2010 s. 54–55.

481 Frøberg 2010 s. 55.

motvilje mot å akseptere en viss atferd og de hensyn som måtte trekke i motsatt retning.»⁴⁸²

Ut fra det brede, prinsipielle og tekniske perspektivet som anlegges, er jeg enig i at det ikke er mulig å oppstille empiriske og objektive kriterier for hva som skal anses som en «skade» i skadefølgeprinsippets forstand. Empirien vil variere med tid, sted og kultur. Anlegger man et litt snevrere perspektiv tids- og kulturmessig, vil jeg imidlertid tro at det er mulig i visse tilfeller å skille mellom strafferettslig relevant «skade» på den ene siden og «moral» på den annen. I en slik litt snevrere kontekst blir ikke skadefølgeprinsippet helt tomt for innhold. Hvis vi begrenser oss til vestlig kultur og vår tidsalder, er det eksempelvis empirisk og objektivt konstaterbart at forsettlige drapshandlinger, hvor det ut fra kontekst ikke finnes rettferdiggjøring (nødverge, krigshandlinger mv.), er kriminalisert fordi det utgjør en strafferettslig relevant skade. Det er også objektivt konstaterbart at grove krenkelser av den seksuelle selvbestemmelsesretten, eksempelvis voldtekt, ikke bare er brudd på moralnormer, men også en strafferettslig relevant skade. At forsettlig drap og voldtekt utgjør strafferettslig relevant skade som europeiske stater har en plikt til å kriminalisere, følger blant annet av EMK-retten.⁴⁸³ På «motsatt ende av skalaen» er det empirisk og objektivt konstaterbart at kriminalisering av homofilt seksuelt samkvem ikke er en strafferettslig relevant skade i vår kultur og tidsalder.⁴⁸⁴

Etter min oppfatning er det for øvrig ikke grunn til å forkaste sondringen mellom «skade» og «moral» ut fra en empirisk tilnærming på grunnlag av at det ikke gir løsninger som er uavhengige av tids- og kulturmessig kontekst. Det kan tvert imot spørres om slike kvaliteter er nødvendige når skillet funksjon er å ta stilling til kriminaliseringsspørsmål.

Når det gjelder den verdimeslige siden av sondringen mellom «skade» og «moral», er jeg enig i at sondringen overordnet er en interesseavveining. Det er imidlertid tilfellet ved svært mange vurderinger som gjøres, både rettspolitiske og rettslige. Et eksempel er forholdsmessighetsprinsippet. Helt overordnet er det også her tale om en ren interesseavveining. Hvor tungt gjør statens legitime behov for inngrep seg gjeldende, og hvor tungtveiende er individets frihetsrett, for eksempel retten til privatliv? Det er klart at slike vurderinger i grensetilfeller er vanskelige, og at de har et tydelig islett av verdioppfatninger og normative valg. Det er imidlertid utenkelig, i hvert fall innen europeisk rettslig tenkning i 2024, å forkaste

482 Frøberg 2010 s. 55–56.

483 Bl.a. *Osman mot Storbritannia*, sak nr. 23452/94, dom 28. oktober 1998 avsnitt 115 (drap) og *M. C. mot Bulgaria*, sak nr. 39272/98, dom 4. desember 2003 avsnitt 150 (voldtekt). Se Baumbach 2014 s. 373–392 for flere eksempler. Se også Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 78–81.

484 *Dudgeon mot Storbritannia*, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 48–63; *Norris mot Irland*, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988 avsnitt 39–47 og *A. D. T. mot Storbritannia*, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 31–39.

forholdsmessighetsprinsippet fordi det fører rettsskapere og rettsanvendere inn i interesseavveininger som er normative og verdimesseige.

Det er klart at en naken bruk av og henvisning til merkelappene «skadelig» og «umoralsk» når man tar stilling til kriminaliserings spørsmål, vil virke tilslørende. En normalt oppegående leser av en slik bruk av begrepene vil imidlertid skjønne at den som skrev teksten, manglet enten evne eller vilje til å presentere resonnementene som endte med konklusjonen «skadelig» eller «umoralsk». Å bruke skade- og moralbegreper utelukkende som «stempler», uten å presentere beveggrunnene for det, er nær en ren vilkårlighet. Det er altså ikke begrepene i seg selv som er tilslørende, men måten de brukes på. Skadefølgeprinsippets kjerne er ikke vanskelig å få tak på: Det foreligger en strafferettslig relevant skade når en person legger for dagen atferd som skader en annen persons rettsgoder (integritet, frihet, ytring, eiendomsrett). I et moderne samfunn kan atferd som ikke direkte og umiddelbart skader en annen persons rettsgoder, likevel indirekte medføre slik skade. Grensetilfellene for hva som er tilstrekkelig for å konstatere en strafferettslig relevant skade, er tvilsomme. Nærmere bestemt er spørsmålet i hvilken grad indirekte skade på personlige rettsgoder skal være strafferettslig relevant. Det er delte oppfatninger om dette. Likevel er det mulig å komme et godt stykke på vei med å presisere innholdet i skadebegrepet, samt begrepets «retning», jf. ovenfor bokstav e) i). Igjen er det overordnede spørsmålet, som ofte gir overraskende god veiledning for rekkevidden av skadefølgeprinsippet: «Blir min frihet innskrenket – direkte eller indirekte – av denne atferden?» Å operere med et skille mellom strafferettslig relevant skade og moral er også innarbeidet i andre rettssystemer.⁴⁸⁵

Det er for øvrig viktig å ha *in mente* at det er forholdsvis sjelden at det er moral som er skadefølgeprinsippets antagonist. I praksis er det grovt sett innenfor området sedelighet og seksualitet at spenningsforholdet mellom strafferettslig skade og moral kommer på spissen.⁴⁸⁶ Det nærmere forholdet mellom strafferett og moral burde vært viet mer oppmerksomhet. Det er imidlertid ikke rom for å åpne dette temaet ytterligere her.⁴⁸⁷

485 Bl.a. Frände 2004 s. 23; Trechsel/Noll/Pieth 2017 s. 22–23 (sveitsisk rett); Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 41–42 og Roxin 2006 s. 19–20 og 25–27 (tysk rett).

486 Se bl.a. Kühl 2017 s. 235–237, som i tillegg til seksualitet og sedelighet nevner følgende problemområder for grensen mellom strafferettslig relevant skade og moral: selvmord og medvirkning til selvmord, løgn og forledelse, fornærmelser mot person og brudd på nestekjærighet og omtanke.

487 Se Kühl 2001 s. 7–45; Fletcher 2007 s. 190–217 og Kühl 2017 s. 235–237, og mer generelt Kaufmann/Hassemer/Neumann 2011 s. 214–250. Se også plakatorisk, men treffende: Thomas Fischer, «Es gibt kein Strafrecht der Moral», Spiegel-Gespräch, *Der Spiegel*, 32/2014 s. 22: «Es gibt kein Strafrecht ohne Moral. Aber es gibt natürlich auch kein Strafrecht der Moral. Wenn man Moral eins zu eins in Recht übersetzt, kommt eine totalitäre Ordnung heraus. Es ist die Aufgabe des Rechtsstaats, aus der Moral einen rationalen Kernbestand von Regeln zu filtern, der eine handlungsleitende und gesellschaftsstabilisierende Funktion erfüllen kann.»

(3) *Kriminalisering av pornografi*

Straffeloven § 317 foreskriver en maksimumsstraff på fengsel i tre år for den som «a) utgir, selger eller på annen måte søker å utbre pornografi, b) innfører pornografi med sikte på utbredelse, c) overlater pornografi til personer under 18 år eller d) holder foredrag eller istandbringer offentlig forestilling eller utstilling med pornografisk innhold». Annet ledd slår fast: «Med pornografi menes i denne paragrafen kjønnslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående, herunder kjønnslige skildringer hvor det gjøres bruk av lik, dyr, vold og tvang. Som pornografi regnes ikke kjønnslige skildringer som må anses forsvarlige ut fra et kunstnerisk, vitenskapelig, informativt eller lignende formål.»

Bestemmelsen er en videreføring av tilsvarende straffebud i straffeloven 1902 § 204.⁴⁸⁸ Kriminaliseringen slik den er i dag, fikk sitt hovedinnhold i 1985.⁴⁸⁹ Ut fra forarbeidene er det på det rene at skildringer av alminnelig seksuell aktivitet mellom voksne, samtykkende mennesker omfattes av kriminaliseringen.⁴⁹⁰

Det er umulig å påvise noen form for strafferettslig relevant skade av pornografi som skildrer alminnelig seksuell aktivitet mellom voksne, samtykkende mennesker. Og hva er «alminnelig, seksuell aktivitet»? Det samme må gjelde dersom aktiviteten filmes eller skildres på annen måte. Formålet med kriminaliseringen av pornografi slik den i dag er, må forankres i moraloppfatninger. At bestemmelsen verner moraloppfatninger, ble påpekt av Straffelovkommisjonen⁴⁹¹ og Justis- og beredskapsdepartementet⁴⁹² ved revisjonen av sedelighetskapittelet i straffeloven i 2000. Det samme ble lagt til grunn av Stortinget i 2005⁴⁹³ og av

488 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 271.

489 Matningsdal 2023, kommentar til straffeloven § 317, punkt 1 og 7.1.

490 Innst. O. nr. 52 (1984–85) s. 18 og 28.

491 NOU 1997: 23 s. 71: «Bestemmelsens hovedformål er å verne moral- og sedelighetshensyn [...]».

492 Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 98, hvor det uttales at «det er vanskelig å se positive verdier og effekter av økt tilgang til pornografi for voksne. Pornografi er i stor grad beskrivelser av seksuelle handlinger totalt løsrivet fra et etisk og sosialt ansvar. Stort forbruk av pornografi kan derfor også hos voksne bidra til uthuling og undergraving av fellesverdier som samfunnet trenger og har rett til å beskytte. En liberalisering av pornografibestemmelsen vil derfor være et galt signal å gi i et samfunn der 'det offentlige rom' allerede er betydelig preget av en kommersiell utnyttning av seksualitet».

493 Innst. O. nr. 66 (2004–2005) s. 3: «Komiteen vil vise til at bakgrunnen for Stortingets vedtak 16. juni 2003 om et eget straffebud for barnepornografi, var at dagens pornografibestemmelse har et helt annet formål enn barnepornografibestemmelsene. Pornografibestemmelsen skal beskytte samfunnet mot handlinger en finner umoralsk eller støtende, mens et forbud mot barnepornografi først og fremst skal bidra til å beskytte barn mot seksuelle overgrep.»

Høyesterett.⁴⁹⁴ Frøberg uttaler at det er vanskelig å finne et klarere eksempel på en bestemmelse som er fundert i moraloppfatninger.⁴⁹⁵

Men hva sier forarbeidene til någjeldende § 317? Verken Straffelovrådet eller departementet sier noe om hva som er det legitime formålet med kriminaliseringen.⁴⁹⁶ Ut fra fokuset Straffelovkommisjonen har på skadefølgeprinsippet, fremstår det som eiendommelig. Det forsterkes av at kommisjonen ved drøftelsen av kriminalisering av pornografi uttaler: «Ser man bort fra den innsatsen som ytes for å bekjempe barnepornografi, er dette et straffebud som stort sett ikke håndheves, selv om overtredelsene er mange og åpenlyse. Dette kan virke nedbrytende på respekten for loven, og en rent sporadisk praktisering kan virke urimelig.»⁴⁹⁷

Hvorfor videreføres en kriminalisering som utelukkende bygger på moraloppfatninger? Forklaringen er sannsynligvis at stortingspolitikere i ulike fora gjentatte ganger (og tidvis på bemerkelsesverdige måter) har avvist initiativer fra utvalg, departement og stortingspolitikere om å bringe kriminaliseringen mer i samsvar med skadefølgeprinsippet.⁴⁹⁸ Det er forståelig at klare uttalelser fra stortingshold må tillegges stor vekt når grensene for kriminalisering skal utformes. Like klart er det at departementet må forholde seg til den politiske styringen av den utøvende makt. Når argumenter om utforming av kriminaliseringer ut fra skadefølgeprinsippet møter politiske ønsker, er det forklaringen på at fasadelegitimeringsteknikker tas i bruk av departement og Storting.⁴⁹⁹ Hva gjelder kriminaliseringen av pornografi, har departementet ikke engang brukt fasadelegitimasjon; det gjøres ikke forsøk på å drøfte det legitime formålet med kriminaliseringen.

494 Se Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 24, hvor det uttales at vurderingstemaet for hva som er «støtende» etter straffeloven § 317, er «dagens moral- og rettsoppfatning». Se også HR-2019-1715-A avsnitt 23: «Forbudet mot visse former for befatning med pornografi skyldes at lovgiver har ønsket å verne samfunnet mot bilder og andre skildringer som anses umoralske eller støtende. Begrunnelsen for forbudet mot seksuelle skildringer av barn er en annen, ettersom det sentrale er å bidra til å beskytte barn mot seksuelle overgrep.»

495 Frøberg 2010 s. 58.

496 NOU 2002: 4 s. 364–365 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 271.

497 NOU 2002: 4 s. 365.

498 Om kriminaliseringen i 1985, se Andenæs/Andersen 2008 s. 183–184, som beskriver et «kappløp» mellom stortingspolitikere og den ordinære lovgivningsprosessen. Behandlingsmåten karakteriseres som «høyst usedvanlig og lite heldig». Se også Jacobsen 2018 s. 112: «Sjølvsagt om både Høyesterett tidleg signaliserte og fleire utval har teke til orde for ei liberalisering av pornografistraftebødet, har lovgevar (med 'lovgevar' refererast det her og i det vidare til departementet og Stortinget, då det er her 'fronten' i stor grad synest å gå) gjennomgåande stritta imot, og då ofte med utgangspunkt i pornografien sine skadeverknader for barn og unge.» Se også andre eksempler hos Matningsdal 2023, kommentar til straffeloven § 317, punkt 7.1.

499 Frøberg 2010 s. 43–44.

Det er klart at det er problematisk når det gjøres en total revisjon av et lands straffelov, ikke å drøfte legitimiteten av en kriminalisering. Det gjelder i særlig grad når det er tale om en kriminalisering som er så problematisk ut fra skadefølgeprinsippet. En alternativ tilnærming fra departementets side ville vært åpent å presentere argumentene som følger av skadefølgeprinsippet ved kriminaliseringen av pornografi. Stortinget kunne så på dette grunnlaget vurdert og tatt stilling til kriminaliseringen. En slik fremgangsmåte er også klart å foretrekke for dem straffelovgivningen skal gjelde for og innskrenke friheten til.⁵⁰⁰ For den alminnelig oppegående leser fremstår både fasadelegitimasjon og, som i dette tilfellet, taushet om formålet med en kriminalisering som lett gjennomskuelig. Dette har en side til lovgivers og straffelovens legitimitet og seriøsitet. Et siste forhold er at det ikke fremstår som hensiktsmessig (og riktig, ut fra hvordan lovgivningsprosessen er lagt opp) at politiske argumenter kommer tungt inn og fordekker en åpen og fullstendig drøftelse på departementsnivå.

Slik situasjonen er i dag, har lovgiver ved utformingen av straffeloven § 317 egentlig ikke angitt noe legitimt formål med kriminaliseringen. Dette fremstår som problematisk opp mot kravene i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 om at et inngrep i borgernes frihet skal være forankret i et legitimt formål.⁵⁰¹

Det er interessant å se at disse betenkelighetene i praksis har fått gjennomslag ved tolking av straffebudet. I Rt. 2005 s. 1628 var spørsmålet om et blad med pornografisk innhold ble omfattet av ordlyden «kjønnslige skildringer som virker støtende» i § 204 annet ledd. Om det aktuelle materialet ble følgende lagt til grunn:

Magasinet er på 30 sider, og inneholder både fotografier og tekst, samt en del annonser. Bildene viser seksuell aktivitet mellom to og to voksne mennesker blant annet i form av vaginale og anale samleier, suging og slikking, til dels i nærbilder. Det dreier seg om ett heterofilt par, ett homofilt par, ett lesbisk par, ett eldre par og ett par med forskjellig hudfarge. I tillegg er det et oppslag med et heterofilt par som bruker seksuelle hjelpemidler som dildo, lenker, plastpisk og undertøy. Samtlige bilder gir inntrykk av at aktiviteten er frivillig.⁵⁰²

Påtalemyndigheten hadde anført at lovhistorien, der forslag om liberalisering av pornografibestemmelsen ikke var blitt fulgt opp av lovgiver, tilsa at domstolene

500 Likedan Frøberg 2010 s. 63: «Som straffelovgivningens adressater må vi kunne kreve at lovgiverne treffer et valg: enten åpent vedkjenne seg det når prinsippene blir fraveket, eller akseptere at en prinsippstyring av strafferettspolitikken vil kunne forde avgjørelser som koster både stemmer og politisk goodwill.»

501 Jf. punkt 5.3.1 c).

502 Avsnitt 10.

ved tolkingen av «støtende» stod mindre fritt enn de ville gjort i en situasjon der bestemmelsenes innhold ikke hadde vært forelagt Stortinget.⁵⁰³

Høyesterett så seg imidlertid ikke særlig bundet av uttalelsene som talte for at Stortinget ikke hadde ønsket en liberalisering. Spørsmålet som ble stilt av Høyesterett, var om innholdet i bladet

kan anses støtende ut fra dagens moral- og rettsoppfatning. Det må være oppfatningen hos folk flest, basert på en gjennomsnittsbetraktning, som her skal legges til grunn for vurderingen. På den ene side vil det da klart ikke være tilstrekkelig for straffbarhet at innholdet vekker sterke reaksjoner og oppleves som klart anstøtelig hos spesielle grupper eller enkeltindivider. Og det vil på den annen side heller ikke være tilstrekkelig at folk flest finner innholdet usmakelig, uten kunstnerisk kvalitet eller uønsket. Som det fremgår av det jeg tidligere har gjengitt fra Mykle-dommen, må det kreves en kvalifisert krenkelse.⁵⁰⁴

Høyesterett konkluderte med at materialet ikke var «støtende» i straffelovens forstand, og at vurderingen ikke hadde vært tvilsom.

Det Høyesterett i praksis gjør her, er i stor grad å sette til side uttalelsene fra lovgiverhold om tolkingen av kriteriet «støtende».⁵⁰⁵ I dag vil straffebudet først og fremst kunne omfatte materiale som er forbundet med vold og seksuelle overgrep, involvering av dyr og lignende.⁵⁰⁶ I slike tilfeller vil straffebudets beskyttelsesinteresse knytte an til en (utvidet) beskyttelse av personer og dyr som blir utsatt for skade. I noen grad vil et beskyttelsesverdig retts gode være å beskytte barn (personer under 18 år) mot skaden visse typer pornografi kan forårsake.⁵⁰⁷ Vi vil neppe se domfellelser for overtredelse av § 317 i tilfeller hvor en av disse beskyttelsesinteressene ikke er i spill, og hvor bruken av straffebudet er tuftet på beskyttelse av den alminnelige samfunnsmoralen. Vi ser altså at straffebudet tolkes innskrenkende i samsvar med det *legitime formålet* med kriminaliseringen.⁵⁰⁸

(4) Kriminalisering av incest

Straffeloven § 312 kriminaliserer den som har seksuell omgang med slektning i nedstigende linje. Som slektning i nedstigende linje regnes biologiske og adopterte

503 Avsnitt 18.

504 Avsnitt 24.

505 I samme retning Jacobsen 2018 s. 113, jf. s. 109 og 115.

506 Jacobsen 2024a, kommentar til § 317, nr. 1.

507 Nærmere Jacobsen 2018 s. 128–130.

508 Nærmere kapittel 9.

etterkommere. I § 313 fastsettes straff for den som har seksuell omgang med bror eller søster. Paragraf 314 kriminaliserer seksuell omgang med fosterbarn, stebarn eller en person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt. Begrensningen til 18 år gjelder bare for det siste alternativet.⁵⁰⁹ Det betyr at seksuell omgang med fosterbarn og stebarn er kriminalisert også når personene er voksne. «[S]tebarn» omfatter ektefelles barn fra tidligere ekteskap, og også en samboers særkullsbarn.⁵¹⁰ Alle bestemmelsene kriminaliserer å få fornærmede til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv.

Hvilke rettsgoder beskytter så kriminaliseringen av incest? Ved videreføringen av straffebudene om incest i straffeloven 2005 ble det ikke gjort noen vurderinger av hvorfor atferden skulle kriminaliseres.⁵¹¹ Tidligere rettstilstand ble videreført, samt at det ble gjort til dels vesentlige nykriminaliseringer.⁵¹²

For å avdekke hvilke rettsgoder kriminaliseringene varetar, må vi derfor undersøke motivene for tidligere kriminaliseringer. Lovgiver fremhever tre. Det første er at barn som unnfanges som resultat av incestuøs seksuell omgang, kan få misdannelser (eugenikk). Når det gjelder dette formålet, legges det til grunn av departementet at det har «en viss vekt»,⁵¹³ men at hensynet «har mindre vekt i dag enn tidligere».⁵¹⁴ Det er imidlertid flere forhold som taler for at eugenikk ikke er et legitimt formål med denne kriminaliseringen. For det første ville det måtte medføre straffrihet for seksuell aktivitet som ikke kan lede til unnfangelse av barn, samt seksuell aktivitet med bruk av prevensjon.⁵¹⁵ For det annet kan eugenikk ikke bære en kriminalisering av incestuøs aktivitet mellom personer som ikke er i slekt, noe som er kriminalisert i alle tre bestemmelser.⁵¹⁶ For det tredje er det påvist at risikoen for misdannelser ved unnfangelse som følge av samleie i en incest-situasjon, er svært lav. Andre kjente faktorer innebærer langt høyere risiko for misdannelser.⁵¹⁷ Det kan for øvrig på et mer overordnet grunnlag stilles spørsmål

509 Rt. 2012 s. 387.

510 Rt. 2015 s. 1345.

511 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 267–268.

512 Likedan Frøberg 2010 s. 59.

513 Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 108.

514 Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 77.

515 Likedan Frøberg 2010 s. 58.

516 Seksuell omgang mellom adoptivsøsken omfattes også, se Jacobsen 2024a, kommentar til § 313, nr. 2 og Matningsdal 2023, kommentar til straffeloven § 313, note 2. Derimot er seksuell omgang med et bortadoptert søsken ikke omfattet, se Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 79. Hvis kriminaliseringen hadde beskyttelse av avkom med eugenikk som formål, skulle slik seksuell omgang vært kriminalisert.

517 German Society of Human Genetics, «Stellungnahme der deutschen Gesellschaft für Humangenetik: Eugenische Argumentation im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Inzestverbots», 2008 s. 1–2, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11825-008-0099-6> (sist besøkt 13.2.24).

om kriminalisering av unnfangelse av barn hvor det er forhøyd risiko for misdannelser, i det hele tatt er et legitimt formål ved kriminalisering.⁵¹⁸ Blant annet leder en slik logikk til at personer med genetisk nedarvede sykdommer også bør kunne straffes for seksuell omgang som leder til videreføring av sykdommene. Et slikt resonnement aktualiserer vern av menneskeverdet.

Det andre rettsgodet som fremheves, er beskyttelse av barn og unge mot uønskede seksuelle erfaringer «som ofte representerer et misbruk selv om dette ikke er noe vilkår i lovteksten».⁵¹⁹ Å beskytte barn og unge mot misbruk er naturligvis et legitimt formål. Dette formålet gjør det imidlertid ikke legitimt å kriminalisere frivillig seksuell omgang mellom voksne samtykkende, som i stor grad er kriminalisert i §§ 312–314. Hvis det skulle være slik at det er tale om at en person utnytter et overmaktsforhold eller lignende, vil atferden være kriminalisert i straffeloven § 295. Her kriminaliseres blant annet det å skaffe seg seksuell omgang eller å få noen til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv, ved misbruk av avhengighetsforhold eller tillitsforhold. Det rammes også av straff å utnytte en person under 18 år i en særlig sårbar livssituasjon. Grovere former for misbruk i familieforhold vil for øvrig rammes av de øvrige straffebestemmelsene i seksuallovbruddskapittelet. Hvis beskyttelse mot misbruk skal være et legitimt formål med kriminaliseringen i §§ 312–314, måtte det i tilfelle være for å lette bevisbyrden for påtalemyndigheten. Man trenger da kun å bevise familietilknytning og seksuell omgang. Dette er imidlertid ikke fremhevet av lovgiver som et legitimt formål med kriminaliseringen. For øvrig er det tvilsomt om et slikt formål med kriminalisering vil være nødvendig og proporsjonalt.⁵²⁰ Det gjelder særlig atferd mellom voksne og samtykkende personer hvor det ikke består et slektskapsforhold. Det er også et spørsmål om en slik vidtgående kriminalisering av en presumsjon for å lette påtalemyndighetens bevisbyrde vil være i samsvar med uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 annet ledd og EMK artikkel 6 nr. 2.

Vi står da igjen med et siste retts gode som kriminaliseringene i §§ 312–314 er forankret i. Hva gjelder seksuell omgang med slektning i nedstigende linje, uttales det at slike forhold kan virke støtende.⁵²¹ Ved drøftelsen av kriminalisering av søskenincest fremholdes at bestemmelsen hovedsakelig er begrunnet i de samme

518 Se avgjørelse fra den tyske konstitusjonsdomstolen 2 BvR 392/07, *Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008*, avsnitt 82–85 («Abweichende Meinung des Richters Hassemer»). Se også Fischer 2021 s. 1181–1182 med videre henvisninger.

519 Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 80.

520 I samme retning Jacobsen 2024a, kommentar til § 313, nr. 1: «Det er ikke en tilstrekkelig begrunnelse for et straffebud som § 313 at det kan gi grunnlag for å dømme i saker der det ellers kan være bevismessige utfordringer». Se også Jacobsen 2009 s. 443–446.

521 Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 78.

hensynene som kriminaliseringen av incest i nedstigende linje. Det støtende med incest er at det bryter med moralske oppfatninger.

Denne undersøkelsen viser altså at det eneste bærende formålet med dagens kriminaliseringer av incest i §§ 312–314 er å beskytte moralske normer. Dette står i skarp kontrast til hva Stortinget la til grunn ved vedtakelsen av straffeloven: «Dersom skadefølgeprinsippet legges til grunn ved utforming av ny straffelov, vil straff ikke kunne brukes utelukkende for å beskytte moralske eller religiøse normer [...]. Komiteen vil i den forbindelse fremheve at det er viktig å skape en økt bevissthet i befolkningen om at ikke alle handlinger som er lovlige, er rettmessige eller etisk forsvarlige» (min kursivering).⁵²² I tillegg kommer at nykriminaliseringene som ble gjort ved utarbeidelsen av straffeloven 2005, overhodet ikke er forankret i noe legitimt formål.

Undersøkelsen av kriminaliseringene av pornografi og incest viser at lovgiver ikke har forholdt seg til kravet om forholdsmessighet og presiseringen av forholdsmessighetsprinsippet ved skadefølgeprinsippet ved kriminalisering. «Lovgiver» omfatter i juridisk språkbruk ikke bare Stortinget, men også samtlige instanser som har deltatt i lovforberedelsen. I dette tilfellet er det primært departementet som ikke har forholdt seg til forholdsmessighetsprinsippet ved utarbeidelse av forslag til kriminalisering. Dermed er ikke Stortinget gitt et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere kriminaliseringsspørsmålene. Det kan kanskje hevdes at Stortinget ville vedtatt straffebudene om pornografi og incest selv om de lovforberedende organene hadde gjennomført åpne drøftelser av forholdsmessigheten av kriminaliseringene. Jeg er ikke så sikker på det.⁵²³ I alle tilfeller ville det da fremgått tydelig at en kriminalisering som utelukkende er forankret i moral, var resultatet av et bevisst demokratisk valg.

Ut fra kravet om legitimt formål ved inngrep er det ikke i seg selv forbudt å forankre en kriminalisering i moraloppfatninger (samfunnsmoral). EMK artikkel 8 nr. 2 angir som legitimt formål «the protection of [...] morals».⁵²⁴ Men ut fra kravene til egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet vil ikke enhver kriminalisering basert på moraloppfatninger være forholdsmessig. Et åpenbart eksempel er kriminalisering av homofil seksuell omgang.⁵²⁵

522 Innst. O. nr. 72 (2004–2005) s. 17.

523 Se i samme retning Frøberg 2010 s. 63: «En del av de straffebud som er vedtatt videreført i straffeloven 2005, ville neppe overlevd en åpen diskusjon langs de linjer som her er skissert.»

524 Se bl.a. *Stübing mot Tyskland*, sak nr. 43547/08, dom 12. april 2012 avsnitt 61.

525 *Dudgeon mot Storbritannia*, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 48–63; *Norris mot Irland*, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988 avsnitt 39–47 og *A. D. T. mot Storbritannia*, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 31–39.

Ikke overraskende har Straffelovrådet foreslått avkriminalisering av søskenincest. Rådet legger til grunn at forbudet mot søskenincest ikke har en klar berettigelse i verneverdige interesser, og at kriminaliseringen vanskelig lar seg forsvare ut fra skadefølgeprinsippet.⁵²⁶ Derimot foreslås det å opprettholde kriminaliseringen av seksuell omgang med slektning i nedstigende linje. Begrunnelsen er at besteforeldre, foreldre, fosterforeldre og steforeldre har «en makt over slektning i nedstigende linje, fosterbarn og stebarn, som kan ha store konsekvenser også når den utsatte er voksen, selv om rettspraksis viser at forbudet i § 312 i dag hovedsakelig anvendes i tilfeller der fornærmede er under 16 år».⁵²⁷ Etter min oppfatning fremstår det legitime formålet med kriminaliseringen som svakt når «barnet» ikke lenger er et barn, men en voksen person. Begrunnelsen bærer preg av å være paternalistisk. Egnetheten og nødvendigheten av kriminaliseringen er også tvilsom.

Ovenfor så vi at Høyesterett i Rt. 2005 s. 1628 hadde tolket straffebudet om pornografi innskrenkende, og da i samsvar med det legitime formålet med kriminaliseringen. En forskjell mellom kriminaliseringen av pornografi og incest er at det er ganske åpenbart at det moralske synet på pornografi hadde endret seg. Det samme kan ikke sies om de mest kvalifiserte tilfellene av incest, særlig incestuøs seksuell omgang mellom personer i nedstigende linje, samt i noen grad søskenincest. Det er imidlertid ikke gitt at en tilsvarende test av samfunnsmoralen opp mot saksforhold hvor det ikke foreligger noe slektskapsforhold, og hvor det er tale om voksne, samtykkende personer, ville falt ut i straffebudets favør.⁵²⁸

iii) Grensetilfelle: kriminalisering av skade som noen påfører egne rettsgoder

(1) Innledning

Forarbeidene til straffeloven slår fast at straff som hovedregel ikke bør brukes mot skade som noen gjør på seg selv. Som eksempel nevnes for det første kriminalisering av dopingmidler. En slik kriminalisering vil ikke være berettiget dersom formålet alene er å beskytte brukerens helse. Men hvis det er tilstrekkelig underbygget at bruk av visse dopingmidler øker risikoen for vold, vil det ikke være i strid med skadefølgeprinsippet å kriminalisere bruk eller besittelse av dopingmidler.⁵²⁹

Et annet eksempel som nevnes, er forbudet mot fallskjermhopping i visse fjellområder. Loven er hovedsakelig begrunnet med faren som redningsmannskapene utsettes for, samt i en viss utstrekning at redningsaksjoner skjer forholdsvis hyppig,

526 NOU 2022: 21 s. 246. Likedan Jacobsen 2023 s. 43.

527 NOU 2022: 21 s. 246.

528 Nærmere kapittel 9.

529 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91.

og at de er dyre. Ved kriminaliseringen ble det at hopping kan medføre skade eller fare for skade på hopperen selv, ikke ansett som noen tilstrekkelig begrunnelse for kriminalisering.⁵³⁰

Et tredje eksempel som diskuteres i forarbeidene, er kriminaliseringen av narkotikabruk. Straffelovkommisjonen hadde med grunnlag i skadefølgeprinsippet og at narkotikabruk primært skader brukeren selv, foreslått avkriminalisering.⁵³¹ Departementet fremhevet imidlertid synspunktet om at en avkriminalisering kan tolkes som en legitimering av bruk av narkotika. I tillegg kom at alvorlig misbruk i betydelig grad også fører til psykiske skader og belastninger hos gjerningspersonenes nære pårørende. Narkotikabruk hadde derfor en indirekte skadevirkning. Departementet viste også til de store samfunnsmessige virkningene narkotikamisbruk fører med seg. Etter departementets syn tilsa derfor skadefølgeprinsippet at bruk av narkotika fortsatt burde være straffbart: Straffens preventive virkninger er særlig viktige for å hindre at barn og unge begynner å bruke narkotika i en sårbar oppvekstsituasjon.⁵³²

(2) Kriminalisering av befatning med dopingmidler

Legemiddeloven⁵³³ kriminaliserer «uten lovlig adkomst å erverve, besitte eller bruke stoff som etter forskrift med hjemmel i straffeloven § 234 første ledd er regnet som dopingmidler». Forskriften⁵³⁴ § 2 gir hjemmel for at Statens legemiddelverk i vedlegg til forskriften kan fastsette og endre hvilke stoffer som skal anses som dopingmidler. Listen angir til sammen 125 slike stoffer. Fellesnevneren for dopingmidler er at de er egnet til å øke menneskers prestasjonsevne på en kunstig måte.⁵³⁵

Frem til 1. oktober 2015 var ikke erverv, besittelse eller bruk av dopingmidler kriminalisert. I 2001 foreslo Justisdepartementet en kriminalisering. Høringsrunden avdekket imidlertid en uenighet om sammenhengen mellom bruk av anabole androgene steroider og økt aggresjon. En arbeidsgruppe utredet temaet nærmere og konkluderte med at sammenhengen ikke kunne dokumenteres vitenskapelig, men at årsaken heller ikke kunne utelukkes.⁵³⁶

Da spørsmålet om å kriminalisere erverv, besittelse og bruk av dopingmidler på ny ble løftet, la departementet til grunn at det er en sammenheng mellom bruk av androgene anabole steroider og økt aggresjon: «Sentrale instanser innen politi

530 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91.

531 NOU 2002: 4 s. 330–331.

532 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91.

533 Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler mv.

534 Forskrift 30. april 1993 nr. 318 om hva som er dopingmidler § 2.

535 Prop. 107 L (2012–2013) s. 3.

536 Prop. 107 L (2012–2013) s. 1.

og påtalemyndighet mener det er klare indikasjoner på at bruk av doping fører til mer aggressiv atferd og at personer som anvender doping lettere tyr til vold som konfliktløser, noe som i så fall innebærer negative konsekvenser for den som utsettes for vold og både voldsutøverens og offerets pårørende.»⁵³⁷ Hva gjelder vitenskapelig grunnlag for årsakssammenhengen mellom bruk av dopingmidler og aggresjon, vises det i forarbeidene til en metastudie. Her konkluderes det blant annet med at det er en «mulig årsakssammenheng» mellom bruk av anabole androgene steroider og aggresjon, og videre at mange kriminelle rapporterer en økning i voldskriminalitet når de bruker slike steroider.⁵³⁸ Det må sies at kunnskapsgrunnlaget for påstanden om at det er sammenheng mellom bruk av anabole androgene steroider og voldsutøvelse, er svakt. Det svake faktiske grunnlaget står i et spenningsforhold til uttalelsene om skadefølgeprinsippet i forarbeidene til straffeloven, om at det må være «tilstrekkelig underbygget» at bruk av dopingmidler øker risikoen for vold.⁵³⁹

De øvrige formålene med kriminaliseringen er å beskytte brukeren selv mot risiko for helsemessige problemer, at pårørende vil bli berørt dersom brukeren får helseproblemer, at bruk av dopingmidler er med på å finansiere annen kriminalitet, samt at kriminalisering vil gi en signaleffekt: Ved kriminaliseringen tydeliggjøres samfunnets holdning til dopingbruk.⁵⁴⁰

Justiskomiteens drøftelse av formålet med kriminaliseringen fokuserer i det alt vesentlige på de helsemessige og sosiale problemene som bruk av dopingmidler kan medføre, samt signaleffekten ved en kriminalisering. Risiko for aggresjon og voldsbruk overfor andre nevnes ikke.⁵⁴¹

Etter dette må det legges til grunn at kriminaliseringen av erverv, besittelse og bruk av dopingmidler i det alt vesentlige har som formål å beskytte mot at personer påfører egne rettsgoder skade. Den svake forankringen av kriminaliseringen i et legitimt formål får naturligvis betydning for vurderingen av kriminaliseringens nødvendighet og proporsjonalitet. Det vil også få betydning for bruken av straff i konkrete saker. I den sammenheng må det fremheves at Justiskomiteen, etter å ha konkludert med kriminalisering, uttaler at «[k]omiteen er glad for at departementet påpeker at bruk av doping skal møtes med helsehjelp i stedet for tradisjonell straff».⁵⁴²

537 Prop. 107 L (2012–2013) s. 13.

538 Prop. 107 L (2012–2013) s. 6.

539 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91.

540 Prop. 107 L (2012–2013) s. 13–14.

541 Innst. 315 L (2012–2013) s. 2–4.

542 Innst. 315 L (2012–2013) s. 4.

(3) Kriminalisering av bruk og besittelse til eget bruk av narkotika

Legemiddeloven § 24 slår fast at det er forbudt «uten lovlig adkomst å være i besittelse av eller å bruke narkotika». Bestemmelsen rammer oppbevaring til eget bruk samt selve bruken av narkotika.⁵⁴³ Straffen er bøter eller fengsel inntil tre måneder, eller begge deler. Riksadvokaten har lagt til grunn at grensen normalt går ved én til to brukerdoser.⁵⁴⁴ Er det tale om besittelse som går ut over personlig bruk eller er ment for salg, vil forholdet rammes av straffeloven § 231, som dreier seg om den som «oppbevarer» narkotika. Her er strafferammen to år for forsettlig forbrytelse og ett år for uaktsom overtredelse.

Ved forberedelsen av straffeloven 2005 gikk et flertall på tre i Straffelovkommisjonen inn for å avkriminalisere bruk av narkotika. Den sentrale begrunnelsen var at «[h]ovedformålet med en kriminalisering er å forhindre handlinger som medfører skade for andre enn gjerningspersonen selv [...]. De direkte skadevirkningene ved bruk av narkotiske stoffer rammer imidlertid utelukkende brukerne.»⁵⁴⁵ Mindretallet på to ønsket ikke en avkriminalisering. Det avgjørende argumentet var at en «avkriminalisering vil være et uheldig signal overfor unge mennesker i en valgssituasjon».⁵⁴⁶ Departementet var enig med mindretallet. Etter departementets oppfatning hadde flertallet i Straffelovkommisjonen hatt en for snever forståelse av skadefølgeprinsippet. Det ble fremhevet at narkotikabruk har en rekke indirekte skadevirkninger: For det første de virkningene en avhengighetsutvikling har overfor brukerens familie og vedkommendes sosiale miljø, og for det annet de virkninger narkotikabruk har for samfunnets økonomi og den generelle tryggheten og freden, blant annet som følge av økt narkotikatrafikk og vinningskriminalitet for å finansiere misbruk.⁵⁴⁷ I tillegg la departementet «betydelig vekt på at avkriminalisering vil gi et uheldig signal overfor unge personer i en valgssituasjon».⁵⁴⁸ Det samme gjorde Stortinget.⁵⁴⁹

Når man tar lovgiver på ordet, bygger kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk ikke på at lovgiver har kriminalisert atferd som skader egne rettsgoder. Det er den indirekte skaden av bruk og besittelse som er det legitime formålet med kriminaliseringen.

Ut fra lovgivers argumentasjon kan det se ut som at formålet med å beskytte mot indirekte skade som bruk av narkotika medfører, og formålet med å sende

543 Rt. 2005 s. 1319.

544 Riksadvokatens rundskriv nr. 1/1998 punkt IV.

545 NOU 2002: 4 s. 330–331.

546 NOU 2002: 4 s. 331.

547 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 93.

548 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 93–94.

549 Innst. O. nr. 73 (2008–2009) s. 18–19.

et signal om at en atferd er uønsket, anses som ulike formål. I realiteten er de to sider av samme sak. Nærmere bestemt har en kriminalisering som er begrunnet i signaleffekt, som formål å sende et signal om hva som er skadelig atferd, og som søkes redusert ved kriminaliseringen.⁵⁵⁰

Etter dette er det legitime formålet med kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk av narkotika tuftet på at slik befatning med narkotika kan forårsake en indirekte skade. Den skaden man i størst grad ønsker å forhindre, er at unge personer blir narkotikamisbrukere. Videre er kriminaliseringen begrunnet i at narkotikakriminalitet påfører brukerens familie og brukerens sosiale miljø skade. Ytterligere legitime formål er å beskytte samfunnets økonomi og den generelle tryggheten og freden, herunder å unngå vinningskriminalitet.

Et formål med kriminalisering som er legitimt, rekker ikke lenger enn det formålet selv tilsier. Hvis formålet er å beskytte unge mennesker mot å bli narkotikamisbrukere, må kriminaliseringen begrenses til de personene man anser som «unge». Dette formålet kan ikke brukes for å kriminalisere at personer på 40, 50 eller 60 år bruker narkotika eller besitter narkotika til eget bruk. Det er ikke til å komme forbi at en generell kriminalisering av alle samfunnsborgeres bruk av narkotika ikke bygger på et legitimt formål, når formålet er å beskytte unge mot å bli narkotikamisbrukere.

Formålet med å beskytte brukerens familie og sosiale miljø er isolert sett legitimt. Det er på det rene at tungt narkotikamisbruk av tunge narkotiske stoffer vil være en belastning på den som står misbrukeren nær. Det er likevel klart at ikke samtlige personer som bruker narkotiske stoffer, er en belastning for nærstående. Igjen: En kriminalisering kan ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det legitime formålet.

Ytterligere kan det settes spørsmålsteget ved om en kriminalisering som på denne måten likestiller all bruk av narkotika, er proporsjonal. Det er herunder grunn til å reflektere over det å kriminalisere et individs atferd for å begrense nærståendes belastninger. Det finnes mye et individ kan gjøre som påfører nærstående store bekymringer og skade, men som det ville vært uaktuelt å kriminalisere. Som eksempler kan nevnes å utøve risikosport, å delta i risikofylte militære oppdrag med fare for dødelig utgang, ikke å ha kontroll på matinntaket og påføre seg selv alvorlig fedme, som kan utløse alvorlige sykdommer og en tidlig død, å ha et overdrevent alkoholinntak, med lignende utfall, mv.

Ytterligere formål med kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk er å beskytte «samfunnets økonomi» mot virkningene av narkotikabruk samt å beskytte «den generelle trygghet». Dette er svært vide og uklare formål med en

550 Nærmere punkt vi).

kriminalisering. Etter min oppfatning er de for vide til at de kan fungere som legitime formål. Nærmere bestemt er de så vide og uklare at vurderingen av egnethet og nødvendighet ikke lar seg gjennomføre.⁵⁵¹

De siste formålene som angis, er at kriminaliseringen skal motvirke økt narkotikatrafikk og vinningskriminalitet for å finansiere misbruk. Når disse formålene benyttes for å legitimere kriminalisering av bruk og besittelse til eget bruk av narkotika, bærer det klart preg av at kriminaliseringen har som formål å legge til rette for kontroll. Dette behandles nedenfor i punkt iv).

Samlet sett bygger kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk på uklare og ganske svakt funderte legitime formål. Departementets drøftelse av legitime formål fremstår heller ikke som særlig gjennomtenkt, men mer som en samling av konkrete og situasjonsbetingede «hensyn for og mot». En klar og rasjonell identifisering av legitime formål med en kriminalisering er avgjørende for å kunne gjøre noenlunde forstandige vurderinger av kriminaliseringens egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet.

Rusreformutvalget hadde blant annet som mandat å utrede endringer i myndighetenes reaksjoner mot personer som tas for bruk og besittelse av narkotika, fra straff til hjelp, behandling og oppfølging.⁵⁵² Utvalget forstod dette som at regjeringen, gjennom en lovendring, ønsket å fjerne straffansvaret knyttet til overtredelse av forbudet mot bruk og besittelse av narkotika til eget bruk. Da utvalget drøftet avkriminalisering, var det altså i form av at visse handlinger ikke lenger skulle være straffbare, men at de likevel skulle være ulovlige. Utvalgets forslag om avkriminalisering gjelder dermed kun rettsvirkningen av å overtre forbudet mot befatning med narkotika.⁵⁵³

Utvalget påpeker at kriminalisering representerer et inngrep i retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, og at det ved inngrep må gjøres en begrunnet vurdering av om tiltaket er forholdsmessig.⁵⁵⁴ I kapittelet «Hensyn for og imot avkriminalisering» tas det utgangspunkt i at straff er samfunnets sterkeste virkemiddel for å motvirke og fordømme innbyggernes uønskede handlinger. Videre slås det fast at hvert enkelt straffebud må «ha et identifisert *formål*, og det må vises hvordan strafflegging er *egnet* til å oppnå dette formålet på en slik måte at straffens menneskelige og økonomiske kostnader rettferdiggjøres. I dette ligger at byrdene ved bruk av straff må stå i et rimelig forhold til straffens tilsiktede

551 Nærmere punkt 5.3.2 c).

552 NOU 2019: 26 s. 18.

553 NOU 2019: 26 s. 20–21.

554 NOU 2019: 26 s. 181–182.

virkninger», altså er det et krav om *nødvendighet* og *proporsjonalitet*.⁵⁵⁵ Etter en grundig drøftelse, med legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet som omdreiningspunkter, konkluderer utvalget med at en kriminalisering av bruk og befatning med en liten mengde til eget bruk ikke er legitimt.⁵⁵⁶ Ett medlem gikk inn for å opprettholde kriminaliseringen overfor ikke-avhengige brukere (eksperimentbrukere og rekreasjonsbrukere, inkludert personer under 18 år). Derimot skulle straff som hovedregel ikke brukes overfor narkotikaavhengige («problembrukere»).⁵⁵⁷

Departementet støttet utvalgets konklusjoner.⁵⁵⁸ Hva gjaldt mindretallets forslag, uttalte departementet at det ville være i strid med et strafferettslig likebehandlingsprinsipp å opprettholde en straffetrussel for noen, men ikke alle, for samme handling. «Videre vil det være glidende overganger mellom leilighetsbruk og avhengighet.»⁵⁵⁹

Da lovsaken ble behandlet i Stortinget, ble som tidligere nevnt likevel resultatet at et flertall (Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Senterpartiet) ikke støttet opphevelsen av straffansvar for bruk og besittelse til eget bruk. Sentralt for standpunktet var at flertallet var bekymret for signaleffekten en avkriminalisering ville ha, og at bruk av narkotika slik ufarliggjøres.⁵⁶⁰ Flertallet var særlig bekymret for konsekvensene en slik reform ville ha for narkotikabruken blant ungdom. Videre ble kriminaliseringen begrunnet med at narkotikabruk rammer både enkeltpersoner, familier og samfunnet generelt: «Mange rusavhengige lever i fattigdom, under uverdige forhold og sliter med psykiske og fysiske plager. Personer med ruslidelser har i dag vesentlig kortere levetid enn andre grupper i samfunnet. Flertallet mener at alle rusavhengige har rett på et verdig liv og nødvendig helsehjelp.»⁵⁶¹ Videre mente flertallet at Rusreformutvalget i svært liten grad hadde drøftet hvordan forebyggings- og tjenestetilbudet skulle bygges opp som følge av at man endret reaksjonsformen mot narkotikalovbrudd.⁵⁶² Flertallet var også skeptiske til at en avkriminalisering ikke ville øke bruken av narkotika.⁵⁶³

555 NOU 2019: 26 s. 247–248.

556 NOU 2019: 26 s. 247–269.

557 NOU 2019: 26 s. 365.

558 Prop. 92 L (2020–2021) s. 33–35.

559 Prop. 92 L (2020–2021) s. 35. Se også problematisert i Jørn Jacobsen / David Vogt: «Avkriminalisering bare for tungt rusavhengige vil stride mot Grunnloven», *Rettt24*, 3.5.2021, <https://rett24.no/articles/avkriminalisering-bare-for-tungt-rusavhengige-vil-stride-mot-grunnloven> (sist besøkt 13.2.24).

560 Innst. 612 L (2020–2021) s. 7 og 16.

561 Innst. 612 L (2020–2021) s. 7.

562 Innst. 612 L (2020–2021) s. 12.

563 Innst. 612 L (2020–2021) s. 13–14.

iv) Grensetilfelle: kriminalisering for å legge til rette for kontroll

Nok et grensetilfelle som tas opp i forarbeidene til straffeloven, er forholdet mellom skadefølgeprinsippet og kriminaliseringer som skal gi myndighetene økt mulighet for kontroll med at det ikke foretas skadegjørende handlinger. Departementet legger til grunn et prinsipp om at normer som primært skal sikre kontroll med at det ikke foretas skadevoldende handlinger, ikke bør være belagt med straff. Deretter nevnes to eksempler som er legitime unntak fra prinsippet. Det første er forbudet i vegtrafikkloven § 22 annet ledd, jf. § 31 mot å innta alkohol de seks første timene etter kjøring, som kan lede til politietterforsking. Bestemmelsen er nevnt av Straffelovkommisjonen som eksempel på at det kan være behov for å straffe overtredelser som gjør kontroll vanskelig. Et annet eksempel er regler om regnskapsføring som gir grunnlag for kontroll med at det ikke foretas straffbare økonomiske disposisjoner.⁵⁶⁴

Det er grunn til å merke seg at eksemplene som her nevnes, ikke på generelt grunnlag treffer hele befolkningen. Hva gjelder vegtrafikklovens kriminalisering av etterfølgende alkoholnyttelse, gjelder den kun for den som har førerkort, som er gitt tillatelse av myndighetene til å føre motorvogn, og som er deltaker i trafikken. Aktiviteten kombinert med alkoholnyttelse har et stort skadepotensial. Det er både stor fare for skade og fare for stor skade.

Kriminaliseringen av regnskapsovertredelser treffer heller ikke hele befolkningen, kun næringsdrivende som er underlagt regnskapsforpliktelser. Videre gjelder den kun når vedkommende utøver næringsvirksomhet. I tillegg kommer at det ved næringsdrift er et stort behov for kontroll ut fra skatte- og avgiftsmessige formål. Uten detaljerte krav til regnskapsførsel med sanksjoner ved overtredelse vil mulighetene til å kontrollere at næringsdrivende ikke skader skatteprovenyet, være sterkt begrenset.

Et fellestrekk ved disse to kriminaliseringene er at straffebudene er innrettet mot atferd som peker ganske direkte mot den atferden man egentlig ønsker å ramme med kriminaliseringen. Kriminaliseringen av etterfølgende alkoholnyttelse er gjort for å gjøre det mulig å straffe promillekjøring. Å innta alkohol etter kjøring som beskrevet i straffebudet legger ingen risiko for skade for dagen. Sagt med andre ord har lovgiver kriminalisert et faktum som peker direkte mot atferd som er skadelig, altså en presumsjon. Det samme er tilfellet med kriminaliseringen av regnskapsovertredelser. Ikke å føre regnskap påfører ikke noen direkte skade. Men svikt på dette punktet peker relativt direkte mot at skatteprovenyet kan bli skadet.

Det er atskillig mer tvilsomt om statens behov for kontroll er legitimt hvis det er tale om en kriminalisering som er generell, og hvor atferden som er kriminalisert, ikke er innrettet mot atferd som peker ganske direkte mot den atferden man egentlig ønsker å ramme med kriminaliseringen. Da Straffelovkommisjonen

564 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91.

drøftet spørsmålet om avkriminalisering av bruk av narkotika og besittelse til eget bruk, ble det uttalt at «straffebestemmelser som primært er begrunnet i politiets kontrollbehov, lett vil kunne lede til vilkårlighet og forskjellsbehandling».⁵⁶⁵

Rusreformutvalget stilte spørsmålet om hvilken vekt det skal tillegges ved kriminalisering at kriminaliseringen gir muligheter for å avdekke kriminalitet som ellers ville vært uoppdaget. Utvalget konkluderte med at det er «lite forenelig med en moderne strafferettstenkning å kriminalisere en adferd som et virkemiddel for å gi politiet adgang til å bruke straffeprosessuelle tvangsmidler med sikte på å avdekke annen mulig kriminalitet begått av disse personene».⁵⁶⁶ Imidlertid la flere høringsinstanser vekt på kontrollargumentet som grunnlag for ikke å avkriminalisere bruk eller besittelse til eget bruk.⁵⁶⁷ Forarbeidene fra stortingsbehandlingen viser også at kontrollargumentet ble tillagt vekt som argument for ikke å avkriminalisere.⁵⁶⁸ Vi ser altså igjen at lovgiver ikke forholder seg til egne begrensninger av adgangen til å kriminalisere.

Selv om kontrollargumentet skulle brukes som formål med å kriminalisere bruk og besittelse til eget bruk, vil en slik kriminalisering gi et svært beskjedent bidrag til oppklaring av kriminalitet. Overtredelse av legemiddeloven § 24 oppfyller straffesammekravet for ransaking, jf. straffeprosessloven § 192. Hvis en ransaking besluttet på grunn av skjellig grunn til mistanke om bruk eller besittelse til eget bruk, er det naturligvis dette forholdet som danner grunnlag for ransakingen. Det følger av ordlyden i § 192, sammenholdt med legemiddeloven § 24, jf. § 31 og faktumbeskrivelsen i siktelsen. En ransakingsbeslutning må etter dette spesifiseres på en måte som sikrer at ransakingen gjennomføres slik at den utelukkende retter seg mot det lovbruddet som etterforskes.⁵⁶⁹ Det samme følger av kravet om legitimt formål ved inngrep, jf. Grunnloven § 102 opp EMK artikkel 8. Nærmere bestemt er det legitime formålet med en konkret ransaking å finne beviser for det straffbare forholdet som er beskrevet i siktelsen. Det følger av dette at det ikke kan foretas ransaking for å undersøke om man kan finne bevis for at vedkommende (og langt mindre andre personer) har begått andre straffbare handlinger enn det siktelsen gjelder. Straffeprosessloven § 192 hjemler dermed ikke ransakinger og beslag for å finne bevis for hvem som solgte stoffet. «Tilfeldighetsfunn fra en lovlig ransaking kan riktignok beslaglegges og benyttes

565 NOU 2002: 4 s. 331.

566 NOU 2019: 26 s. 268.

567 Prop. 92 L (2020–2021) s. 33.

568 Innst. 612 L (2020–2021) s. 15–17.

569 Riksadvokaten, «Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk – relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker», 9.4.2021 s. 5. Se også s. 2–3, hvor dette kravet til relevant etterforskningsformål presiseres.

som bevis, men det er aldri et lovlig ransakingsformål å søke etter slike bevis.»⁵⁷⁰ For øvrig krever straffeprosessloven § 170 a sammenholdt med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 at en ransaking og et beslag er forholdsmessig, herunder stilles krav om legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet.

Ut fra disse rettslige rammene har Riksadvokaten etablert følgende retningslinjer for ransaking og beslag ved skjellig grunn til mistanke om bruk av narkotika og besittelse til eget bruk:

- «1. I tilfeller der det avdekkes at en person har brukt ulovlig rusmiddel, skal ransaking av mobiltelefon ikke benyttes for kun å avdekke det nærmere omfanget av rusmiddelbruken. Også andre etterforskningskritt med slikt formål må vurderes nøye, og skal ikke benyttes overfor kjente rusavhengige.
2. Det skal ikke gjennomføres tvungen rusmiddeltesting i form av blod- eller urinprøve etter straffeprosessloven § 157 for å bekrefte mistanke om bruk alene.
3. Ved straffeforfølgning av bruk av narkotika skal ikke tilhørende erverv og besittelse av brukerdoser påtales i konkurrans. Det skal ikke benyttes etterforskningsressurser alene for å kartlegge ervervet av narkotikaen som er brukt. Etterforskning av narkotikasalg må innrettes mot den som mistenkes for salg.
4. Ransaking rettet mot en mistenkt rusmiddelbruker må ikke foretas med det formål å avdekke en ukjent selger av stoffet. Undersøkelser med slikt formål kan bare gjennomføres i tilfeller der vilkårene for tredjemannsransaking er oppfylt.
5. Politiet skal ikke selv ta initiativ til å innhente samtykke til ransaking i narkotikasaker i tilfeller der de materielle vilkårene for inngrepet ikke er til stede. Dersom det unntaksvis gjennomføres undersøkelser etter mistenktes initiativ som i det ytre har karakter av ransaking, uten at de materielle vilkårene er oppfylt, må det sikres notoritet om mistenktes begjæring.
6. Kravene til beslutningsmyndighet, gjennomføring av ransaking og notoritet må nøye iakttas, jf. særlig straffeprosessloven §§ 197, 198 og 201. I tilfeller der vakthavende påtalejurist kan nås på telefon vil politiets tjenestepersoner bare unntaksvis ha selvstendig beslutningsmyndighet i kraft av hastekompetanse.»⁵⁷¹

Det er etter dette lite substans i å kriminalisere bruk av narkotika og besittelse til eget bruk ut fra et behov om å avdekke kriminalitet.

570 Prop. 92 L (2020–2021) s. 68.

571 Riksadvokaten, «Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk – relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker», 9.4.2021 s. 10–11.

v) Grensetilfelle: kriminalisering av ikke å hjelpe andre med å beskytte sine rettsgoder

Departementet uttaler at det følger av skadefølgeprinsippet at man bare helt unntaksvis bør bruke straff for å tvinge personer til å hjelpe andre. Et mulig utslag av dette synliggjøres gjennom Straffelovkommisjonens forslag om å oppheve straffeloven § 340. Bestemmelsen pålegger den som har funnet et bortkommet eller forlatt barn, snarest mulig å melde fra til barnets foresatte eller til politiet. (Dersom barnet derimot rettsstridig holdes borte fra foreldrene, vil forholdet rammes av andre og strengere straffebud.) Departementet mente derimot at kriminaliseringen burde beholdes fordi den «gir uttrykk for en grunnleggende samfunnsplikt».⁵⁷² Bestemmelsen er inntatt i straffeloven § 197.

Et annet eksempel er Straffelovkommisjonens forslag om å oppheve den i praksis lite benyttede regelen i straffeloven § 327, som blant annet rammer den som under nærmere omstendigheter unnlater på oppfordring å bistå en offentlig tjenestemann når hjelp er nødvendig for å avverge en forbrytelse eller ulykke.⁵⁷³ Departementet videreførte kriminaliseringen, men da ikke fordi straffebudet kriminaliserte det ikke å hjelpe andre med å beskytte sine rettigheter. Grunnen var at bestemmelsen ble ansett som overflødig ved siden av mer generelle straffebud om handleplikt i nødsituasjoner.⁵⁷⁴

vi) Særlig om kriminalisering forankret i signaleffekt og symboleffekt

Å sende et signal kan likestilles med å sende et varsel, en melding, en meddelelse eller en beskjed. Signaler er kanskje et litt mer formelt og indirekte middel for kommunikasjon, sammenlignet med de tilnærmet synonyme termene. «Signaleffekt» rent språklig betyr da effekten eller virkningen av å sende en beskjed eller melding.

Hva gjelder vårt tema, bruk av straff, har «signaleffekt» ulikt begrepsmessig innhold i ulike sammenhenger. For det første benyttes signaleffekt ved vurderinger av en kriminaliserings virkninger. Ved drøftelsen av strafferammer fremhever Straffelovkommisjonen at strafferammene i hvert enkelt straffebud har en signalfunksjon, i form av å gi uttrykk for lovgivers prioritering eller verdivurdering av de strafferettslige interessene.⁵⁷⁵ Det avgjørende argumentet for at kommisjonen foreslo egne straffebud om krigsforbrytelse, folkemord og forbrytelse mot

572 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 262.

573 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 91–92.

574 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 229.

575 NOU 2002: 4 s. 106.

menneskeheten, var å unngå at det ble stilt spørsmål ved norske myndigheters evne eller vilje til strafforfølgning på dette området: «En slik løsning vil også være et signal om at Norge anser de aktuelle forbrytelsene som særlig alvorlige.»⁵⁷⁶ Straffelovkommisjonen peker videre på at lovgiver ved innføringen av en egen generalklausul om miljøkriminalitet valgte å plassere bestemmelsen i straffeloven, og ikke i spesiallovgivningen. Det var begrunnet med lovgivers ønske om å signalisere at denne formen for kriminalitet anses som alvorlig.⁵⁷⁷ Straffelovkommisjonen bruker for øvrig signaleffekt og symbolvirkning som synonyme.⁵⁷⁸

Hvorfor er det nødvendig at lovgiver gir slike signaler om sin prioritering eller verdivurdering av ulike strafferettslige interesser? Svaret er knyttet til formålet med straff. Nærmere bestemt er hovedbegrunnelsen for bruk av straff ifølge forarbeidene allmennprevensjon.⁵⁷⁹ Når lovgiver gjennom strafferammer og på andre måter gir signaler om prioriteringer eller verdivurderinger, er det for å kommunisere i hvor stor grad allmennpreventive hensyn gjør seg gjeldende.⁵⁸⁰ At lovgiver gir uttrykk for sitt syn på i hvilken grad allmennprevensjon gjør seg gjeldende, er både ukontroversielt og nødvendig. Man må likevel merke seg at signaleffekten ikke i seg selv er grunnen til eksempelvis streng straff for grove forbrytelser. Grunnen er behovet for prevensjonsvirkning i befolkningen. «Signaleffekt» er benevnelsen som brukes når lovgiver ønsker å kommunisere et behov for å styrke allmennprevensjon.

For det annet har vi sett at signaleffekt er blitt brukt som formål ved kriminalisering. Kriminaliseringen av bruk av dopingmidler og bruk av narkotika er i stor grad forankret i signaleffekt. På samme måte som ved bruk av straff kan ikke signaleffekt i seg selv utgjøre et formål med en kriminalisering. Signaleffekten refererer seg til lovgivers ønske om å kommunisere til befolkningen at en atferd fortjener vår sterkeste sosial-etiske fordømmelse. Når man skal identifisere formålet med en kriminalisering, må man spørre hvorfor atferden skal kriminaliseres.⁵⁸¹

576 NOU 2002: 4 s. 276.

577 NOU 2002: 4 s. 161. Se også Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 122.

578 NOU 2002: 4 s. 160–161.

579 Nærmere punkt 5.2.2.

580 NOU 2019: 26 s. 267.

581 Likedan Roxin 2006 s. 25–26. Se også lignende Frøberg 2010 s. 60, som skriver følgende om signalargumentet opp mot avkriminalisering av narkotika: «Jeg vil imidlertid mene at signalargumentet og skadefølgeprinsippet må ses som to sider av samme sak – konsekvensen av å aksepterer departementets argumentasjon er at *signaleffekten må ses som en potensielt skadelig følge av opphevelsen av straffebudet*. Den grunnleggende tanken er at straffebudets eksistens reduserer atferdens utbredelse, og at opphevelsen vil føre til en skadelig reversering av denne effekten. Fakturerer vi inn disse omkostningene, kan derfor avkriminaliseringen ha større skadevirkninger enn en nykriminalisering.»

Dette spørsmålet må besvares ut fra en vurdering av om og i hvilken grad kriminaliseringen har et legitimt formål. Eksempelvis er det ukontroversielt at kriminalisering av drap og voldtekt har signaleffekt. Straffebudenes legitime formål er å beskytte de største angrepene på den personlige integriteten. I de tilfeller signaleffekt er anført som selvstendig legitimt formål med kriminaliseringen, må man stille seg spørsmålet hvorfor det er behov for en signaleffekt. Som påpekt ovenfor ved undersøkelsene av kriminalisering av doping og bruk og besittelse til eget bruk av narkotika er kriminaliseringene i realiteten forankret i et ønske fra lovgiver om å beskytte personer mot skade på egne rettsgoder.

En tredje bruk av signaleffekt-argumentet finner vi hos departementet i forarbeidene til straffeloven. Nærmere bestemt brukes det som et argument mot avkriminalisering: «For handlinger som har vært straffbare over lengre tid, vil avkriminalisering lettere skape inntrykk av at samfunnet aksepterer handlingen, enn tilfellet er ved en manglende nykriminalisering. Det er grunn til å tro at mange vil oppfatte en avkriminalisering som en [sic] signal fra samfunnet om at handlingen ikke lenger anses som skadelig eller farlig. Ofte er ikke det tilfellet. Departementet har derfor et annet syn enn kommisjonen på enkelte spørsmål om avkriminalisering.»⁵⁸²

Det er flere problemer med en slik bruk av signalargumentet. For det første er det, som Frøberg påpeker, tynt empirisk grunnlag for at en avkriminalisering får som konsekvens at befolkningen får inntrykk av at handlingen ikke lenger oppfattes som skadelig eller farlig.⁵⁸³ Uten ganske klare holdepunkter kan man ikke med rimelighet legge til grunn at befolkningen er så lite selvstendig tenkende, og ikke har et minimum av intelligens og kompetanse. For det annet bygger argumentet på at befolkningen vil legge til grunn noe som er feil, altså at samfunnet ikke lenger ser handlingen som skadelig eller farlig. At befolkningen vil være i villfarelse om faktiske omstendigheter, kan i seg selv ikke fungere som et legitimt formål med en kriminalisering. For at et formål skal være legitimt, må det bygge på reelle forhold. Å fortsette å kriminalisere atferd på grunn av en misforståelse i befolkningen er også uforenlig med at bruk av straff ikke må gjøres i større utstrekning enn nødvendig (*ultima ratio*).

For det tredje har EMD i dommen *Dudgeon mot Irland*⁵⁸⁴ stilt seg avvisende til at en slik bruk av signalargumentet er akseptabel. Spørsmålet i saken var om kriminalisering av frivillig homoseksuell omgang mellom voksne var i samsvar med

582 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 20.

583 Frøberg 2010 s. 60.

584 Sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981.

EMK artikkel 8. EMD kom til at kriminaliseringen ikke var forholdsmessig, og fremhevet blant annet følgende:

In particular, the moral attitudes towards male homosexuality in Northern Ireland and the concern that any relaxation in the law would tend to erode existing moral standards cannot, without more, warrant interfering with the applicant's private life to such an extent. *'Decriminalisation' does not imply approval, and a fear that some sectors of the population might draw misguided conclusions in this respect from reform of the legislation does not afford a good ground for maintaining it in force with all its unjustifiable features* (min kursivering).⁵⁸⁵

Elholm har rettet fokuset mot kriminaliseringer som baserer seg på symboleffekt. Han påpeker at signal- og symboleffekt også tidligere figurerte som formål med kriminaliseringer,⁵⁸⁶ men at trenden har økt: «A new shift in criminal policy seems to have started at the beginning of the twenty-first century. This new trend emphasises the emotional aspects of legislation and neglects, to some extent, facts, effects and effectiveness of criminal law and punishment. It is characterised by the importance given to the expressive function of criminal law, by the desire of the legislator to send signals and by symbolic statements expressing common moral beliefs and values.»⁵⁸⁷ Elholm viser at kriminaliseringer basert primært på signaleffekt gjør det vanskelig å klarlegge straffebudenes rekkevidde, og videre å implementere dem i praksis (gjennom etterforskning, tiltale om domfellelse).⁵⁸⁸

Det kan være ulike årsaker til økt fokus på signal- og symboleffekt ved kriminalisering. En er at strafferetten er et kraftig redskap for politikere når det skal utvises handlekraft i møte med komplekse problemer.⁵⁸⁹ Hörnle påpeker at forhold som kriser, følt usikkerhet samt innskrenket handlingsrom for nasjonal politikk leder til et behov for at nasjonale lovgivere demonstrerer sammenhold, og at kriminalisering brukes som et middel.⁵⁹⁰ Kubiciel fremhever tendenser i tiden som økt individualisering og økt sosial fragmentering av samfunnet. Fragmenteringen forklares blant annet med at etablerte institusjoner og arenaer for meningsutveksling har tapt betydning. I stedet for fornuftig meningsutveksling for å finne felles løsninger slutter vi oss til grupper som er preget av identitet og ideologi, og som til og med etablerer egne sannheter. I en slik fragmentert debatt oppstår

585 Avsnitt 61.

586 Elholm 2021 s. 84–85.

587 Elholm 2021 s. 83.

588 Elholm 2021 s. 94–95.

589 Elholm 2021 s. 89 med videre henvisninger.

590 Hörnle 2021 s. 54–55.

polarisering.⁵⁹¹ I en polarisert debatt vil drastiske og enkle virkemidler, som straff, ha en tendens til å få stort fokus.

f) *Sammenfatning*

Skadefølgeprinsippet ble etablert i norsk strafferett i forarbeidene til straffeloven. Det består av to elementer. For det første stilles det krav om at det som utgangspunkt er handlinger som kan kriminaliseres, og at handlingen må medføre skade eller fare for skade hvis kriminalisering skal være legitimt. For det annet må handlingen skade beskyttelsesverdige rettsgoder hvis kriminalisering skal være legitimt.

Det er nær sammenheng mellom skadefølgeprinsippet og kravet til at en kriminalisering må ha et legitimt formål. Nærmere bestemt er skadefølgeprinsippet en presisering og utdyping av kravet til at en kriminalisering må ha et legitimt formål.

Skadefølgeprinsippet kan ikke forstås som absolutte regler som avskjærer muligheten for å kriminalisere atferd som ligger i «grenseland», eller som i utgangspunktet støter an mot prinsippet. Poenget med prinsippet er at det gir et utgangspunkt der det stilles krav om en særskilt tungtveiende begrunnelse dersom straff skal tas i bruk.

I bokstav d) og e) ovenfor er fokuset rettet mot implikasjonene av skadefølgeprinsippet. Jeg har drøftet typetilfeller som viser at skadefølgeprinsippet er satt under press av lovgiver. Nærmere bestemt har lovgiver i for liten grad begrunnet kriminaliseringer som ligger i randsonen, og som også går lenger enn det som følger av skadefølgeprinsippet.

5.3.4 Kravet om legitimt formål og systematisering av straffelovgivningen

I tillegg til at forholdsmessighetsprinsippet har en viktig funksjon ved vurdering av kriminaliseringer (en kriminalitetsbegrensende og -legitimerende funksjon), har det en systematiserende funksjon. Nærmere bestemt er det lang tradisjon i flere rettssystemer for å systematisere straffebud ut fra hvilket legitime formål (retts gode) det skal beskytte. Fremgangsmåten har røtter tilbake til opplysnings-tiden.⁵⁹² Den er en konsekvens av oppfatningen om at strafferetten skal beskytte borgerne mot alvorlige inngrep i grunnleggende frihetsretter. For å opprettholde samfunnskontrakten må staten og statens institusjoner beskyttes.

591 Kubiciel 2019 s. 1120–1121.

592 Maurach/Schroeder/Maiwald 2009 s. 5–7.

En systematisering av kriminaliseringer basert på det legitime formålet kriminaliseringene skal vareta, gir økt oversikt, noe som er en klar pedagogisk fordel. I tillegg kommer at formålet med en kriminalisering er en sentral rettskilde ved tolkingen av straffebudet.⁵⁹³ Når de ulike straffebudene systematiseres ryddig, logisk og konsekvent, trer straffebudenes formål klart frem. En tydeliggjøring av formålet med kriminaliseringer øker dermed forutberegnelighet og rettsikkerhet. Med rettsikkerhet menes at rettsanvenderen tolker straffebudet riktig.

Det er etter dette ikke overraskende at den norske straffeloven i hovedsak er systematisert med grunnlag i de rettsgodene straffebudene skal beskytte. Lovforarbeidene viser at man så dette som det naturlige, uten noen nærmere drøftelse.⁵⁹⁴

Det er likevel en del eksempler på at straffebudenes rettsgodebeskyttelse ikke har fått gjennomslag. Ett eksempel er straffelovens kapittel 30, som har tittelen «Bedrageri, skattesvik og liknende økonomisk kriminalitet». I dette kapitlet finner vi blant annet kriminaliseringen av korrupsjon, økonomisk utroskap. Det er på det rene at disse kriminaliseringene ikke er «liknende økonomisk kriminalitet» som bedrageri og skattesvik ut fra hvilke rettsgoder straffebudene skal beskytte. Begrepet «økonomisk kriminalitet» sier heller ingenting om hvilke rettsgoder straffebudene skal beskytte. Særlig hva gjelder korrupsjonsbestemmelsen og utrokskapsbestemmelsen kan det hevdes at rettsgodebeskyttelsen (hvilket legitime formål straffebudene skal beskytte) i noen grad er kommet i bakgrunnen.⁵⁹⁵ Etter min oppfatning er dette et eksempel på at uklar og lite treffende systematisering av straffebudene ut fra beskyttelsesinteresse har virket inn på en uheldig tolking av straffebudene.

Et annet eksempel på at rettsgodebeskyttelsen ikke er iakt tatt ved plassering av straffebud, er innpassingen av heleri- og hvitvaskingsstraffebudene (§§ 332–341). Straffelovkommisjonen foreslo å plassere kriminaliseringen av hvitvasking i et kapittel med tittelen «Generelle bestemmelser til forebygging av andre straffbare handlinger». Det ble begrunnet med at «[h]ovedformålet med bestemmelsen om heleri og hvitvasking er å forebygge slike vinningsovertreelser, ved å gjøre det vanskeligere for gjerningspersonen å få glede av utbyttet».⁵⁹⁶

Departementet foreslo derimot å plassere bestemmelsene i kapitlet med overskriften «Vinningskriminalitet og liknende krenkelser av eiendomsretten», og slik ble det. Valget er ikke nærmere begrunnet i forarbeidene, ut over at departementet ikke ønsket et eget kapittel i straffeloven om vern av tillit.⁵⁹⁷ Tradisjonelt var

593 Nærmere kapittel 9.

594 NOU 2002: 4 s. 274–275 og Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 17–18.

595 Nærmere kapittel 9.

596 NOU 2002: 4 s. 303.

597 Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 17 og 291–294.

kriminaliseringen av heleri begrenset til befatning med utbytte fra underslag, tyveri, naskeri og ran. Det var da riktig å si at rettsgodebeskyttelsen var å gi et utvidet vern av den private eiendomsretten.⁵⁹⁸ Dagens kriminalisering av heleri og hvitvasking rammer imidlertid nærmest enhver befatning med utbytte fra alle mulige straffbare handlinger. Det er da ikke treffende å si at kriminaliseringen kun har som formål å gi en utvidet beskyttelse av eiendomsretten.

Slik kriminaliseringene av heleri og hvitvasking nå er utformet, er det sentrale rettsgodet behovet for effektiv etterforskning, irettføring og pådømmelse av handlinger som krenker rettsgoder som er beskyttet i primærlovbruddet.⁵⁹⁹ Et mer sekundært rettsgode er å beskytte økonomisk infrastruktur samt å hindre konkurransevridning.⁶⁰⁰

Det er heller ikke alltid naturlig å karakterisere hvitvasking som en vinningsforbrytelse. Dette følger umiddelbart av at den primære beskyttelsesinteressen er å forhindre andre lovbrudd. At hvitvasking ikke nødvendigvis er en vinningsforbrytelse, vises særlig klart ved at det å uaktsomt yte bistand til å sikre utbytte fra straffbare handlinger er kriminalisert. Siden rettsgodebeskyttelsen sier noe om kriminaliseringens rekkevidde og forholdet til andre straffebestemmelser, burde straffebestemmelsene vært plassert slik Straffelovkommisjonen foreslo. Alternativt burde straffebudene vært plassert i kapittel 19 om vern av offentlig myndighet og tilliten til den. Siden straffebudenes beskyttelsesinteresse primært er å forhindre at lovbrudd skjules, og å gjøre strafforfølgning mer effektiv, har kriminaliseringene av heleri og hvitvasking ganske nær tilknytning til straffeloven § 160 om bevispåvirkning og unndragning fra strafforfølgning mv.

598 Nærmere Rui 2012 s. 108–109.

599 NOU 2002: 4 s. 303: «Hovedformålet med bestemmelsen om heleri og hvitvasking er å forebygge slike vinningsovertredelser, ved å gjøre det vanskeligere for gjerningspersonen å få glede av utbyttet.» Se nærmere Rui 2012 s. 112–116.

600 Ot.prp. nr. 53 (2005–2006) s. 21: «Å kanalisere utbyttet av en straffbar handling inn i samfunnet for å tilsløre hvor det kommer fra, er ofte misbruk av økonomisk infrastruktur. Dessuten kan virksomhet som i seg selv er legal, men som reelt sett delfinansieres med utbytte fra straffbare handlinger i hvitvaskingsøyemed, utkonkurrere legale virksomheter som ikke har noen slik tilknytning til kriminalitet.»



6. Bruk av straff må være et egnet inngrep for å vareta de legitime formålene

6.1 ALLMENT OM KRAVET TIL EGNETHET

I tillegg til å ha konstitusjonell og menneskerettslig forankring er egnethetskriteriet godt forankret i kriminaliseringsprinsippene. Nærmere bestemt fremgår det av forarbeidene til straffeloven at straff ikke bør brukes dersom ressursknapphet avskjærer oppfølging i praksis.⁶⁰¹ Ved vurderingen av om et inngrep er egnet til å vareta det legitime formålet det er forankret i, rettes fokuset mot konsekvensene av inngrepet.⁶⁰² Nærmere bestemt er temaet om det å gjennomføre inngrepet vil ha som effekt at det legitime formålet med inngrepet varetas. Kravet kan betegnes som et «negativt» kriterium, idet det ekskluderer midler som er uegnede for å nå et mål.⁶⁰³

Kravet om egnethet hviler på to normative grunnlag. For det første vil et inngrep som ikke er egnet til å vareta formålet, medføre at formålet ikke lenger er legitimt. Sett i dette perspektivet kan man si at et formål med kriminalisering som generelt er legitimt, likevel ikke er det dersom det ikke gjør seg gjeldende i den konkrete konteksten. Som eksempel kan nevnes spørsmålet om kriminalisering av bruk av narkotika. Ett synspunkt er at tiltak for å forebygge og begrense skader som følge av bruk av narkotika har et legitimt formål. Nærmere bestemt springer det ut av politiske mål om blant annet å forebygge uorden, beskytte helse og beskytte andres rettigheter, formål som er uttrykkelig nevnt i EMK artikkel 8 nr. 2.⁶⁰⁴ Hvis imidlertid tilgjengelig kunnskap tilsier at disse formålene ikke oppnås ved kriminalisering, bortfaller det legitime formålet. Og når det legitime formålet faller bort, står man overfor et illegitimt inngrep i borgernes frihetsrett, et vilkårlig inngrep. Sagt med andre ord svikter den moralske (konsekvensetiske) rettferdiggjøringen av statens tilsiktede påføring av et onde.⁶⁰⁵ For det annet vil en kriminalisering

601 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 93.

602 Barak 2012 s. 247.

603 Alexy 2002 s. 398.

604 NOU 2019: 26 s. 181.

605 NOU 2019: 26 s. 248.

som ikke er egnet til å vareta det legitime formålet, være en samfunnsøkonomisk feilinvestering og en kontraproduktiv bruk av fellesskapets ressurser. Vi ser at kravet om at et inngrep må være egnet til å vareta formålet, er forankret både i moralske og utilitaristiske betraktninger.

Fem presiseringer av kravet til egnethet er nødvendige: For det første er det sentralt at inngrepet må være egnet til å realisere nøyaktig det legitime formålet som inngrepet er forankret i. Det er ikke tilstrekkelig at man ved inngrepet kan realisere andre i og for seg aktverdige formål, hvis ikke nettopp det spesifikke formålet som inngrepet er forankret i, kan realiseres ved inngrepet.⁶⁰⁶ Å slå fast hva som er det legitime formålet med et inngrep, er ved lovgivning lovgivers oppgave. Dermed kan den utøvende eller dømmende makt verken ved vurderingen av om inngrepet har et legitimt formål, eller ved vurderingen av om inngrepet er egnet til å vareta formålet, bestemme at andre formål er legitime og egnede. Det ville vært i strid med maktfordelingsprinsippet. Av dette følger at lovgiver på grunn av forholdsmessighetsprinsippet er forpliktet til å angi presise formål med en kriminalisering, hvis den skal stå seg. Videre følger at andre myndigheter og rettsanvendere må forholde seg til det formålet med kriminaliseringen som er angitt av lovgiver.

Det finnes likevel eksempler fra domstoler på at det i tillegg til formålet angitt av lovgiver gjøres egne, objektive vurderinger av hvilket formål inngrepet er egnet til å vareta.⁶⁰⁷ Et særlig tilfelle det er grunn til å være oppmerksom på, er at EMD ikke sjelden gjør en såkalt objektivisert vurdering av formålet med en bestemmelse ved vurderingen av om et tiltak er straff i henhold til EMKs straffebegrep. I stedet for å benytte nasjonale kilder ved fastleggingen av formålet med tiltaket er spørsmålet hvilket formål tiltaket ut fra en objektiv vurdering er egnet til å realisere og faktisk realiserer. Grunnen til at EMD fastlegger formålet med normen eller sanksjonen ut fra en objektivisert formålsvurdering, er at statens anførsler om formålet ikke kan legges uprøvd til grunn. Dersom det ble gjort, ville statene kunne definere seg bort fra rettssikkerhetsgarantiene i EMK ved å uttale at formålet med normen eller sanksjonen var å vareta forvaltningsmessige hensyn, og ikke å straffe.⁶⁰⁸

For det annet er spørsmålet om egnethet i utgangspunktet et spørsmål om relevans. Det må være en rasjonell sammenheng mellom inngrepet og realiseringen av formålet.⁶⁰⁹ Vi ser her at vurderingen av egnethet går ut på en «middel-mål-vurdering». Man vurderer om middelet (inngrepet, altså kriminaliseringen og straffen)

606 Réaume 2009 s. 10 og Kaspar 2014 s. 125.

607 Lang 2020 s. 61–64.

608 Rui 2005 s. 359–363 og 368. Se også Rt. 2012 s. 921 avsnitt 28 og HR-2021-2580-A avsnitt 25.

609 Barak 2012 s. 305 og 315. Se også Réaume 2009 s. 14–21. Se også Gerards 2013 s. 471–473 med videre henvisninger (konkret om EMDs bruk av egnethetskriteriet).

har potensial til å oppnå det formålet som bærer kriminaliseringen og straffen. Her kommer en sentral forskjell mellom egnethetsvurderingen og vurderingen av nødvendighet til syne. Nærmere bestemt er nødvendighetsvurderingen en «middel–middel–vurdering»; fokuset er om det finnes ett eller flere midler som er mindre inngripende, og som kan realisere det legitime formålet på en like god måte. Etter dette er det klart at en vurdering av egnetheten må gjøres, logisk og systematisk, før man vurderer nødvendighet: Før en vurdering av om det finnes mindre inngripende tiltak, kan gjøres, må man «skrelle bort» inngrep som ikke har potensial til å realisere formålet med inngrepet.

En tredje presisering er at en vurdering av om et inngrep er egnet til å vareta det legitime formålet, i hvert fall primært, knytter an mot faktiske omstendigheter.⁶¹⁰ For de fleste inngrep er vurderingstemaet om det finnes noen empiri eller andre holdepunkter av faktisk art som viser at formålet er egnet. Siden kjernen i vurderingen er et spørsmål om relevans, stilles det lave krav til at det legitime formålet er egnet. Det er bare helt uegnede (irrelevante) formål som ikke vil tilfredsstille kravet til egnethet. Dette kan være forklaringen på at man ved domstolskontroll av forholdsmessighet ganske gjennomgående og ganske ofte ser at egnethetskravet ikke drøftes selvstendig.⁶¹¹

For det fjerde vil en vurdering av egnethet gjennomgående være en forhånds-vurdering. Det gjelder klart når lovgiver vurderer å innføre et nytt inngrep ved lov. Det vil her være tale om en prognostisering av om inngrepet vil ha effekt.⁶¹² Dersom vurderingen gjøres av en domstol noe tid etter at inngrepet har vært igangsatt i form av lovvedtak og ikrafttreden, vil domstolen kunne vurdere egnetheten også på domstidspunktet. Det vil da etter omstendighetene kunne foreligge nye fakta som gir grunnlag for vurderinger, i stedet for prognostisering.⁶¹³

For det femte: Selv om egnethetsvurderingen som utgangspunkt er et spørsmål om relevans, er det også viktig å undersøke *i hvilken grad* inngrepet er egnet til å vareta formålet. Jo mer egnet inngrepet er til å vareta formålet, og jo mer sikkert det er at inngrepet vil realisere det, desto mer vekt vil statens interesser tillegges opp mot individets rettigheter og interesse ved vurderingen av proporsjonalitet *stricto sensu*, og *vice versa*.⁶¹⁴

610 Christoffersen 2009 s. 163–191; Barak 2012 s. 307–315 og Kaspar 2014 s. 129.

611 Bl.a. Lang 2020 s. 46.

612 Christoffersen 2009 s. 169 og Kaspar 2014 s. 126–128.

613 Barak 2012 s. 312–315 og Kaspar 2014 s. 128–129. Se *Gillan og Quinton mot Storbritannia*, sak nr. 4158/05, dom 12. januar 2010 avsnitt 84, hvor EMD gjør dette. Se også Gerards 2013 s. 477–478, hvor betenkeligheter med en prøving av egnethet ut fra domstidspunktet fremheves.

614 Christoffersen 2009 s. 190–191.

6.2 KRIMINALISERINGEN MÅ VÆRE EGNET TIL Å VARETA DET LEGITIME FORMÅLET

6.2.1 Innledning

Kravet om at en kriminalisering må være egnet til å vareta det legitime formålet, har to sider. For det første må kriminalisering være et *egnet middel*. Som nevnt ovenfor: Hvis bruk av straff overhodet ikke er egnet, slik at straffen ikke har noe legitimt formål, er bruk av straff vilkårlig. Denne siden av egnethetskravet ble påpekt i dommen *Lacatus mot Sveits*,⁶¹⁵ hvor spørsmålet var om kriminalisering av tigging på offentlig sted var i strid med EMK artikkel 8. Sveitsiske myndigheter hadde lagt til grunn at et formål med kriminaliseringen var å bekjempe utnyttning av mennesker (menneskehandel), og da særlig i relasjon til barn. EMD anså at dette formålet generelt kunne falle inn under vilkåret «la protection des droits d'autrui» (å beskytte andres rettigheter og friheter). Domstolen var imidlertid i sterk tvil om det var legitimt å forankre en kriminalisering av tigging i at man ønsket å unngå menneskehandel. Ved vurderingen av kriminaliseringens egnethet ble det uttrykt tvil med hensyn til om kriminaliseringen av ofre for menneskehandel var et effektivt virkemiddel for å beskytte personene mot menneskehandel.⁶¹⁶ Det er vanskelig å være uenig i resonnetet. Å forhindre menneskehandel ved å kriminalisere en aktivitet som mange ofre vil være avhengige av for å overleve, medfører at den moralske (konsekvensetiske) rettferdiggjøringen av statens tilskattede påføring av et onde svikter. I tillegg vil det å straffe tigging for å motvirke menneskehandel være bortkastet ressursbruk.

Som nevnt ovenfor er vurderingen av egnethet ofte en vurdering av faktiske omstendigheter. Da Rusreformutvalget drøftet spørsmålet om kriminalisering av bruk av narkotika og besittelse til eget bruk, fremhevet utvalget følgende: «Mangel på god kunnskap om virkningene av strafflegging av en bestemt type atferd tilsier derfor stor varsomhet med bruk av straff, slik at man ikke påfører menneskelige og økonomiske kostnader til liten eller ingen nytte. Dersom tilgjengelig kunnskap tilsier at formålene ved bruk av straff ikke oppnås gjennom strafflegging, bortfaller også rettferdiggjørelsen av straffleggingen, og det kan konstateres en 'feilinvestering i straff'.»⁶¹⁷ Det er et åpent spørsmål hvilke krav som skal stilles til kunnskap om egnetheten av et inngrep. I alle tilfeller må det legges til grunn at dersom det er klart at inngrepet ikke fremstår som egnet, vil det være uforholdsmessig. Argumentasjons- og bevisbyrden ligger på staten.⁶¹⁸

615 Sak nr. 14065/15, dom av 19. januar 2021.

616 Avsnitt 111–112 og 115.

617 NOU 2019: 26 s. 248.

618 NOU 2019: 26 s. 248.

For det annet må det være visse holdepunkter for at kriminaliseringen er *praktisk mulig å håndheve, og at den rent faktisk vil bli håndhevet*. Et aspekt ved kriminaliseringsprinsippene som ble oppstilt av lovgiver ved utformingen av straffeloven, er at straff ikke bør brukes dersom ressursknapphet avskjærer oppfølging i praksis.⁶¹⁹ Sanksjonsutvalget drøftet prinsipper for bruk av kriminalisering og forvaltningsreaksjoner. Utvalget uttalte blant annet følgende: «Generelt bør man unnlate å gjøre brudd på handlingsnormer straffbare hvis det ikke samtidig legges til rette for at overtredelser i praksis kan bli avdekket og straffetruelsen håndhevet (*håndhevingshensynet*). Straffetrusler som ikke eller i liten grad håndheves, blir lett et slag i luften og bidrar til å undergrave respekten både for straff som sanksjon og for politi og rettsvesen.»⁶²⁰

I det følgende skal vi se nærmere på noen kriminaliseringer som aktualiserer kravet om at en kriminalisering må være egnet til å vareta det legitime formålet den er forankret i. I punkt 6.2.2 rettes fokuset mot et straffesanksjonert forbud mot kjøring av dieselbiler, som ble innført av Oslo kommune i 2016. I punkt 6.2.3 drøftes tre typer kriminaliseringer som ble gjort i forbindelse med covid-19-epidemien: karanteneplikt, koronapass og allmenn vaksineplikt. I punkt 6.2.4 er temaet i hvilken grad kriminalisering av overtredelse av hvitvaskingslovens handleplikter er egnet til å vareta formålet.

6.2.2 Forbud mot kjøring med dieselbiler

I 2016 innførte Oslo kommune et straffesanksjonert forbud mot å kjøre nærmere bestemte dieselbiler. Politiet og Statens vegvesen skulle håndheve forbudet. Politiet opplyste til media at de ikke hadde noen metoder for å kunne identifisere dieselbiler i trafikken, og at de ikke visste hvordan forbudet skulle kunne håndheves. Og siden forbudet ikke skulle gjelde på statlige veier, kunne ikke Statens vegvesen håndheve forbudet.⁶²¹ Det er liten tvil om at denne kriminaliseringen ikke var egnet til å vareta det legitime formålet (beskytte miljøet).

6.2.3 Koronatiltak

a) Karanteneplikt

I forbindelse med covid-19-epidemien ble en rekke ulike inngrep i borgernes friheter iverksatt. Ett slikt var karanteneplikt. Med virkning fra 15. mars 2020 innførte

619 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 93.

620 NOU 2003: 15 s. 146. Synspunktet ble fulgt opp av departementet, se Prop. 62 L (2015–2016) s. 53–54.

621 Magnus Blaker, «Politiet vet ikke hvordan de skal håndheve dieselforbudet», *TV 2*, 4.2.2016, <https://www.tv2.no/a/8010797/> (sist besøkt 14.2.24).

Tromsø kommune en straffesanksjonert plikt til å gå i karantene i 14 dager for personer tilreisende fra følgende områder: Oslo, Agder, Rogaland, Viken, Vestfold og Telemark, Innlandet og Vestland.⁶²² Formålet var å vareta behovet for smittevern. En rekke andre kommuner innførte samme tiltak.

Den 30. mars 2020 utferdiget Riksadvokaten et direktiv om håndhevelsen av slike kommunale regler om karanteneplikt.⁶²³ Riksadvokaten gav her ordre om at en rekke persongrupper ikke skulle etterforskes eller strafforfølges, blant annet personer som av domstolene eller påtalemyndigheten var blitt bedt om å avgi forklaring eller for øvrig delta ved gjennomføringen av saker for domstolene, det være seg mistenkte, fornærmede, vitner, forsvarere mv. Riksadvokaten slo også fast at ingen skulle strafforfølges for brudd på lokale forskrifter før regional statsadvokat var blitt konsultert og hadde gitt samtykke. I vurderingen av om slike karantenebrudd skulle strafforfølges, måtte helsemyndighetenes smittefaglige vurderinger av behovet for strafforfølgning veie tungt.⁶²⁴ Den 29. mars 2020 gav Helse- og omsorgsdepartementet uttrykk for at det ikke var smittevernfaglig behov for lokale bestemmelser som gikk lenger enn de sentrale.⁶²⁵ Kommunale straffesanksjonerte karantenereregler ble aldri håndhevet. Det er da klart at inngrepet ikke var egnet til å vareta formålet.

b) Koronapass

Et annet tiltak som ble vurdert innført i Norge, og som er innført i flere andre land, er såkalt koronapass. Ordningen gikk ut på at for å delta i nærmere bestemte aktiviteter i samfunnet måtte vedkommende dokumentere vaksinasjon, gjennomført virustest eller gjennomgått covid-19-infeksjon.⁶²⁶

622 Signe Karin Hotvedt, «Tromsø setter alle reisende sørfra i karantene for å begrense smitte», NRK, 15.3.2020, <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/tromso-setter-alle-reisende-sorfra-i-karantene-1.14944978> (sist besøkt 14.2.24).

623 Riksadvokaten, *Pandemisituasjonen – Riksadvokatens midlertidige direktiver for straffesaksbehandling*, 2020.

624 Riksadvokaten 2020 s. 12.

625 Helse- og omsorgsdepartementet, *Veileder til kommunene om lokale karantenereregler eller innreisestriksjoner i forbindelse med utbruddet av Covid-19*, 2020.

626 Den 25. november 2021 vedtok det danske Folketinget en lov om arbeidsgiveres adgang til å pålegge ansatte å forevise koronapass, test for covid-19 mv. (lov om arbejdsgiveres adgang til at pålægge lønmodtagere forevisning af coronapas, test for covid-19 m.v., lov nr. 2098 af 25/11/2021, <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2021/2098> (sist besøkt 14.2.24)).

Det overordnede legitime formålet med kriminaliseringen uttrykkes gjerne som «smittevernhensyn». Grunnen til behovet for smittevern er at staten har en positiv forpliktelse til å beskytte retten til liv, jf. Grunnloven § 93 første ledd og EMK artikkel 2. Nærmere bestemt må staten treffe tiltak for å beskytte helsevesenet, slik at personer med livskritisk sykdom får grunnleggende medisinsk behandling. Dersom det ikke treffes tiltak i form av kontaktrestriksjoner, vil viruset spre seg, og så mange vil ha behov for livreddende intensiv helsehjelp at helsevesenet ikke kan oppfylle sin positive forpliktelse.

Hvis man legger til grunn at en vaksine ikke beskytter mot videreføring av smitte, vil krav om vaksinerings for å få tilgang til aktiviteter i samfunnet være uegnet til å oppnå formålet. Vaksinerte vil komme i kontakt med både vaksinerte og uvaksinerte. Virus vil spre seg, med den følge at statlig helsevesen ikke kan beskytte retten til liv. Hvis man derimot legger til grunn at vaksinen beskytter mot videreføring av smitte, er et krav om vaksinerings for å få tilgang til aktiviteter et tiltak som er egnet til å vareta det legitime formålet (plikt til å vareta retten til liv gjennom å forhindre spredning av smitte).

Det har vært diskutert om en ordning med koronapass representerer en diskriminering av personer som ikke er vaksinert. Etter min oppfatning er ikke det tilfellet. Grunnen er at også uvaksinerte vil få tilgang til aktiviteter i samfunnet ved avleggelse av negativ test (og gjennomgått infeksjon). Heller ikke et rent vaksinesertifikat vil medføre diskriminering. Grunnen er følgende: Myndighetene har på grunn av en positiv forpliktelse til å beskytte retten til liv igangsatt kontaktreduserende tiltak for å forhindre at virus sprer seg, med den følge at statlig helsevesen ikke kan tilby grunnleggende livreddende behandling. Dersom vaksinen beskytter mot at smitte føres videre, vil det for vaksinerte ikke lenger være et legitimt formål med restriksjoner. Restriksjoner overfor vaksinerte som ikke kan spre smitte, blir dermed vilkårlig myndighetsutøvelse. Siden vaksinasjonsstatus ikke vises fysisk på personer, må staten innføre en mulighet for å kontrollere vaksinestatus, slik at uvaksinerte ikke får kontakt og smitte spres, med den følge at helsevesenet ikke kan tilby grunnleggende livreddende behandling. Det vil bli en forskjellsbehandling hva gjelder tilgang til aktiviteter i samfunnet mellom vaksinerte og uvaksinerte. Men forskjellsbehandlingen er forankret i et legitimt formål, og det er egnet for å vareta det legitime formålet. Så lenge begrensningene overfor de uvaksinerte er nødvendige og proporsjonale, kan jeg ikke forstå at selve forskjellsbehandlingen mellom vaksinerte og uvaksinerte representerer en usaklig forskjellsbehandling (diskriminering, brudd på kravet om likhet for loven).

c) Allmenn vaksineplikt

Et tredje tiltak som ble vurdert innført i noen land (og innført i noen, blant annet Østerrike), var allmenn vaksinasjonsplikt.⁶²⁷ Det legitime formålet med kriminaliseringen av ikke å vaksinere seg er smittevern hensyn, nærmere bestemt at personer med livskritisk sykdom får grunnleggende medisinsk behandling. Dersom det ikke treffes tiltak i form av at samtlige tar vaksine, vil viruset spre seg, og så mange vil ha behov for livreddende intensiv helsehjelp at helsevesenet ikke kan oppfylle sin positive forpliktelse.

Hvis vaksine reduserer smittespredning fra vaksinerte, er kriminaliseringen egnet til å vareta det legitime formålet. I tillegg kommer: Når det legges til grunn at vaksinerte i langt mindre grad får et sykdomsforløp som trenger intensiv, livreddende behandling i sykehus, vil kriminaliseringen være egnet til å vareta det legitime formålet.

Hva gjelder spørsmålet om vaksineplikt er nødvendig og proporsjonalt, vil det bero på en rekke faktorer: Hvor stor del av befolkningen som er vaksinert, hvor stor del av befolkningen som vil nekte å ta vaksinen, hvilken kapasitet landets helsevesen har, hva risikoen er ved vaksinerings, om vaksineplikten gjelder hele befolkningen eller er begrenset til bestemte grupper, hvilken reaksjon en overtredelse av plikten møtes med, mv.⁶²⁸

Det er grunn til å merke seg at «smittevern hensyn» kan være så mangt, og langt mindre enn situasjonen som er drøftet her: at helsevesenet får et så stort antall alvorlig syke mennesker at det ikke kan vareta statens positive forpliktelse til å beskytte borgernes liv. Det er på det rene at å spare penger i helsevesenet ikke er et formål som legitimt kan bære en kriminalisert allmenn vaksinasjonsplikt.

6.2.4 Kriminalisering av overtredelse av hvitvaskingslovgivningen

Med hvitvaskingsloven 2018⁶²⁹ ble det innført et regime med forvaltnings sanksjoner ved overtredelse av lovens handleplikter.⁶³⁰ Den tidligere hvitvaskingsloven

627 Østerrike var det første europeiske landet som innførte en straffesanksjonert vaksineplikt for alle borgere over 14 år. Straffen er en bot på 600 euro. Vaksineplikten gjelder for det eksisterende kravet om tre vaksiner, samt for alle eventuelle nye vaksinekrav som måtte komme i fremtiden. Andreas Mihm, «Österreich führt Impfpflicht ab 14 Jahre ein», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.12.2021, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/oesterreich-fuehrt-allgemeine-corona-impfpflicht-ab-14-jahren-ein-17675604.html> (sist besøkt 14.2.24).

628 Se *Vavricka og andre mot Tsjekkia*, sak nr. 47621/13, storkammerdom 8. april 2021. EMD kom her til at en lovfestet vaksineplikt for barn ikke var i strid med retten til privatliv i EMK artikkel 8, se avsnitt 310–312.

629 Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering.

630 Lovens §§ 47–50.

åpnet ikke for ileggelse av forvaltningssanksjoner. Overtredelse av loven kunne kun møtes med straff eller tvangsmulkt.⁶³¹ Utvalget som forberedte den nye loven, vurderte om overtredelser, i tillegg til å kunne møtes med forvaltningssanksjoner, også skulle være straffesanksjonert. Utvalget kom til at det ikke var forholdsmessig å kriminalisere overtredelser av hvitvaskingsloven. Et sentralt moment i vurderingen var at straffebudet i den tidligere hvitvaskingsloven ikke var blitt håndhevet i praksis. At alvorlige regelbrudd var blitt avdekket uten å få strafferettslige konsekvenser, tydet på at straff var et lite egnet virkemiddel for å sikre at hvitvaskingsloven etterlevs. Hensynet til å opprettholde respekten for straff talte dessuten mot å videreføre en straffetrussel som i praksis ikke ble håndhevet.⁶³²

Departementet var uenig. Det ble fremhevet at det var flere grunner til at straffebestemmelsen i hvitvaskingsloven 2009 ikke var blitt benyttet i større utstrekning i praksis. Departementet viste til at det var blitt idømt fengselsstraff for blant annet overtredelse av hvitvaskingsloven 2003 og av finansieringsvirksomhetsloven § 2-17, altså lovverk som gjaldt før 2009-loven. Det vises til LB-2007-2124, Rt. 2005 s. 716 og LB-2012-113518. Den første dommen gjaldt spørsmål om hawalabankvirksomhet, og temaet for lagmannsretten var om overtredelser av ligningsloven var grove. Lagmannsretten kom til at det ikke var tilfellet. Det fremgår av dommen at overtredelsen av hvitvaskingsloven ikke hadde betydning ved straffutmålingen. Overtredelsen av hvitvaskingsloven ble nevnt ved drøftelsen av inndragningens størrelse, men hadde ikke betydning verken for spørsmålet om inndragning skulle skje, eller for inndragningens størrelse.

I dommen fra Høyesterett, som også gjaldt hawalabankvirksomhet, ble overtredelse av finansieringsvirksomhetsloven pådømt i konkurrans med overtredelse av regnskapsloven og ligningsloven. Det er vanskelig å se at overtredelsene av finansieringsvirksomhetsloven har hatt betydning ved straffutmålingen.

Den tredje dommen fra lagmannsretten gjaldt utvisning av person for domfelte for hawalabankvirksomhet. Overtredelsen av hvitvaskingsloven ble pådømt i konkurrans med overtredelse av heleri og hvitvasking av 350 000 kroner. Her har overtredelsen av hvitvaskingsloven i beste fall hatt marginal betydning for straffutmålingen. Det skal også ha blitt ilagt to bøter for brudd på hvitvaskingsloven. På denne bakgrunnen mener departementet at det ikke er grunnlag for å hevde at straffebudet ikke er blitt håndhevet i praksis, og at det i hvert fall ikke er grunnlag for en slutning om at straff ikke er et egnet virkemiddel.⁶³³

Etter min oppfatning virker departementets argumentasjon noe oppkonstruert. Departementet har gjennomgått rettspraksis fra en periode på 22 år. I avgjørelsene

631 Lov 6. mars 2009 nr. 11 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering §§ 27 og 28.

632 NOU 2016: 27 *Ny lovgivning mot hvitvasking og terrorfinansiering II* s. 165.

633 Prop. 40 L (2017–2018) s. 155.

det vises til, er det tvilsomt om overtredelser av hvitvaskingsloven har hatt noen reell betydning ved straffutmåling og inndragning. Når man tar i betraktning de ganske omfattende forpliktelsene som hvitvaskingslovverket har stilt til en stor gruppe rapporteringspliktige, mener jeg det er en riktig beskrivelse at kriminaliseringen for alle praktiske formål ikke har vært egnet til å vareta formålet.

Når man leser det øvrige av departementets drøftelse, fremgår det at det er lagt stor vekt på at en avkriminalisering vil sende et uheldig signal til omverdenen. Videre kommer det frem at Norge var blitt underlagt forsterket oppfølging av den internasjonale organisasjonen Financial Action Task Force (FATF), blant annet som følge av norske muligheter for å sanksjonere brudd på hvitvaskingsloven. Avkriminalisering ville være å sende et feil signal til FATF om viktigheten av de rapporteringspliktiges arbeid.⁶³⁴ Etter min oppfatning er dette en bruk av signalargumentet som står i et tvilsomt forhold til grensene for kriminalisering med grunnlag i symbol- og signalargumenter.⁶³⁵ Det må også nevnes at FATF hadde kritisert Norge for ikke å sanksjonere overtredelser av hvitvaskingsloven. Å møte en slik kritikk med å fortsette med en sanksjonsstrategi som ikke har fungert (straff), er egentlig ikke holdbart. FATFs kritikk ble imøtekommet ved innføring av forvaltningssanksjoner. Etter vedtakelsen av 2018-loven har det skjedd en markant økning i sanksjonering av overtredelser av hvitvaskingsloven. Det er utelukkende forvaltningssanksjoner som benyttes.⁶³⁶

6.3 STRAFFEN SOM REAKSJON MÅ VÆRE EGNET TIL Å VARETA DET LEGITIME FORMÅLET

Som nevnt ovenfor har EMD slått fast at det er fire legitime formål med straff: forholdsmessig gjengjeldelse, allmennprevensjon, individualprevensjon og samfunnssikkerhet, i form av å beskytte samfunnet mot farlige personer.⁶³⁷ Hva gjelder allmennprevensjon, kan det i mange tilfeller settes spørsmålstegn ved om bruk av straff som sanksjon er egnet til å gi noen som helst form for allmennprevensjon. Som vi tidligere har sett, finnes det jevnt over ikke kunnskap om hvorvidt straff har en preventiv effekt.⁶³⁸ Enn mindre vet vi noe om hvilket straffenivå (f.eks. for voldtekt, drap eller skattesvik) innenfor lovens rammer som har den optimale allmennpreventive virkningen. Generelt vil det vel ofte være slik at jo strengere straff,

634 Prop. 40 L (2017–2018) s. 154.

635 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.3 f).

636 Nærmere Rui/Ringen/Rørholt 2021 s. 427–428.

637 Punkt 5.2.1.

638 Bl.a. Andenæs 1974 s. 84–90; Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 85–90; Høgberg/Eskeland 2017 s. 441 og Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 51–52.

jo presumptivt større preventiv effekt. Uten noe vitenskapelig sikkert belegg må det kunne legges til grunn at en draps- eller voldtektsforbryter før handlingen neppe vurderer straffutmålingspraksis før forbrytelsen begås. Bruk av allmennprevensjon som et formål ved straffutmåling fremstår dermed som en konstruksjon. I dette lyset består ikke allmennprevensjon en egnethetstest dersom det kreves at det finnes empiri eller andre holdepunkter av faktisk art som viser at formålet er egnet.

Det samme er tilfellet for forholdsmessig gjengjeldelse som legitimt formål med straff. Kaspar påpeker at konseptet forholdsmessig gjengjeldelse har karakter av et metafysisk prinsipp, som det ikke er mulig å undersøke og påvise ved hjelp av empiri.⁶³⁹

Etter min oppfatning viser dette at det ikke kan være riktig at det alltid kreves empiri eller andre holdepunkter av faktisk art som viser at et formål er egnet, for at det skal passere egnethetstesten. Selv om egnethetstesten som hovedregel knytter an til målrasjonalitet («Zweckrationalität»), er det ikke prinsipielt utelukket i visse tilfeller også å legge til grunn verdirasjonalitet («Wertrationalität») ved vurderingen av om et legitimt formål er egnet til å vareta formålet.⁶⁴⁰

639 Kaspar 2014 s. 135, se nærmere s. 134–155.

640 Nærmere Kaspar 2014 s. 130 om skillet mellom mål- og verdinøytralitet, med videre henvisninger.



7. Bruk av straff må ikke gå lenger enn nødvendig

7.1 ALLMENT OM KRAVET TIL NØDVENDIGHET

I tillegg til å ha konstitusjonell og menneskerettslig forankring er nødvendighetskriteriet solid forankret i kriminaliseringsprinsippene. Nærmere bestemt uttales det at straff bare bør benyttes som en siste utvei. Kriminalisering bør være av subsidiær karakter, og bare brukes der hvor andre sanksjoner mot lovbrudd ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige.⁶⁴¹

Vurderingen av om et inngrep er nødvendig, bygger på at inngrepets formål er legitimt. På samme måte som ved egnethetsvurderingen er det ikke ved nødvendighetsvurderingen rom for å vurdere rimeligheten eller hensiktsmessigheten av å vareta formålet. Nødvendighetstesten relaterer seg til tiltakene staten har iverksatt for å vareta et legitimt formål, og ikke nødvendigheten av å oppnå det legitime formålet.⁶⁴²

Nødvendighetstesten består av to elementer. Først må det identifiseres minst ett alternativt inngrep som er mindre inngripende i den beskyttede rettigheten, enn det inngrepet som står til prøvelse. Deretter må det vurderes om de alternative inngrepene gir samme effekt (måloppnåelse) som det inngrepet staten har iverksatt. Hvis det kan identifiseres tiltak som er mindre inngripende, og som gir samme (eller bedre) effekt, er inngrepet staten har valgt, ikke nødvendig. Hvis det derimot skulle vise seg at det mindre inngripende tiltaket gir dårligere effekt og måloppnåelse enn det iverksatte inngrepet, er det nødvendig. I de tilfeller det finnes alternative og mindre inngripende tiltak og det/de gir samme effekt, må det minst inngripende tiltaket velges (minste inngreps prinsipp).⁶⁴³ Vi ser at nødvendighetsvurderingen går ut på en sammenligning av ulike midler («middel–middel-vurdering»). Her ser vi forskjellen fra egnethetsvurderingen, som fokuserer på om middelet/inngrepet er egnet til å nå et mål («middel–mål-vurdering»).

641 Kapittel 4 punkt 4.3.2 f).

642 Barak 2012 s. 320.

643 Barak 2012 s. 321 og 323–339 og Gerards 2013 s. 484–486.

På samme måte som vurderingen av egnethet er nødvendighetsvurderingen en vurdering av faktiske omstendigheter. I en kriminaliseringskontekst er det tale om en fremtidsvurdering.

Ved bruk av straff har kravet om nødvendighet betydning ved lovgivers vurderinger av kriminalisering. For det første må lovgiver påvise at bruk av straff er nødvendig, ved at det ikke finnes mindre inngripende og like effektive tiltak. For det annet, hvis kriminalisering er nødvendig, må selve kriminaliseringen som utgangspunkt ikke gå lenger enn nødvendig. Disse implikasjonene av nødvendighetskravet drøftes i punkt 7.2. Kravet om nødvendighet ved bruk av straff har også visse konsekvenser i de tilfeller loven åpner for å reagere både med straff og med administrativ sanksjon (punkt 7.3).

7.2 ER KRIMINALISERING NØDVENDIG?

7.2.1 Innledning

I det følgende undersøkes hva som ligger i kravet om at kriminalisering må være nødvendig. I punkt 7.2.2 klarlegges forholdet mellom nødvendighetskravet og *ultima ratio*-prinsippet. Sentralt i vurderingen av nødvendighet ved kriminalisering er ofte om bruk av forvaltningssanksjon vil kunne vareta de legitime formålene på en tilnærmet like god måte som ved kriminalisering. I punkt 7.2.3 drøftes tematikken nærmere. Deretter undersøkes en del kriminaliseringer i lys av kravet om at kriminalisering må være nødvendig. I punkt 7.2.4 ser vi nærmere på kriminaliseringene som er gjort av overtredelser av hvitvaskingsloven. I punkt 7.2.5 rettes blikket mot kriminaliseringer av overtredelser av verdipapirhandeloven.

7.2.2 Nødvendighet og *ultima ratio*-prinsippet

Lovgiver er altså ved kriminalisering forpliktet til å vurdere om det finnes mindre inngripende tiltak enn kriminalisering, som vil gi samme (eller bedre) effekt som kriminalisering. Hvilke krav stilles til lovgivers vurdering av om kriminalisering er nødvendig? At straff er det største inngrepet staten kan gjøre overfor et individ, taler for at det må stilles særlig strenge krav til vurderingen av nødvendigheten av inngrepet. Inngrepets art og karakter tilsier altså at kriminalisering skal være siste utvei. Denne tankegangen har lang tradisjon⁶⁴⁴ og kommer til uttrykk gjennom det såkalte *ultima ratio*-prinsippet.

644 Nærmere Wendt 2013 s. 84.

Det er derfor ikke overraskende at det strafferettslige *ultima ratio*-prinsippet er en del av EU-retten, nærmere bestemt en integrert del av kravene til forholdsmessighet i EUs fundamentale rettigheter.⁶⁴⁵ I flere rettssystemer er det strafferettslige *ultima ratio*-prinsippet konstitusjonelt vernet, da som en presisering av kravet til at et inngrep må være nødvendig for å være forholdsmessig. Det er situasjonen i Finland⁶⁴⁶ og Tyskland⁶⁴⁷ samt i flere andre land i Europa.⁶⁴⁸

Fordi kriminalisering er det strengeste inngrepet staten har til disposisjon, og fordi også Grunnlovens forholdsmessighetsprinsipp krever at et inngrep ikke går lenger enn nødvendig, må det legges til grunn at kjernen av *ultima ratio*-prinsippet nyter konstitusjonelt vern også hos oss. I tillegg til at prinsippet er vernet på Grunnlovs nivå, kommer det til uttrykk i kriminaliseringsprinsippene. Straffelovkommisjonen presenterer som et hovedsynspunkt at «straff bare bør brukes dersom man ikke kan oppnå en like god eller bedre nytteeffekt med andre og mindre inngripende virkemidler».⁶⁴⁹ Dette er fulgt opp av departementet⁶⁵⁰ og er for øvrig lagt til grunn av lovgiver i andre sammenhenger.⁶⁵¹ Et synonym til «ultima ratio-prinsippet» er «subsidiaritetsprinsippet».⁶⁵² Også i andre retts-systemer er *ultima ratio*-prinsippet et solid forankret prinsipp ved vurdering av

645 Nærmere Melander s. 57–58. Se også Touri 2013 s. 13: «I shall argue that *ultima ratio* is a constitutional principle of EU-law, too, although, at least to my knowledge, there is no authoritative ruling of the ECJ explicitly confirming this.»

646 Frände 2004 s. 24–25 og Touri 2013 s. 10.

647 BVerfGE 120, 224 s. 239 (dommen hvor det var spørsmål om kriminalisering av frivillig seksuell omgang mellom voksne søsken var forholdsmessig). Konstitusjonsdomstolen uttalte følgende om det konstitusjonelle kravet til *ultima ratio* på strafferettens område: «Das Strafrecht wird als 'ultima ratio' des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten Über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialistischen Unwerturteils kommt dem Übermassverbot als Masstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.» Se utførlig Kaspar 2014 s. 243–250.

648 *Ultima ratio*-prinsippet ble fremhevet av professorer i ti europeiske land som ett av seks hovedprinsipper som bør styre utviklingen av EU-strafferetten. Det fremgår her at prinsippene «constitute an integral part of the shared European criminal law tradition and can be derived from the normative structure of the EU», se Asp mfl. 2009 s. 707.

649 NOU 2002: 4 s. 79. Se også presiseringene av dette synspunktet på s. 84–86.

650 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 93.

651 NOU 2003: 15 s. 143 og 145–146 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 52: «Etter departementets syn bør en sentral retningslinje være at et mer inngripende virkemiddel ikke bør brukes hvis det samme målet kan nås med mindre inngripende tilgjengelige virkemidler. Dette gjelder både ved valget mellom bruk av sanksjoner og andre tiltak, og ved valget mellom straff og administrative sanksjoner.» Se også NOU 2020: 4 s. 65 og Prop. 120 L (2016–2017) s. 18.

652 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 87.

kriminalisering.⁶⁵³ Vi ser altså flere eksempler på at *ultima ratio*-prinsippet er en presisering av kravet til at et inngrep ikke må gå lenger enn nødvendig på straffereettens område.

EMD viser ikke gjennomgående uttrykkelig til *ultima ratio*-prinsippet.⁶⁵⁴ Likevel er det på det rene at domstolen som ledd i vurderingen av om en kriminalisering er forholdsmessig, tar i betraktning om det fantes andre, mindre inngripende tiltak som ville gitt tilnærmet samme effekt. I *Lacatus mot Sveits*⁶⁵⁵ var spørsmålet om en generell kriminalisering av tigging på offentlig sted var forholdsmessig. EMD la vekt på at den nasjonale domstolen ikke på en overbevisende måte hadde vist at det ikke var mulig å benytte mindre inngripende tiltak enn kriminalisering, som ville gitt samme eller lignende resultat.⁶⁵⁶ Det er grunn til å merke seg at domstolen stilte ganske strenge krav til nasjonale myndigheters vurderinger av om mindre inngripende tiltak ville gitt tilnærmet samme effekt som kriminalisering. Forholdet var nemlig at nasjonale domstoler hadde gjort en grundig vurdering av dette spørsmålet,⁶⁵⁷ men den var likevel etter EMDs vurdering ikke tilstrekkelig.

7.2.3 Bruk av straff eller forvaltningssanksjon?

Hvordan skal man så avgjøre om straff er nødvendig som siste utvei, eller om det finnes mindre inngripende tiltak som gir samme måloppnåelse? Et mindre inngripende tiltak enn straff vil ikke sjelden være bruk av forvaltningssanksjoner. Utgangspunktet er at grensen må trekkes konkret i hvert enkelt tilfelle. Likevel er det mulig å se konturene av noen generelle kriterier som er relevante for vurderingen. Ett slikt kriterium er hvilket rettsgode som skal beskyttes.⁶⁵⁸ Hvis det er tale om å beskytte grunnleggende personlige rettsgoder, som retten til liv, og andre alvorlige inngrep i retten til personlig fysisk integritet, vil kriminalisering være nødvendig. Det er utenkelig å sanksjonere forsettlige drapshandlinger, grove tilfeller av kroppsskade, voldtekt mv. med forvaltningssanksjoner eller sivilrettslige

653 Bl.a. i Finland (Frände 2004 s. 25–26), Sverige (Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 33) og Tyskland (Roxin/Greco 2020 s. 86–90).

654 Det finnes unntak, se bl.a. *Beizaras og Levickas mot Litauen*, sak nr. 41288/15, dom 14. januar 2020 avsnitt 111: «The Court has acknowledged that criminal sanctions, including against the individuals responsible for the most serious expressions of hatred, inciting others to violence, could be invoked only as an *ultima ratio* measure.»

655 Sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021.

656 *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 114.

657 Avsnitt 18, henvisningen til nasjonal høyesterett avsnitt 5.7.2.

658 Likedan NOU 2003: 15 s. 145–146: «Således bør det være en betingelse for kriminalisering at de interesser sanksjonen skal benytte, i et samfunnmessig perspektiv er så sentrale at de forsvarer bruk av straff.»

sanksjoner. I disse tilfellene følger det en forpliktelse til å kriminalisere av statens positive forpliktelse til å beskytte retten til liv, jf. Grunnloven § 93 første ledd, jf. EMK artikkel 2, og privatliv, jf. Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8.⁶⁵⁹

Er det derimot tale om å beskytte rettsgoder som ligger fjernt fra personlige rettsgoder, blir bruk av kriminalisering mer problematisk. Sanksjonsutvalget la til grunn at straff «bør som utgangspunkt være forbeholdt overtredelser av bestemmelser som verner viktige offentlige og private interesser [...]. Men selv om det dreier seg om krenkelse av samfunnsmessig viktige interesser, er det normalt ikke grunn til å gjøre overtredelser straffbare dersom tilstrekkelig grad av etterlevelse kan oppnås ved andre sanksjoner, for eksempel gjennom ileggelse av overtredelsesgebyr.»⁶⁶⁰

Et annet kriterium er hvor alvorlig overtredelsen er. Sanksjonsutvalget påpeker at det bør oppstilles et kvalifikasjonskrav for kriminalisering. Det illustreres på følgende måte:

Noen lovbestemmelser inneholder så grunnleggende handlingsnormer at enhver overtredelse vil bli ansett som tilstrekkelig kvalifisert til at straff bør anvendes. Som eksempel kan nevnes brudd på plikten til å stanse og hjelpe tilskadekomne ved trafikkulykker, jf. vegtrafikkloven § 12 første ledd. Her kan liv og helse lett stå på spill. I andre tilfeller vil det være slik at ikke en hvilken som helst overtredelse av handlingsnormen bør være straffbar. Straffens karakter kan da markeres ved at straff forbeholdes de alvorlige overtredelser, mens man for øvrig nøyer seg med en administrativ sanksjon.⁶⁶¹

Utvalget foreslo at i de tilfeller handlingsnormen er den samme for ileggelse av straff og forvaltningssanksjon, burde straff reserveres til de «vesentlige» overtredelsene. Ved vesentlighetsvurderingen skulle det særlig legges vekt på overtredelsens omfang og virkninger og graden av skyld.⁶⁶² Det ble også foreslått at straff skulle benyttes i visse tilfeller, hvis det var tale om «gjentatte» overtredelser.⁶⁶³

Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp. Departementet mente at å innta et vesentlighetskrav i vedkommende bestemmelse ville føre til vanskeligheter ved håndhevingen: «Ofte vil det være vanskelig simpelthen fordi en står overfor nye

659 F.eks. *M. C. mot Bulgaria*, sak nr. 39272/98, dom 4. desember 2003 og *Söderman mot Sverige*, sak nr. 4786/08, storkammerdom 12. november 2013. Nærmere Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 78–81.

660 NOU 2003: 15 s. 146.

661 NOU 2003: 15 s. 146. Departementet fulgte i hovedsak opp utvalgets synspunkter, se Prop. 62 L (2015–2016) s. 54.

662 NOU 2003: 15 s. 153–155 og 344–345.

663 NOU 2003: 15 s. 155–156.

problemer som trenger sin løsning og hvor det kan være vanskelig, selv etter en grundig vurdering, å ha god nok oversikt til, på et abstrakt plan, å skille mellom alvorlige og mindre alvorlige [overtredelser] på en god nok måte.»⁶⁶⁴ Det ble også fremholdt som ulempe at det i forarbeidene til vedkommende bestemmelse måtte redegjøres mer konkret for hvor terskelen for straffbarhet er ment å ligge, og at de generelle momentene måtte utdypes og presiseres med eksempler.⁶⁶⁵ På tross av at departementet mente det var «betydelige ulemper»⁶⁶⁶ med å operere med en vesentlighetsterskel for straff, ble det uttalt at «[p]rinsipielt vil det beste være om loven selv angir den nedre grensen for når straff bør kunne anvendes».⁶⁶⁷ Forutsetningen måtte i tilfelle være at man på forhånd klarer å gi tilstrekkelig gode og presise beskrivelser av hvor terskelen ligger, slik at det ikke skapes problemer av betydning for håndhevingen.

Jeg er enig i at det prinsipielt beste er om loven selv angir den nedre grensen for når straff skal kunne brukes. Løsningen gir demokratisk kontroll over hva som skal anses som en straffbar handling, og hva som er et mindre lovbrudd som kan møtes med forvaltningssanksjon. En på forhånd fastsatt grense i lov og forarbeider gir også best forutberegnelighet. Dersom man eksempelvis fastsetter en beløpsmessig grense for hva som er en vesentlig overtredelse, kan jeg ikke se at det skaper problemer for håndhevingen. Tvert om vil håndhevingen bli enkel. Det er godt praktisk gjennomførbart å etablere et lovbasert skille mellom hva som skal anses som straffbart, og hva som er et lovbrudd som kan møtes kun med forvaltnings-sanksjon.⁶⁶⁸ Flere rettssystemer har valgt en slik løsning.⁶⁶⁹

Alternativet til å ha et lovbasert skille mellom hva som anses som en straffbar handling, og hva som kun er et lovbrudd, er å overlate avgjørelsen til påtalemyndigheten eller vedkommende forvaltningsorgan i den konkrete saken.⁶⁷⁰ Det er rettstilstanden på de aller fleste forvaltningsområder i dag. Jensen har gjennomført en undersøkelse av forvaltningspraksis hva gjelder hvilke saker som forfølges administrativt, og hvilke saker som blir ansett som straffesaker og forfulgt av påtalemyndigheten ved overtredelse av skatteforvaltningslovens opplysningsplikt til skattemyndighetene. Brudd på opplysningsplikten kan møtes både med illeggelse av tilleggs-katt, jf. skatteforvaltningsloven § 14-3, jf. § 14-6, og med straff, jf. straffeloven § 378. De objektive vilkårene for illeggelse av tilleggs-katt og straff

664 Prop. 62 L (2015–2016) s. 58.

665 Prop. 62 L (2015–2016) s. 58.

666 Prop. 62 L (2015–2016) s. 58.

667 Prop. 62 L (2015–2016) s. 58.

668 Nærmere Rui 2009 s. 521–532.

669 Rui 2009 s. 518–520.

670 Prop. 62 L (2015–2016) s. 57.

er identiske.⁶⁷¹ Det følger av instruks gitt av Finansdepartementet at Skatteetaten som hovedregel skal anmelde forholdet til påtalemyndigheten «når de skatte- eller avgiftsmessige fordeler utgjør et betydelig beløp». Jensen har undersøkt forvaltningspraksis. Det avdekkes at instruksene i praksis ikke følges. Nærmere bestemt er det mange saker hvor det klart er tale om betydelige beløp, men hvor saken ikke anmeldes.⁶⁷² Motsatt finnes det eksempler på at påtalemyndigheten tar ut tiltale i saker som gjelder svært beskjedne beløp.⁶⁷³

Sanksjonsutvalget foreslo flere avkriminaliseringer og at forvaltningssanksjoner og -reaksjoner i større skulle benyttes, herunder i vegtrafikkloven, folketrygdloven og sysselsettingsloven (tap av offentlig ytelse), skatte- og avgiftslovgivningen, regnskaps- og foretaksregisterloven (opplysningsplikt til Brønnøysundregistrene), miljø- og ressursforvaltningslovgivningen (viltloven og innlandsfiskeloven) samt finanslovgivningen (meldeplikt etter verdipapirhandeloven).⁶⁷⁴ Forslagene ble ikke fulgt opp. Departementet kommenterer ikke hva som er grunnen til dette.⁶⁷⁵

7.2.4 Kriminaliseringer av overtredelser av hvitvaskingsloven

Et relativt nylig eksempel på en kriminalisering hvor *ultima ratio*-prinsippet ikke er blitt fulgt, er kriminaliseringen av overtredelser av hvitvaskingsloven. Hovedformålet med hvitvaskingsloven er at rapporteringspliktige private virksomheter skal skaffe til veie etterretningsinformasjon til myndighetene. Loven pålegger rapporteringspliktige å gjøre seg kjent med sine kunder, overvåke dem, undersøke indikasjoner på hvitvasking og terrorfinansiering og rapportere mistanke om slik virksomhet til myndighetenes enhet for finansiell etterretning. Enheten utarbeider så etterretningsanalyse, som brukes til bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering.⁶⁷⁶

Utvalget som forberedte ny hvitvaskingslov, drøftet om det var nødvendig å kriminalisere overtredelser av hvitvaskingsloven, siden overtredelser kan møtes med forvaltningssanksjoner. Det ble enstemmig konkludert med at kriminalisering ikke var nødvendig. Hovedargumentene var at det ved overtredelse kan ilegges svært høye overtredelsesgebyr, både overfor juridiske og fysiske personer. Det ble også tatt i betraktning at grove overtredelser av hvitvaskingsloven jevnt over

671 Jensen 2023 s. 229–230.

672 Jensen 2023 s. 239–243.

673 Erik Tangen / Mathias Ogre, «Tiltalt for skattesvik for 250 kroner – ble frifunnet i retten: – Fast praksis», *E24*, 12.11.2022, <https://e24.no/naeringsliv/i/156Pne/tiltalt-for-skattesvik-for-250-kroner-ble-frifunnet-i-retten-fast-praksis> (sist besøkt 14.2.24).

674 NOU 2003: 15 s. 285–337.

675 Prop. 62 L (2015–2016) s. 16–17.

676 Rui/Ringen/Rørholt 2021 s. 55–56.

vil rammes av kriminaliseringen av heleri og hvitvasking i straffeloven §§ 332–341.⁶⁷⁷ Ytterligere et sentralt argument mot kriminalisering er at hvitvaskingsloven beskytter et retts gode som ligger svært fjernt fra de personlige retts godene som strafferetten skal beskytte. Jo fjernere man kommer fra vern av personlige retts goder, desto mindre legitimt er det å benytte straff for å beskytte retts godet, og desto mer betenkelig er det å benytte straff. Og jo mindre legitimt det er å benytte straff, jo større krav må stilles til at alternative virkemidler benyttes før straffen tas i bruk.⁶⁷⁸ Som nevnt er det legitime formålet med hvitvaskingsloven å skaffe etterretningsinformasjon til myndighetene, slik at de kan avdekke hvitvasking og annen økonomisk kriminalitet.⁶⁷⁹ Opplysningene kan også benyttes til rene forvaltningsformål, jf. hvitvaskingsloven § 34 annet ledd.⁶⁸⁰

Departementet var imidlertid ikke enig. Som argument for også å kriminalisere et stort antall overtredelser av hvitvaskingslovens handleplikter ble signaleffekt vektlagt: Å avkriminalisere ville sende et uheldig signal til omverdenen. Det ble særlig fremhevet at Norge var underlagt forsterket oppfølging av FATF, og at avkriminalisering ville sende et «feil signal» til denne organisasjonen.⁶⁸¹ Departementet drøftet ikke kriminaliseringen med grunnlag i kravene som er oppstilt av lovgiver, herunder *ultima ratio*-prinsippet.

7.2.5 Kriminalisering av overtredelser av verdipapirhandelloven

Nok et ganske ferskt eksempel på at *ultima ratio*-prinsippet ikke er blitt fulgt, er den omfattende kriminaliseringen av overtredelser av verdipapirhandelloven,⁶⁸² jf. § 21-15. Bestemmelsens tredje ledd foreskriver straff i form av bøter eller fengsel for den som forsettlig eller uaktsomt overtrer blant annet §§ 10-9 til 10-17. Bestemmelsene har som formål å beskytte investorer. Bestemmelsen i § 10-10

677 NOU 2016: 27 s. 164–165.

678 Kapittel 5, punkt 5.3.2 bokstav c).

679 HR-2024-761-A avsnitt 38: «Jon Petter Rui, *Om bankers rett til avslag/oppsigelse og plikt til avvisning og avvikling av kundeforhold grunnet i hvitvaskingsloven*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 1 2023, side 7, uttaler på denne bakgrunn at 'hovedformålet med hvitvaskingsloven er at rapporteringspliktige skal fremskaffe mest mulig etterretningsinformasjon med høyest mulig kvalitet'. Dette er jeg enig i. Rapporteringsplikten kan sees som lovens hovedforpliktelse, og kundetiltak, løpende oppfølging og undersøkelse av mistenkelige forhold understøtter rapporteringsplikten.» Se også avsnitt 47–48.

680 Rui/Ringen/Rørholt 2021 s. 377–378.

681 Prop. 40 L (2017–2018) s. 154–155. Nærmere om signaleffekt kapittel 5 punkt 5.3.2 bokstav i).

682 Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel. Endringene av straffebestemmelsen ble endret ved lov 21. juni 2019 nr. 41 om endringer i verdipapirhandelloven mv. (prospekt, markedsmisbruk, tilsyn og sanksjoner), som trådte i kraft 1. mars 2021.

oppstiller meget detaljerte og tekniske krav til hvilken informasjon verdipapirforetaket skal gi til kunder. I § 10-13 gis det regler for avlønning av kunder. I § 10-13 gis det regler for avlønning av ansatte. Første ledd første punktum slår fast at et verdipapirforetak «skal ikke avlønnere ansatte eller evaluere ansattes prestasjoner på en slik måte at evnen til å påse at kundens interesser ivaretas på beste måte, svekkes». Paragraf 10-14 første ledd første punktum oppstiller kompetansekrav for ansatte: «Verdipapirforetak skal sikre at personer som yter investeringsrådgivning eller gir informasjon om finansielle instrumenter, investeringstjenester eller tilknyttede tjenester, har den kunnskap og kompetanse som kreves for å sikre at foretakets virksomhet oppfyller kravet til god forretningsskikk og øvrige krav som følger av §§ 10-10 til 10-17.»

Lovutvalget som drøftet om overtredelse av disse bestemmelsene skulle kriminaliseres, viste først til kriminaliseringsprinsippene i straffeloven. Det ble uttrykkelig uttalt «at brudd på offentligrettslig reguleringslovgivning bare bør belegges med straff dersom lovbruddet er tilstrekkelig alvorlig og hvis tilfredsstillende regelletterlevelse ikke kan oppnås ved bruk av andre sanksjoner».⁶⁸³ Dette er nødvendighetskomponenten i forholdsmessighetsvurderingen. Deretter ble det kort og generelt slått fast at overtredelser av enkelte av bestemmelsene i verdipapirhandelloven har et meget stort skadepotensial. Det gjaldt særlig reglene som var «satt til beskyttelse av den enkelte investor, og da særlig reglene om god forretningsskikk og regler om krav om tillatelse for å drive virksomhet som verdipapirforetak». Utvalget viste til at «ved grove brudd på disse bestemmelsene kan handlingene det er tale om ligge i grenselandet mot bedrageribestemmelsene i straffeloven».⁶⁸⁴ Departementet begrunnet behovet for kriminalisering av overtredelse av disse bestemmelsene på samme måte som utvalget.⁶⁸⁵

Det er riktig at brudd på reglene om god forretningsskikk og krav om tillatelse for å drive virksomhet som verdipapirforetak kan ha et stort skadepotensial. Det er imidlertid ikke i like stor grad tilfellet når det gjelder overtredelser av §§ 10-10 til 10-13. Lovgiver har altså ikke gjort vurderinger av om kriminalisering av bestemmelsene er nødvendig, eller om man vil oppnå den samme preventive effekten ved bruk av overtredelsesgebyr i stedet for straff.

I tillegg til at kriminaliseringene står i et tvilsomt forhold til nødvendighetskravet, kan det stilles spørsmål ved om de øvrige kriteriene i forholdsmessighetsvurderingen taler for en kriminalisering av overtredelsene. Det legitime formålet med å kriminalisere overtredelser av verdipapirlovgivningen er å beskytte

683 NOU 2017: 1 s. 235.

684 NOU 2017: 1 s. 236.

685 Prop. 96 LS (2018–2019) s. 137.

verdipapirmarkedets integritet og tilliten til markedet.⁶⁸⁶ Formålet med kriminaliseringen er derimot ikke å beskytte personer mot å bli påført økonomiske tap. Rettsgodene integritet og tillit til en markeds plass er nokså fjernt fra de rettsgodene som straffelovgivning primært skal beskytte, nærmere bestemt individuelle rettsgoder. I strafferettslig kontekst er det dermed tale om et rettsgode med et ikke særlig tungtveiende legitimt formål. I den grad krenkelser av markedets integritet og tillit skulle være så grove at de skader individer, stiller saken seg annerledes. Det er imidlertid ikke noe vilkår for straff for overtredelser av verdipapirlovgivningen. Når det legitime formålet med kriminaliseringen ligger såpass fjernt fra rettsgodene som strafferetten primært skal beskytte, bæres kriminaliseringen av et nokså svakt legitimt formål.

Det er videre ganske tvilsomt om kriminalisering av overtredelsene er egnet til å vareta formålet. Ut fra de harde ressursprioriteringene som må gjøres i påtalemyndigheten, er det svært lite sannsynlig at det vil bli tatt ut tiltaler for overtredelser av §§ 10-10 til 10-13.

Når kriminaliseringen bygger på et svakt legitimt formål, når det er tvilsomt om den er egnet til å vareta det legitime formålet, og når det ikke er gjort vurderinger av om man kunne oppnådd den samme beskyttelsen av rettsgodet ved bruk av forvaltningssanksjon, er det mye som taler for at kriminaliseringen heller ikke er proporsjonal i snever forstand.

Verdipapirhandelloven § 21-15 fjerde ledd etablerer straff i form av bøter eller fengsel inntil ett år for den som forsettlig eller uaktsomt overtrer en rekke bestemmelser i loven. Fjerde ledd nr. 1 innfører såkalte «lukkede perioder» 30 dager før offentliggjøring av en utsteders finansielle rapporter samt andre mer praktiske plikter for utsteder, primærinnsidere og primærinnsideres nærstående. At overtredelse av bestemmelsene i sin helhet er underlagt straffesanksjonering, medfører en nykriminalisering i verdipapirretten ved innføringen av markedsmissbruksforordningen (MAR).⁶⁸⁷ I forarbeidene er det ikke gjort vurderinger av forholdsmessigheten ved kriminaliseringene.

686 Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), avsnitt 1: «An integrated and efficient financial market and stronger investor confidence requires *market integrity*. The smooth functioning of securities markets and *public confidence in markets* are prerequisites for economic growth and wealth. Market abuse harms the integrity of financial markets and public confidence in securities, derivatives and benchmarks» (mine kursivering). Se også NOU 2017: 14 s. 109 og Prop. 96 LS (2018–2019) s. 137, hvor tilliten til verdipapirmarkedet fremheves som det rettsgode kriminaliseringen skal beskytte. Førstnevnte sted presiseres at kriminaliseringen skal verne om verdipapirmarkedets funksjon som finansieringskilde for næringslivet.

687 Finanger 2023, kommentar til verdipapirhandelloven § 21-15, nr. 8.

Verdipapirhandelloven § 21-15 fjerde ledd nr. 3 foreskriver straff for overtredelse av plikten til flagging av aksjer og stemmeretter i § 4-2. Første ledd slår fast: «Hvis en aksjeeiers andel av aksjer med tilknyttet stemmerett når, overstiger eller faller under 5 prosent, 10 prosent, 15 prosent, 20 prosent, 25 prosent, 1/3, 50 prosent, 2/3 eller 90 prosent av stemmene som følge av erverv eller avhendelse, skal aksjeeieren gi melding til utstederen og Finanstilsynet eller den Finanstilsynet utpeker.» I forarbeidene er det heller ikke for denne kriminaliseringen gjort vurderinger av om det er nødvendig å bruke kriminalisering, eller om man ville oppnådd den samme preventive funksjonen ved bruk av overtredelsesgebyr. Tatt i betraktning at det er tale om en teknisk regel om plikt til flagging av eierposisjoner, er det vanskelig å se at kriminaliseringen varetar et sentralt og strafferettslig relevant legitimt formål, og at kriminalisering er egnet til å vareta formålet. Når det er relativt klart at man vil oppnå tilstrekkelig preventiv effekt ved bruk av overtredelsesgebyr, fremstår kriminaliseringen som uproporsjonal, og dermed uforholdsmessig.

7.3 KRIMINALISERINGEN MÅ SOM UTGANGSPUNKT IKKE GJØRES VIDERE ENN NØDVENDIG

7.3.1 Innledning

Lovgiver uttaler ikke uttrykkelig ved drøftelse av kriminaliseringsprinsippene at en kriminalisering som utgangspunkt ikke må gjøres videre enn nødvendig. Det er likevel på det rene at et slikt krav gjelder: Som det fremgår ovenfor, må en kriminalisering forankres i et relevant retts gode. I konstitusjonell terminologi benevnes det med at kriminaliseringen må ha et legitimt formål. Videre følger det av kravet om nødvendighet at man ved kriminalisering ikke går lenger enn nødvendig i å gripe inn i individets frihet. Det følger altså av kravet om legitimt formål og nødvendighet at en kriminalisering som utgangspunkt må begrense seg til å ramme angrep på det beskyttede retts godet. Hvis man ønsker å beskytte retts godet ved å la kriminaliseringen ramme videre enn retts godebeskyttelsen (det legitime formålet med kriminaliseringen), kreves det særskilt begrunnelse.⁶⁸⁸

I det videre skal vi rette fokuset mot noen utvalgte kriminaliseringer. Spørsmålet er hvordan kriminaliseringene står seg opp mot kravet om at en kriminalisering som utgangspunkt ikke må gjøres videre enn nødvendig. I punkt 7.3.2 rettes fokuset mot kriminaliseringen av heleri og hvitvasking. I punkt 7.3.3 tematiseres kriminaliseringen av korrupsjon, og i punkt 7.3.4 kriminaliseringen av påvirkningshandel.

688 Likedan Asp/Ulväng/Jareborg 2013 s. 42: «En gärningstyps straffvärde beror inte bara på det intresse eller de intressen som utgör dess skyddsintresse(n), utan även på hur 'nära' gärningstypen står ett skyddsintresse ... Ju mer avlägsen en gärning är i förhållande till en direkt kränkning av skyddsintresset desto mindre anledning finns det att lägga gärningen under straff.»

7.3.2 Kriminaliseringen av heleri og hvitvasking⁶⁸⁹

Straffeloven 1902 § 317 rammet opprinnelig den som «i hensigt at forskaffe sig eller andre en uberettiget vinding, modtager til eie, pant eller brug, skjuler, forvarer, forbruger eller søger afhændet eller pantsat en gjenstand, hvorom han vidste eller maatte forstaa, at den er nogen fravendt ved underslag, tyveri, naskeri eller ran, eller medvirker hertil». Denne kriminaliseringen var vesentlig snevrere enn den er i dag. For det første var det bare primærforbrytelsene som ble nevnt i ordlyden, som kunne danne grunnlag for hvitvasking.⁶⁹⁰ For det annet var det et krav for straff at primærlovbruddet oppfylte samtlige straffbarhetsbetingelser. Hvis eksempelvis tyven hadde manglet forsett eller selvskyldevne, var heleri ikke straffbart. For det tredje omfattet helerihandlingen bare de forøvelsesmåtene som fremgikk av ordlyden. For det fjerde ble «maatte forstaa» tolket slik av Høyesterett at heleren måtte ha forsett med hensyn til at gjenstanden var fravendt noen ved underslag, tyveri eller naskeri.⁶⁹¹ Videre ble det subjektivt krevd vinningshensikt. Bestemmelsen i § 317 var altså utformet som en klassisk berikelsesforbrytelse,⁶⁹² og det strafferettslige grunnprinsippet om at kun forsettlig overtredelser bør straffes, var gjennomført konsekvent. Slik bestemmelsen er utformet, har den som formål å gi et utvidet vern av den private eiendomsretten mot de krenkelsene som er nevnt i lovteksten. Med andre ord kan man si at det rettsgodet straffebedet beskyttet, eller straffebedets beskyttelsesinteresse, var den private eiendomsretten.⁶⁹³

Bestemmelsen i straffeloven § 320 rammet etterfølgende bistand: «Den som yder den skyldige bistand efter forøvelsen af en forbrydelse for at sikre ham ved en samme tilsigtet fordel.» Til forskjell fra heleribestemmelsen var straffansvaret ikke begrenset til bestemte lovbrudd. Subjektivt ble det krevd forsett i de omstendighetene som gjorde handlingen til en bistandsytelse, og at bistanden ble ytt for å sikre en forbrytelse. Videre ble det krevd at overtrederen hadde som hensikt med bistanden å sikre forbryteren en vunnet eller tilsiktet fordel. Det var altså ikke nok at vedkommende var seg bevisst at bistanden ville sikre primærforbryteren en fordel. Heller ikke var det tilstrekkelig at bistanden var ytt kun i den hensikt selv å oppnå vinning. Til forskjell fra § 317 tok bestemmelsen sikte på å gi en generell

689 Punktet bygger i stor grad på Rui 2012 s. 108–116.

690 Se Kjerschow 1930 s. 762.

691 Se Kjerschow 1930 s. 764–765. Se også Skeie 1938 s. 384–387, som var kritisk til denne tolkingen.

692 Krav om berikeshensikt/vinningshensikt som vilkår for straff skriver seg fra romerretten og er derfra kommet inn i tysk rett, se Mommsen 1899 s. 741 og Deinlein 1934 s. 36–41 med videre henvisninger. Se også Hurwitz 1955 s. 366–370 om bruken av berikeshensikt som kvalifikasjonskriterium i skandinavisk strafferett.

693 Rui 2012 s. 109.

utvidet beskyttelse av rettsgodene som var beskyttet i samtlige straffebud om forbrytelser. I tillegg beskyttet bestemmelsen det offentliges interesse av å oppklare forbrytelser.

Ved lovendringer i 1951, 1973, 1984, 1988 og 1991 ble det gjort stadige utvidelser av kriminaliseringen.⁶⁹⁴

I 1993 ble det gjennomført en omfattende nykriminalisering. På dette tidspunktet var heleri i § 317s forstand det å motta en gjenstand som man visste var fravendt eieren ved en straffbar handling. Det var også inntil lovendringen i 1993 straffbart å yte bistand etter forøvelsen av en forbrytelse for å sikre eller opprettholde fruktene av forbrytelsen, når hjelperen hadde hatt til hensikt å hjelpe forbryteren å skjule forbrytelsen (etterfølgende bistand). Dette fremgikk av straffeloven § 320.⁶⁹⁵ Nevnte typer heleri og etterfølgende bistand omfattes av hvitvaskingsbegrepet, slik det er utlagt i de mest sentrale internasjonale konvensjonene.⁶⁹⁶

Heleribestemmelsene og bestemmelsen om etterfølgende bistand kriminaliserte likevel bare en mindre del av handlingene som etter de internasjonale konvensjonene blir ansett som hvitvasking. Heleribestemmelsen i § 317 var begrenset til å ramme befatning med en «gjenstand» som var «fravendt» eieren ved en straffbar handling. Disse formuleringene medførte at det å ha befatning med utbytte fra straffbare handlinger som narkotikahandel, spritsmugling eller skatteunndragelse ikke ble ansett som heleri etter § 317.⁶⁹⁷ Heller ikke befatning med en fordring eller rettighet (f.eks. en patentrett eller forfatterrett) kunne straffes som heleri, siden dette ikke ble ansett som en «gjenstand».⁶⁹⁸ Gjerningsbeskrivelsen omfattet den som «mottar til eie, pant eller bruk, skjuler, forvarer, forbruker eller søker avhendet etter pantsatt» gjenstanden. Hvitvaskingshandlinger som går ut på å bistå med å konvertere, overføre eller på annen måte tilsløre at utbyttet kom fra en straffbar

694 Nærmere Rui 2012 s. 109–116.

695 Se nærmere Kjerschow 1930 s. 769, hvor det uttales: «Da bstanden skal være rettet på å sikre forbryteren en fordel, så må den gå ut på å endre den foreløbig ved forbrytelsen vundne eller tilsiktede fordel til en endelig ved å vanskeliggjøre tilbaketagelsen eller erstatning.»

696 Se United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna 1988 artikkel 3; United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, Palermo 2000 artikkel 6; United Nations Convention against Corruption, New York 2003 artikkel 23; Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime, Strasbourg 8.XI 1990 artikkel 6; Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime and the Financing of Terrorism, Warsaw 16.V.2005 artikkel 9 og Directive 2005/60/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 2005 on the Prevention of the Misuse of the Financial System for the Purpose of Money Laundering and Terrorist Financing artikkel 2.

697 Se Andenæs/Andersen 2008 s. 482–483.

698 Se Andenæs 1992 s. 210.

handling, ble ikke rammet av § 317.⁶⁹⁹ Disse handlingene var bare straffbare hvis primærforbrytelsen var en narkotikaforbrytelse, jf. § 162a.

Etterfølgende bistand etter § 320 var bare straffbart hvis det kunne bevises at gjerningsmannen hadde hjelpehensikt, noe som gjorde det tvilsomt om hjelperen kunne straffes når motivet for bistanden var å oppnå vinning selv.⁷⁰⁰ Nærmere bestemt kunne ikke befatning med utbytte fra skatteunndragelser, innsidehandel, pengefalsk, spionasje, hallikvirksomhet eller ulovlig salg av pornografi straffes etter § 320 hvis siktede hadde mottatt betaling for bistanden og det bare var tanken på betalingen som hadde vært motiverende for handlingen.⁷⁰¹ Den klassiske hvitvaskingshandlingen, nærmere bestemt å skjule og tilsløre at verdier har straffbart opphav, var altså ikke kriminalisert på generelt grunnlag. Dette ble gjort ved lovendringen i 1993. Bestemmelsene om etterfølgende bistand og narkotikaheleri ble da opphevet og «smeltet sammen» med § 317.⁷⁰²

Teknisk ble kriminaliseringen gjennomført ved at straffeloven §§ 162a og 320 ble opphevet og det ble gjort vesentlige endringer i § 317. Nærmere bestemt ble den nye § 317 utformet etter mønster av § 162a.⁷⁰³ Resultatet ble en kriminalisering av «den som mottar eller skaffer seg eller andre utbytte av en straffbar handling, eller som yter bistand til å sikre slikt utbytte for en annen».⁷⁰⁴ Dette utgjør også i dag kjernen av kriminaliseringen av heleri og hvitvasking i § 317.

Hvilke rettsgodter er så beskyttet i § 317? For det første tar § 317 sikte på å gi en generell utvidet beskyttelse av rettsgodene som er beskyttet i samtlige straffebud, både i straffeloven og spesiallovgivningen. Dette kommer frem ved at objektet for heleri og hvitvasking er utbytte fra alle straffbare handlinger. Den utvidede beskyttelsen refererer seg altså til rettsgodene som er beskyttet i primærlovbruddet. Det andre rettsgodet som søkes vernet i § 317, er det offentliges behov for effektiv etterforskning, irettføring og pådømmelse av handlinger som krenker rettsgodter som er beskyttet i primærlovbruddet (effektiv strafforfølgning). Slik jeg leser forarbeidene, fremstår det offentliges behov for effektiv strafforfølgning som den sentrale beskyttelsesinteressen bak kriminaliseringen. Det utvidede vernet av rettsgodene som er beskyttet ved kriminaliseringen i primærlovbruddet, synes mer sekundært.⁷⁰⁵

699 Se Andenæs 1992 s. 214–215 og Andenæs 1996 s. 210.

700 Se Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) s. 6–7.

701 Se Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) s. 7.

702 Se Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) s. 10–11 og Andenæs/Andersen 2008 s. 482–483.

703 Se Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) s. 11.

704 Lov 11. juni 1993 nr. 76 om endringer i Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 m.v.

705 Se likedan NOU 2002: 4 s. 303, hvor det uttales at «[h]ovedformålet med bestemmelsen om heleri og hvitvasking er å forebygge slike vinningsovertredelser, ved å gjøre det vanskeligere for gjerningspersonen å få glede av utbyttet». Blant annet på denne bakgrunnen foreslo Straffelovkommisjonen å plassere bestemmelsene om hvitvasking i den nye straffeloven i kapitlet med overskriften «Generelle bestemmelser til forebygging av andre straffbare handlinger».

Dette er i samsvar med begrunnelsen internasjonalt for å bekjempe hvitvasking med strafferettslige virkemidler.⁷⁰⁶ Vi ser altså at kriminaliseringen av heleri og hvitvasking er blitt utvidet i så stor grad at rettsgodebeskyttelsen er blitt vesentlig endret. Fra å gi en utvidet beskyttelse av grovere krenkelser av eiendomsretten skal kriminaliseringen nå gi en utvidet beskyttelse av alle rettsgoder som er beskyttet ved kriminalisering. Etter endringen i 1993 er hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av heleri og hvitvasking behovet for effektiv etterforskning av organisert kriminalitet.⁷⁰⁷

Et ytterligere skritt i retning av nykriminalisering ble gjort av Høyesterett i Rt. 2006 s. 466. Her la Høyesterett til grunn at det ikke kreves at den straffbare handlingen som utbyttet stammer fra, må konkretiseres.⁷⁰⁸ Det ble også uttalt i avgjørelsen at det ikke må foreligge objektive holdepunkter for den straffbare handlingens art, for at det skal kunne anses bevist at utbyttet stammer fra en straffbar handling.⁷⁰⁹ Hvis, som i saksforholdet i avgjørelsen fra Høyesterett, tiltalen gjelder hvitvasking av et pengebeløp på 500 000 kroner, kreves det verken bevis for at beløpet kan tilbakeføres til konkrete straffbare handlinger, eller for at det kan knyttes til bestemte kategorier av lovbrudd, slik som tyverier, ran eller narkotikaforbrytelser. Sagt med Høyesteretts ord «må [det] være tilstrekkelig at påtalemyndigheten beviser at utbyttet stammer fra en eller annen straffbar handling».⁷¹⁰

At loven krever at det må være begått en «straffbar handling», innebærer som utgangspunkt at handlingen må fylle samtlige vilkår for straff. Når det gjelder det objektive gjerningsinnholdet, må det bevises at utbyttet stammer fra en handling som fyller det objektive gjerningsinnholdet i et eller annet straffebud. Et sentralt bevismiddel er ofte en analyse av tiltaltes økonomi. Nærmere bestemt innhentes opplysninger om siktedes lovlige inntekter og utgifter over en periode. Summen av aktiva fra denne analysen holdes så opp mot de aktivaene tiltalte nå har. Hvis tiltalte har mer aktiva enn det som følger av analysen, blir det i praksis opp til tiltalte å påvise at differansen ikke er utbytte av en straffbar handling. Hvis tiltalte ikke lykkes med det, vil påtalemyndigheten i praksis ofte ha oppfylt bevisbyrden, idet det er tilstrekkelig for påtalemyndigheten å bevise at utbyttet stammer fra en eller annen straffbar handling. Høyesterett har konkludert med at dette ikke er i strid med uskyldspresumsjonen, nærmere bestemt prinsippet om at påtalemyndigheten har bevisbyrden.⁷¹¹

I bestemmelsens tredje ledd gjøres det en uttrykkelig begrensning av kravet om at utbyttet må stamme fra en «straffbar handling». Selv om primærlovbryteren

706 Nærmere Rui 2012 s. 72–74.

707 Rui 2012 s. 121.

708 Avsnitt 21.

709 Avsnitt 22. Se likedan Rt. 2011 s. 1 avsnitt 21.

710 Avsnitt 19.

711 Se Rt. 2006 s. 466.

ikke kan straffes på grunn av straffeloven §§ 44 og 46 (psykose, bevisstløshet, høy grad av psykisk utviklingshemming, mindreårighet), kan hvitvaskeren likevel straffes. Begrunnelsen for unntaket er ifølge forarbeidene at «[s]traffverdigheten av et heleri er den samme uansett hvilke personlige egenskaper den som har begått den opprinnelige forbrytelsen, har».⁷¹²

Derimot ligger det i ordlyden «straffbar handling» at primærlovbryterens handling må oppfylle de øvrige vilkårene for straff, for at man skal ha å gjøre med et utbytte som kan danne grunnlag for hvitvasking.⁷¹³ For det første må primærlovbryterens handling ikke være straffri på grunn av straffrihetsgrunner. For det annet må primærlovbryteren ha utvist tilstrekkelig skyld. For det tredje må han ikke ha vært i unnskyldelig rettsvillfarelse,⁷¹⁴ og for det fjerde må handlingen ikke være lovlig fordi den ikke er rettsstridig.

Slik jeg ser det, er det et klart spenningsforhold mellom Høyesteretts standpunkt om at det på den ene side ikke kreves at den straffbare handlingen som utbyttet stammer fra, må konkretiseres, og at det på den annen side må bevises ut over enhver rimelig og fornuftig tvil at de øvrige vilkårene for straff for primærlovbruddet foreligger. Først og fremst vil det oppstå problemer med å bevise kravet om skyld. Hvis det skal konkluderes med at det er bevist ut over enhver rimelig og fornuftig tvil at primærlovbryteren i subjektivt henseende har begått en «straffbar handling», må to forhold bringes på det rene: for det første hvilket skyldkrav som skal vurderes, og for det annet om primærlovbryteren har oppfylt det aktuelle skyldkravet.

Ofte vil det i praksis være umulig å foreta en reell vurdering av om primærlovbryteren har handlet med den nødvendige graden av skyld når det ikke er kjent hvilket primærlovbrudd utbyttet stammer fra. Sett at det er funnet 500 000 kroner hos A. Det er gjennomført en analyse av hans økonomi, som viser at han ut fra lovlige inntekter og utgifter ikke skal være i besittelse av et slikt beløp. Han har heller ikke gitt noen forklaring på en lovlig opprinnelse til pengene. Selv om det i et slikt tilfelle skulle konkluderes med at det er hevet over rimelig og fornuftig tvil at utbyttet stammer fra en eller annen straffbar handling, vil det ofte i praksis være umulig å identifisere hvilket skyldkrav primærlovbryteren skal vurderes opp mot, og om han har oppfylt dette skyldkravet. Det ser ut som at Høyesterett ikke var oppmerksom på denne implikasjonen da det i Rt. 2006 s. 446 ble konkludert med at det ikke kreves at den straffbare handlingen som utbyttet stammer fra, må konkretiseres. I praksis blir kravet til subjektiv skyld hos primærlovbryteren

712 Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) s. 25.

713 Se likedan Jahre/Ryel 1995 s. 847; Andenæs/Andorsen 2008 s. 484 og Matningsdal 2010 s. 336.

714 Se Andorsen 2005 s. 78–81, som konkluderer med at rettsvillfarelse er et eget straffbarhetsvilkår i norsk strafferett.

fingeren i de tilfeller det ikke kan konkretiseres hvilke straffbare handlinger utbyttet kommer fra.

Når det ikke er kjent hvilket eller hvilke primærlovbrudd utbyttet stammer fra, blir det tilsvarende umulig å bringe på det rene at primærlovbruddet eller primærlovbruddene fyller de øvrige straffbarhetsvilkårene. Vi ser altså at Høyesteretts rettsoppfatning medfører at det fingeres at samtlige straffbarhetsvilkår for primærlovbruddet er oppfylt.

Som vi så ovenfor, var en av grunnene til kriminalisering av hvitvasking å gi et utvidet vern av de rettsgodene som var beskyttet ved kriminalisering av primærlovbruddene. Hvis begrunnelsen for å beskytte rettsgodet som er direkte beskyttet i vedkommende straffebud, ikke slår til fordi grunnvilkårene for å straffe primærlovbryteren ikke er oppfylt, kan det umiddelbart anføres at heller ikke begrunnelsen for å gi en utvidet beskyttelse av dette rettsgodet slår til. Argumentet bygger på den grunntanken at hvitvaskerens ansvar er avhengig av hovedmannens ansvar (aksessoritet).

Etter min oppfatning er det imidlertid naturlig å se det slik at hvitvaskerens handling er et angrep på de rettsgodene som er beskyttet i straffelovgivningen, selv om primærlovbryteren ikke kan straffes på grunn av manglende utvist skyld med hensyn til de faktiske forholdene, eller fordi han var i rettsvillfarelse. Objektivt sett har det skjedd en krenkelse av et retts gode som søkes beskyttet i straffelovgivningen, og hvitvaskeren vanskeliggjør gjenopprettelse av krenkelsen ved å motta eller skaffe seg eller andre del i utbyttet eller å yte bistand til å sikre utbyttet. Det er sannsynligvis denne tankegangen som ligger bak valget om ikke å kreve at primærlovbryteren har vært tilregnelig for å kunne straffe hvitvaskeren. Det fremstår for øvrig som lite gjennomtenkt å kreve at den psykotiske primærlovbryteren må ha utvist tilstrekkelig subjektiv skyld for at det skal foreligge et primærlovbrudd som danner objekt for utbytte. Beskyttelsen av hensynet til en effektiv strafforfølgning, som er det andre rettsgodet § 317 skal verne, taler også for ikke å kreve at primærlovbryteren fyller de subjektive vilkårene for straff. Ikke å kreve at primærlovbryteren må ha utvist skyld for at det skal foreligge en «straffbar handling», vil også gi god konsekvens og sammenheng med vilkårene for inndragning. Etter § 34 første ledd tredje punktum er det ikke et vilkår for inndragning at gjerningsmannen har utvist skyld.

Derimot møter man problemer med grunnleggende logikk hvis det ikke skulle kreves at primærlovbruddet fylte de objektive vilkårene for straff. Hvis primærlovbruddet ikke rammes av en straffebestemmelse, hvis primærlovbruddet er straffritt på grunn av straffrihetsgrunner, eller hvis primærlovbruddet ikke er rettsstridig, vil det jo heller ikke foreligge en straffbar handling i objektivt henseende. På disse punktene er det altså ikke mulig å skille hvitvaskingsforbrytelsen fra primærlovbruddet.

På grunn av at ordlyden klart krever at det må foreligge en straffbar handling, må det likevel legges til grunn som gjeldende rett at primærlovbryteren, med unntak av tilregnelighet, må fylle samtlige straffbarhetsvilkår. En slik vurdering er praktisk gjennomførbar når primærlovbruddet er kjent. I prinsippet krever ordlyden at samtlige straffbarhetsvilkår (med unntak av tilregnelighet) må være oppfylt også når primærlovbruddet eller primærlovbruddene ikke er kjent. Men siden det i disse tilfellene ofte ikke vil være mulig å ta stilling til om straffbarhetsvilkårene er oppfylt, har vi sett at Høyesterett i realiteten fingerer at vilkårene er oppfylt.

Rettspolitisk er en slik fingering – særlig av at de objektive vilkårene for straff er oppfylt – uheldig. Blant annet er det tale om en betydelig innskrenkende tolking av ordlyden til skade for siktede. I realiteten er kravet om at utbyttet må stamme fra en straffbar handling, tolket helt bort. Bevistemaet for domfellelse blir dermed ikke om det er begått en straffbar handling, men om det kan utelukkes at midlene det er tale om, kan stamme fra lovlige kilder.⁷¹⁵ I realiteten har man da kriminalisert det å ha aktiva som man ikke kan forklare lovlig atkomst til, såkalt «uforklarlig rikdom».

Vi ser etter dette at kriminaliseringen av heleri og hvitvasking gjennom flere lovendringer har beveget seg mer og mer bort fra de rettsgodene som opprinnelig skulle beskyttes. Dagens kriminalisering rammer altså det å ha uforklarlig rikdom. Rettsgodebeskyttelsen er blitt vesentlig utvidet og har faktisk helt endret karakter. Betenkeligheter ved å kriminalisere ut over det rettsgodet man ønsker å beskytte, er fraværende. Kriminalisering av uforklarlig rikdom er for øvrig problematisk i lys av uskyldspresumsjonens begrensninger av bruk av presumsjoner ved kriminalisering (EMK artikkel 6 nr. 2 og Grunnloven § 102).⁷¹⁶

7.3.3 Kriminaliseringen av korrupsjon

a) Innledning: nykriminaliseringene av korrupsjon i 2003

Straffeloven § 387 kriminaliserer korrupsjon. Første ledd har følgende ordlyd: «Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som a) for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag, eller b) gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag.»

Bestemmelsen viderefører fullt ut den tidligere kriminaliseringen i straffeloven 1902 § 276a.⁷¹⁷ Den var et resultat av en reform av korrupsjonslovgivningen

715 Se Rt. 2006 s. 466 avsnitt 19.

716 Rui 2012 s. 429–434.

717 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 470.

som ble vedtatt i 2003.⁷¹⁸ En sentral årsak til revisjonen var at Norge hadde undertegnet og ratifisert Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon av 27. januar 1999.⁷¹⁹

b) Redaksjonelle endringer av straffebudet ved reformen

Ved reformen i 2003 ble det gjort en ganske radikal redaksjonell endring av kriminaliseringen. Hovedtrekkene av kriminaliseringen før reformen var at passiv bestikkelse av offentlige tjenestepersoner (å motta bestikkelse) var gjort straffbart i straffeloven 1902 §§ 112 og 113. Dommere som lot seg bestikke, ble rammet av § 114. Bestemmelsene var plassert i lovens kapittel 11, som rammet «Forbrydelser i den offentlige Tjeneste». Aktiv bestikkelse av offentlige tjenestepersoner (å tilby bestikkelse) var kriminalisert i § 128. Bestemmelsen var plassert i kapittel 12, «Forbrydelser mod den offentlige Myndighed». Straffeloven hadde ikke et eget straffebud mot å motta bestikkelser i privat sektor (passiv bestikkelse). Men den som i private virksomheter lot seg bestikke, ville normalt ha begått et pliktbrudd overfor sin arbeidsgiver, og ble da rammet av straff for utroskap. Den aktive bestikeren ville i disse tilfellene kunne straffes for medvirkning til utroskap.⁷²⁰ Disse straffebudene ble ved reformen «smeltet sammen» til det straffebudet vi har i dag.

c) Nykriminaliseringene og kravet til forholdsmessighet

i) Nødvendighet

Denne redaksjonelle endringen medførte vesentlige nykriminaliseringer som ikke var nødvendige på grunn av ratifikasjonen av europarådskonvensjonen.⁷²¹ For det første krevde ikke konvensjonen at bestikkelser i offentlig og privat virksomhet ble regulert i samme straffebud, likestilt og gitt like strafferammer. Kriminaliseringen av bestikkelser i offentlig sektor skal beskytte demokratiet og rettsstaten.⁷²² Forbudet mot bestikkelser i privat sektor skal derimot beskytte et velfungerende marked (virksom konkurranse).⁷²³ En bestikkelse som utgjør et angrep på

718 Lov 7. april 2003 nr. 79 om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon).

719 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 5–6.

720 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 15.

721 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 6: «Etter departementets syn bør ikke Norge nøye seg med å innarbeide de minimumsforpliktelsene som konvensjonen pålegger. Departementets forslag går derfor på flere sentrale punkter lenger enn det konvensjonen krever.»

722 Rosseland Sandhaug 2020 s. 93–94, som påviser at dette er den interesse som søkes beskyttet i de internasjonale rettslige instrumentene mot bestikkelser.

723 Rosseland Sandhaug 2020 s. 93–94.

demokratiet og rettsstaten, er noe klart annet, og langt mer alvorlig, enn en bestikkelse som er et angrep på et velfungerende marked.

Departementets begrunnelse for å likestille bestikkelser i offentlig og privat virksomhet var at «det er ønskelig å ha like effektive strafferettslige virkemidler mot korrupsjon i privat sektor som i offentlig sektor. Dette er viktig for å opprettholde tilliten til det private nærings- og organisasjonsliv, samt for å sikre rettferdige konkurransevilkår. Grensen mellom offentlig og privat virksomhet er heller ikke så klar som den en gang var. En felles straffebestemmelse mot korrupsjon i både offentlig og privat sektor innebærer derfor at domstolene slipper å ta stilling til vanskelige avgrensningsspørsmål.»⁷²⁴ Departementet drøfter ikke her det faktum at et angrep på demokrati og rettsstat er et kvalitativt og vesentlig mer beskyttelsesverdig retts gode enn et angrep på et velfungerende marked. Det drøftes da heller ikke om kriminaliseringen av bestikkelser i privat sektor går lenger enn nødvendig.

Hvis man hadde gjort en slik drøftelse, ville man vanskelig kunne konkludert med at det var nødvendig å likestille bestikkelser i privat og offentlig virksomhet. Det kunne være at vilkår og strafferamme for bestikkelser i privat virksomhet burde økes. En logisk konsekvens av det ville vært at straffen for korrupsjon i offentlig sektor også måtte ha økt. For øvrig er det grunn til å tenke på at å legge til grunn at bestikkelser i privat sektor er like klanderverdig som i offentlig sektor, ikke bare betyr at man ser alvorligere på bestikkelser i privat sektor, men også at man ser mindre alvorlig på bestikkelser i offentlig sektor.

Den *andre* utvidelsen av kriminaliseringen som ble gjort, var følgende: Før reformen var det et absolutt vilkår for å kunne dømme for aktiv bestikkelse at den som gir bestikkelsen, har som formål å påvirke mottakeren. At den som gjennomfører en bestikkelseshandling, har som motiv, formål, hensikt, intensjon å påvirke mottakeren, er kjernen i bestikkelseshandlingen. Sagt på en annen måte er et slikt motiv hos den aktive en nødvendig forutsetning for at rettsgodet skal bli skadet. Å gi noen en fordel, uten å ha som formål å påvirke, kan egentlig ikke kalles en bestikkelse (eller korrupsjon) i vanlig dagligtale. De internasjonale konvensjonene som oppstiller kriminaliseringsforpliktelser, inneholder naturligvis også et vilkår om at den aktive må ha hatt som formål å påvirke mottakeren.⁷²⁵ Det samme gjelder kriminaliseringene i de øvrige nordiske landene samt ellers i Europa.⁷²⁶

Derimot figurerer ikke kravet om at giveren har som formål å påvirke mottakeren, i lovteksten. I forarbeidene fremkommer det helt kort at ytelsens formål

724 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 6. Se også s. 33.

725 Rosseland Sandhaug 2020 s. 70–71, 77–78 og 87–88, som påpeker at påvirkningsformål er et element i kriminaliseringsforpliktelsen både etter OECD-konvensjonen mot bestikkelse av offentlig tjenestemann (1997), Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon (1999) og FN-konvensjonen mot korrupsjon (2003). Se også Høivik 2021 s. 327–328.

726 Høivik 2021 s. 324–327 og 328.

«vil stå sentralt i en utilbørighetsvurdering. Dersom det lar seg bevise at fordelen var ment å påvirke den passive bestickers utøvelse av en stilling, et verv eller oppdrag, vil den normalt være utilbørlig.»⁷²⁷ Tolket motsetningsvis medfører dette at det kan foreligge en kriminalisert bestikkelse, uten at det finnes bevis for at giveren hadde som formål å påvirke mottakeren. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis.⁷²⁸

Det er kritikkverdig at det ikke drøftes om denne vesentlige utvidelsen av kriminaliseringen er nødvendig.⁷²⁹ Dette styrkes av at Straffelovkommisjonen foreslo at kriminaliseringen av aktiv korrupsjon skulle være betinget av at utilbørlig fordel var gitt eller tilbudt «for å oppnå en ytelse for seg eller andre».⁷³⁰ Som nevnt ovenfor går man nå så langt i å kriminalisere at man rammer atferd som ikke med rimelighet kan kalles en bestikkelse (eller korrupsjon). Man kriminaliserer langt utenfor rettsgodebeskyttelsen.⁷³¹ Motivet med dette grepet er heller ikke berørt i forarbeidene, men formålet er åpenbart å gjøre straffebudet mer effektivt: I de tilfeller det ikke lar seg bevise at giveren hadde som formål å påvirke, kan man likevel dømme vedkommende for bestikkelse. I et slikt tilfelle blir en person dømt på grunnlag av forhold som peker mot at han hadde som formål å gjøre en utilbørlig påvirkning. Altså kriminaliserer man i en slikt tilfelle en presumsjon som peker mot at den aktive har hatt som formål å påvirke. Men påtalemyndigheten trenger ikke å bevise et påvirkningsformål.

Det kan være at det finnes sterke argumenter som taler for å gjøre et slikt radikalt grep ved kriminaliseringen av bestikkelser. Men for at kriminaliseringen skal være nødvendig og forholdsmessig, må det kreves at lovgiver påviser at det finnes sterke grunner for avgjørelsen. Ut fra det som er sagt ovenfor om forskjellen i straffverdighet mellom bestikkelser i offentlig og privat sektor, skulle det vært gjort separate vurderinger av nødvendigheten av en så vidtgående kriminalisering for bestikkelser i henholdsvis offentlig og privat sektor.

Også en *tredje* utvidelse av kriminaliseringen ble gjort ved reformen: Før reformen ble det ikke rammet av bestemmelsene om bestikkelse at den passive mottok en fordel etter at han hadde utført en handling. Ta for eksempel den kommunale tjenestemannen som mottar en gave etter at vedtaket er truffet (uten at det var gitt løfte om gaven før myndighetshandlingen). Det er heller ikke et krav å kriminalisere slik atferd etter europarådskonvensjonen.⁷³² At slik atferd ikke rammes av straffansvar,

727 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 55.

728 Rt. 2009 s. 130 avsnitt 37, hvor det ble uttalt at selv om det ikke foreligger et påviselig motiv, kan det «bare være i helt spesielle tilfelle at det er grunn til å dømme etter korrupsjonsbestemmelsen dersom en må se helt bort fra at det foreligger et påvirkningsmoment. Vurderingen av dette kan være vanskelig.» Se også Rt. 2009 s. 1684 avsnitt 26 og Rt. 2014 s. 786.

729 Likedan Rosseland Sandhaug 2020 s. 134–138 og 142–143.

730 NOU 2002: 22 s. 55.

731 I samme retning Rosseland Sandhaug 2020 s. 142–143.

732 Rosseland Sandhaug 2020 s. 79. Også Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34.

er logisk, fordi rettsgodebeskyttelsen straffebudet skal vareta, i disse tilfellene ikke er krenket. På tross av dette fremgår det av forarbeidene at straff for korrupsjon også er aktuelt i de tilfeller en fordel gis etter at den aktuelle handlingen er utført.⁷³³ Departementet uttalte at det oppfattet slike etterfølgende belønninger som «klart straffverdige, og [det] ønsker å gjøre det klart at lovforslaget rammer alle utilbørlige fordeler som har sammenheng med den passive bestikkers stilling, verv eller oppdrag, uten hensyn til om fordelene ytes først etter at vedkommende har handlet eller unnlatt å handle på en måte som den aktive bestikker verdsetter».⁷³⁴ I tillegg ble det lagt vekt på at bevisshensyn talte for at slike handlinger skulle omfattes.⁷³⁵ Igjen ser vi at en ganske vesentlig utvidelse av kriminaliseringen som går ut over rettsgodebeskyttelsen, gjøres uten noen som helst drøftelse av om en slik utvidelse er nødvendig.

For det *fjerde* ble kriminaliseringen utvidet ved at det ble etablert krav om at partene i en korrupsjonshandling må ha en form for tilknytning. Nærmere bestemt følger det av ordlyden at den utilbørlige fordelene må være gitt eller mottatt «i anledning utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag». Umiddelbart skulle man anta at et slikt krav om tilknytning ville begrense kriminaliseringen, fordi det kreves at det å gi eller å motta en «utilbørlig fordel» må skje i en bestemt kontekst. Dette tilknytningskravet gir imidlertid i liten grad noen avgrensning av området for hva som er straffbar korrupsjon.⁷³⁶

733 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34 og 55.

734 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34.

735 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34.

736 Rosseland Sandhaug 2020 s. 114: «Det straffverdige ved korrupsjonshandlinger har i liten grad kommet til uttrykk gjennom handlingsalternativene og tilknytningskravet. Disse elementene alene innebærer kun at noen mottar noe i anledning deres stilling, verv eller oppdrag.» Se også HR-2022-1278-A avsnitt 55–56, hvor Høyesterett legger til grunn at vilkåret «i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag» «ikke stiller et krav om årsakssammenheng mellom ytelsen av en fordel og mottakerens stilling. Det er dermed ikke et vilkår at det må kunne utelukkes at en fordel ville blitt gitt selv om mottakeren ikke hadde hatt den aktuelle stillingen. Jeg legger til at dersom det skulle gjelde et slikt årsakskrav, ville det etter mitt syn medført en betydelig begrensning i rekkevidden av korrupsjonsreglene. Dette har sammenheng med det strafferettslige beviskravet. Som jeg har vært inne på, ville et krav om årsakssammenheng bygd på at betingelsesteorien måtte anvendes ut fra dette beviskravet. Det ville ført til at selv om det i et konkret tilfelle er klare holdepunkter for at en fordel er gitt for å oppnå en motytelse, ville straff bare kunne anvendes dersom det kan utelukkes at fordelene ikke ville vært gitt dersom mottakeren ikke hadde hatt denne stillingen. Det er ikke uvanlig at det er både en profesjonell og en privat relasjon mellom giver og mottaker i situasjoner der spørsmål om korrupsjon oppstår. Da vil det i mange tilfeller være vanskelig helt å utelukke at en fordel ville vært gitt uavhengig av stillingsforholdet. Det har blant annet sammenheng med at det vil dreie seg om en årsaksvurdering bygd på rent subjektive forhold hos den som gir fordelene.» Se Glosemeyer Havrevold / Berg 2023a s. 27–35, som er kritisk til Høyesteretts tolking. Se Stoltenberg/Horn 2023 s. 273–278 for kommentarer til kritikken. Stoltenberg/Horn får svar, se Glosemeyer Havrevold / Berg 2023b s. 279–280.

For det *femte*: Før reformen var det et krav for straff for mottakeren (passiv bestikkelse) at vedkommende var klar over at fordelene ble gitt for å øve innflytelse på måten tjenesteplikten ble utført på. Tjenestemannens forsett måtte i denne forbindelsen også omfatte giverens hensikt.⁷³⁷ Dette kravet ble også tatt bort ved reformen i 2003. Heller ikke ved utformingen av disse vilkårene ble det gjort vurderinger av om den omfattende utvidelsen av kriminaliseringen var nødvendig.

Hva burde lovgiver så gjort ved utformingen av kriminaliseringen av korrupsjon? Det er rettsgodebeskyttelsen som styrer hvilken atferd som skal kriminaliseres. Ved bestikkelser i offentlig sektor er rettsgodebeskyttelsen å sikre lovmessig og korrekt myndighetsutøvelse. Atferden som da skal kriminaliseres, er at en person som utøver offentlig myndighet, mottar en bestikkelse. Bestikkelsen fører til at tjenestepersonen treffer en avgjørelse vedkommende ellers ikke ville truffet, og at den som gav bestikkelsen, slik oppnår en utilbørlig fordel. Det er slik atferd som direkte skader rettsgodet, som er lovmessig og for øvrig korrekt myndighetsutøvelse. I privat sektor skal det rammes at en person treffer en markedsmessig/kommersiell beslutning som vedkommende ikke ville truffet om han ikke hadde mottatt en utilbørlig fordel fra en av flere som har interesse i beslutningen. Forsøk på og medvirkning til slik atferd vil også være kriminalisert. Kriminalisering ut over disse handlingene krever at det gjøres vurderinger av nødvendigheten av hver enkelt utvidelse.

Siden mange av de konstituerende elementene som er bestemmende for om det foreligger en straffbar bestikkelse i offentlig og privat sektor, nå er fjernet, er grensen mellom kriminalisert og lovlig atferd i praksis overlatt til vurderingen av om det foreligger en «utilbørlig fordel». Dette er et vidt og vagt begrep. Departementet uttaler:

[D]et kan reises innvendinger mot at det ikke angis mer presist når en handling er straffbar, og at den foreslåtte bestemmelsen vil kunne reise vanskelige avgrensningsspørsmål i grenseområdet mellom utilbørlige og andre fordeler. Departementet har likevel kommet til at den foreslåtte utformingen er den mest hensiktsmessige. Det er grunn til å understreke at under norske forhold har verken den som foretar en 'bestikkelse' eller den som mottar den, noen rimelig grunn til å balansere på kanten av en straffebestemmelse om korrupsjon.⁷³⁸

Heller ikke her er det gjort noen vurderinger av om kriminaliseringen går lenger enn nødvendig. Det er på det rene at en del straffebud inneholder rettslige standarder. I disse tilfellene er imidlertid straffebudet begrenset, enten ut fra den aktuelle konteksten eller ved at det oppstilles øvrige, mer presise elementer. Det er ikke

737 NOU 2002: 22 s. 26.

738 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34–35.

tilfellet med kriminaliseringen av korrupsjon. Som nevnt ovenfor gir ikke tilknytningskravet noe nevneverdig bidrag til å avgrense kriminaliseringen.

ii) Legitimt formål

Det er flere svakheter ved lovarbeidet enn fraværet av vurderinger av nødvendigheten av de vide kriminaliseringene som ble gjort ved reformen i 2003. En svakhet er fastleggingen av rettsgodet (det legitime formålet) med kriminaliseringen av bestikklser. Hva gjelder korrupsjon i offentlig sektor, ble det uttalt av departementet:

At det treffes uriktige offentlige vedtak som følge av korrupsjon, er i seg selv meget uheldig. Men også for det tilfellet at tjenestemannen ikke yter gjengjeld i form av en uriktig tjenestehandling, gjør han seg sårbar for press ved å motta en bestikkelse. Og under enhver omstendighet vil mottagelse av bestikklser bli oppfattet av allmennheten dit hen at uriktige tjenestehandlinger finner sted. Dette er i seg selv ødeleggende for folks *tillit* til forvaltningens upartiskhet og integritet. Et vesentlig hensyn ved kriminalisering av korrupsjon er hensynet til allmennhetens tillit til den offentlige virksomhet i alle dets former. En slik tillit er en forutsetning for et stabilt demokrati. Forbud mot så vel aktiv som passiv korrupsjon i offentlig sektor kan begrunnes i hensynet til å opprettholde en velfungerende offentlig administrasjon.⁷³⁹

Vi ser her at det legitime formålet med kriminaliseringen angis svært vidt. I tillegg til å beskytte mot uriktig myndighetsutøvelse fremheves folks «tillit til forvaltningens upartiskhet og integritet». Det presiseres at dette er et «vesentlig hensyn» ved kriminaliseringen av bestikklser. Det er riktig at bestikkelseshandlinger vil kunne ødelegge folks tillit til myndighetene. Det er imidlertid et stort skritt å legge til grunn at ivaretagelse av tilliten til offentlige myndigheter er et selvstendig rettsgode, som kan beskyttes gjennom kriminaliseringen av korrupsjon.

Men har departementet ment at atferd som skader folks tillit til myndighetene, alene skal være tilstrekkelig for straffansvar for korrupsjon? Det som taler mot, er at uttalelsen om folks tillit til myndighetene er koblet til eksempelet om tjenestemannen som mottar en bestikkelse, men ikke yter gjengjeldelse. Det som taler for at departementet har ment at handlinger som kan svekke tilliten til offentlig myndighetsutøvelse, skal rammes av korrupsjonsbestemmelsen, er uttalelsene om rekkevidden av straffansvaret. Som nevnt ovenfor er det uttalt i forarbeidene at det ikke er nødvendig å bevise at giveren hadde som motiv å påvirke myndighetsutøvelsen, for domfellelse for korrupsjon. Videre kreves det ikke at tjenestemannen

739 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 28.

var klar over at fordelene ble gitt for å øve innflytelse på måten tjenesteplikten ble utført på. Tjenestemannens forsett må altså ikke omfatte giverens hensikt. Også å kriminalisere å motta en gave etter at tjenestemannen har truffet en avgjørelse, kan ikke sies å skade eller sette i fare for å skade korrekt myndighetsutøvelse.

Det som sies om rekkevidden av kriminaliseringen i forarbeidene, får som konsekvens at rettsgodebeskyttelsen blir klart utvidet: Fra å beskytte mot atferd som skader riktig offentlig myndighetsutøvelse, er rettsgodebeskyttelsen nå (også) å beskytte folks tillit til forvaltningens upartiskhet. Det medfører blant annet at et tilfelle av skade av befolkningens tillit til myndighetene (eksempelvis inhabilitet) vil kunne være korrupsjon, selv om det ikke finnes noen som helst form for påvirkning av offentlig myndighet eller motiv for slik påvirkning. Man kan også tenke seg at en myndighetsutøver gis en fordel (eksempelvis en gave), uten at vedkommende er inhabil. Dette vil også kunne lede til straffansvar, selv om giveren ikke hadde som formål å påvirke myndighetsutøvelsen. Og tilknytningskravet gir i liten grad noen avgrensning av hva som er kriminalisert. I HR-2022-1278-A la Høyesterett til grunn at formuleringen «i anledning av stilling, verv eller oppdrag» «ikke stiller et krav om årsakssammenheng mellom ytelsen av en fordel og mottakerens stilling. Det er dermed ikke et vilkår at det må kunne utelukkes at en fordel ville blitt gitt selv om mottakeren ikke hadde hatt den aktuelle stillingen.»⁷⁴⁰

Om legitime formål med kriminaliseringen av korrupsjon i privat sektor uttales i forarbeidene:

I relasjon til ansatte kjennetegnes korrupsjonshandlingen ved svikaktig og illojal opptreden. Ansatte har innenfor arbeidsavtalen en plikt til å ivareta og fremme arbeidsgivers interesser. Å ta imot bestikkelser vil normalt krenke disse interessene. Dette gjelder både i offentlig og privat virksomhet. Forretningsavtaler kan bli mindre inntektsgivende, og foretakets omdømme og tillit utsettes for skade. Hensynet til vern om eiendom og foretak tilsier således forbud mot korrupsjon. Dertil kommer at korrupsjon virker konkurransevridende og er illojal overfor andre næringsdrivende og forbrukerne. Forbud mot så vel aktiv som passiv korrupsjon i næringslivet kan således også begrunnes i hensynet til den frie konkurransen og til fremme av et velfungerende marked.⁷⁴¹

Lojalitet og omdømme fremheves som rettsgoder som skal beskyttes ved kriminaliseringen av bestikkelser. Det er riktig at bestikkelser i privat sektor kan være resultat av svikaktig og illojal opptreden, samt at virksomhetens omdømme kan bli skadet. Imidlertid er det verken nødvendig eller tilstrekkelig at disse interessene er krenket, for at det skal foreligge en kriminalisert bestikkelse. Når det egentlig

740 Avsnitt 55.

741 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 28.

legitime formålet med kriminaliseringen presenteres sammen med formål som ikke er relevante ved fastleggingen av området for det straffbare, og etter at formål som ikke har betydning ved tolkingen, er presentert, bidrar det til uklarhet om hvilke rettsgoder kriminaliseringen skal beskytte.

Av andre legitime formål med nykriminaliseringen nevner departementet behovet for å bringe kriminaliseringen i overensstemmelse med europakonvensjonen.⁷⁴² Dette formålet kan imidlertid ikke legitimere kriminaliseringer som går lenger enn det konvensjonen krever. Det uttales også at de nye straffebestemmelsene vil gjøre det enklere å utarbeide statistiske oversikter over antallet korrupsjonssaker som etterforskes i Norge, samt over antallet fellende dommer i slike saker.⁷⁴³ Det er klart at dette ikke er et legitimt formål med en kriminalisering.

iii) Egnethet

Det er videre et spørsmål i hvilken grad kriminaliseringen er *egnet* til å vareta det legitime formålet. En vurdering av om og eventuelt i hvilken grad kriminaliseringen er egnet til å vareta det legitime formålet, er vanskelig å gjøre på forhånd. Men etter at straffebudet nå har vært virksomt i snart 20 år, kan det stilles spørsmål ved om (i hvert fall i hvilken grad) kriminaliseringen har bidratt til økt beskyttelse av de rettsgodene som straffebudet skal beskytte: demokrati og rettsstat (bestikkelser i offentlig sektor) og virksom konkurranse (bestikkelser i privat sektor). Når kriminaliseringen er vid og vag, vil grensene for det straffbare bli uklare. Rosseland Sandhaug skriver at selv 15 år etter at korrupsjonsbestemmelsene trådte i kraft, har man sett relativt få korrupsjonssaker for domstolene. Hun uttaler videre:

Det kan ikke utelukkes at korrupsjonsbestemmelsens ubestemte utforming bidrar til å begrense sakstilfanget. Påtalemyndigheten skal bare ta ut tiltale i saker hvor de mener de kan bevise skyld ut over enhver rimelig tvil. Dersom utilbørlighetsvilkåret fremstår som svært uklart eller uforutsigbart, er det naturlig nok vanskelig for påtalemyndigheten å vurdere om skyld kan bevises utover enhver rimelig tvil. Dersom de er i tvil, må de henlegge saken, og slike påtaleavgjørelser er ikke offentlig tilgjengelige. Det er et paradoks at man har utformet korrupsjonsbestemmelsene med en rettslig standard for å unngå vanskelige bevissspørsmål, med den effekt at det oppstår vanskelige bevissspørsmål.⁷⁴⁴

Jeg er enig i disse betraktningene.

742 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 32.

743 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 32.

744 Rosseland Sandhaug 2020 s. 136.

iv) Konklusjon

Det er etter dette uklart hvilke legitime formål kriminaliseringen av korrupsjon skal beskytte. Det er også tvilsomt om kriminaliseringen, slik den nå er utformet, er godt egnet til å vareta i hvert fall de sentrale legitime formålene med kriminaliseringen. Tvert om er det forhold som tyder på at den vide kriminaliseringen er mindre egnet enn en kriminalisering med høyere grad av presisjon. Lovgiver har ikke vurdert om en så vidtgående kriminalisering går lenger enn nødvendig. Når det er såpass stor svikt med hensyn til statens legitime behov, er det nærliggende at kriminaliseringen heller ikke er proporsjonal i snever forstand. I proporsjonalitetsvurderingen må det også tas i betraktning at kriminaliseringen står i et problematisk forhold til både kravet om klar lovhjemmel (*lex certa*), jf. Grunnloven § 96 første ledd og EMK artikkel 7, og uskyldspresumsjonens grenser for bruk av presumsjoner ved kriminalisering, jf. Grunnloven § 96 annet ledd, jf. EMK artikkel 6 nr. 2. Om man legger til grunn at kriminalisering av korrupsjon er et inngrep i en persons handlefrihet, medfører disse problemene opp mot forholdsmessighet at det kan stilles spørsmål ved om kriminaliseringen er i strid med Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8.

d) *Kriminaliseringen av korrupsjon og kravet om klar lovhjemmel (lex certa)*

I tillegg til manglende forholdsmessighet er et tema hvordan kriminaliseringen forholder seg til kravet om klare lovbestemmelser på strafferettens område, jf. Grunnloven § 96, jf. EMK artikkel 7 (*lex certa*). Matningsdal skriver at det «hadde vært umulig å utforme en presis bestemmelse som omfatter alle straffverdige tilfeller. Bruk av standarder er også i godt samsvar med norsk og internasjonal lovgivningstradisjon, og er klart ikke i strid med Grl. § 96 eller EMK artikkel 7.»⁷⁴⁵

Jeg vil uttrykke meg mer forbeholdent. Den rettslige standarden «utilbørlig fordel» er svært vid. Den er også ubestemt. Ut fra forarbeidene vil den omfatte handlinger som ikke bærer de sentrale kjennetegnene ved bestikkelser. Det har sannsynligvis vært en intensjon om å ramme generelt handlinger som er egnet til å svekke folks tillit til myndighetsutøvelse. I forarbeidene uttales at utilbørlighetsvurderingen «skal bero på oppfatningen i samfunnet i lys av de reelle hensyn og grunnleggende verdier

⁷⁴⁵ Matningsdal 2024, kommentar til straffeloven § 387, punkt 3. Se likedan Høivik 2021 s. 332. Høivik påpeker likevel at når den nedre grensen for korrupsjon trekkes ved et så skjønnsmessig kriterium som «utilbørlig fordel», kan det, særlig i lys av at straffebudet ikke krever påvirkningsformål hos den aktive bestikker, være vanskelig for borgerne å orientere seg om hvor grensen for det straffbare går.

som ligger bak bestemmelsen».⁷⁴⁶ Når dette ses i sammenheng med den vagt angitte, men svært vide rettsgodebeskyttelsen, er det uklart hva som faller innenfor og utenfor området for det kriminaliserte. Særlig gjelder dette dersom atferd som skader folks tillit til myndighetene, omfattes. Dette er en lite håndgripelig størrelse å inkludere i en rettslig standard. «Utilbørlig» brukes også andre steder i straffelovgivningen. Her refererer standarden til klart mer presise størrelser enn om befolkningens tillit er blitt svekket. I tillegg benyttes standarden som ett av flere opplistede alternativer.⁷⁴⁷ Problemene forsterkes av at også de øvrige delene av gjerningsbeskrivelsen er svært vide. Handlingsalternativene («krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel» og «gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel») avgrensar ikke straffansvaret i nevneverdig grad. Det samme gjelder tilknytningskravet («i anledning utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag»).

e) Kriminaliseringen av korrupsjon og uskyldspresumsjonens grenser for kriminalisering av presumsjoner

Det kan, slik jeg ser det, også stilles spørsmål ved om straffebudet er forenlig med uskyldspresumsjonen, jf. Grunnloven § 96 annet ledd, jf. EMK artikkel 6 nr. 2. Det følger av EMDs praksis at uskyldspresumsjonen oppstiller begrensninger av adgangen til å operere med presumsjoner i lovgivningen. De rettslige grensene er uttrykt slik:

Article 6 § 2 does not [...] regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.

Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34.

⁷⁴⁷ Se f.eks. straffeloven § 156 annet ledd («skjellsord eller annen utilbørlig atferd» som måter å forulempe offentlig tjenestemann); § 181 («slagsmål, støy eller annen utilbørlig atferd» som forstyrrer freden); § 236 («grove voldsskildringer» som på «utilbørlig måte er brukt som underholdning») og § 253 (den som «ved vold, frihetsberøvelse, annen straffbar eller urettmessig atferd eller utilbørlig press tvinger noen til å inngå ekteskap»).

⁷⁴⁸ *Janosevic mot Sverige*, sak nr. 34619/97, dom 23. juli 2003 avsnitt 101. Se også *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige*, sak nr. 36985/97, dom 23. juli 2003 avsnitt 113 og *Salabiaku mot Frankrike*, sak nr. 10519/83, dom 7. oktober 1988 avsnitt 28.

Det skal altså gjøres en proporsjonalitetsvurdering av bruken av presumsjoner. Begrunnelsen for at presumsjoner i straffelovgivningen må begrenses, er at presumsjonene gjør det lettere for påtalemyndigheten å oppfylle sin bevisbyrde. Jo lenger man kriminaliserer atferd som ligger utenfor atferden man egentlig ønsker å ramme, jo mer uthules prinsippet om at påtalemyndigheten har bevisbyrden. Samtidig begrenses siktedes mulighet til å forsvare seg. I Rt. 2005 s. 833 presiserte Høyesterett hvilke momenter som inngår i proporsjonalitetsvurderingen. Spørsmålet i saken var om daværende straffelov § 195, hvor det fremgikk at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, var i strid med uskyldspresumsjonen. Høyesterett la til grunn at lovligheten av bruk av objektive straffbarhetsvilkår måtte løses ut fra samme proporsjonalitetsvurdering som den EMD hadde oppstilt for bruk av presumsjoner. Høyesterett la vekt på at man i saken var i kjernen av den sentrale strafferetten. Sakene hvor EMD hadde akseptert bruk av presumsjoner, var av en annen karakter, nærmere bestemt pønale forvaltningssanksjoner.⁷⁴⁹ Videre var det slik at § 195 i realiteten kun reiste to spørsmål: om det hadde foregått seksuell omgang i form av samleie, og om den fornærmede var under 14 år. Bruken av objektive straffbarhetsvilkår var da knyttet til et helt sentralt element i straffebestemmelsen.⁷⁵⁰ Det ble også lagt vekt på at de andre nordiske landene ikke hadde en tilsvarende vidtgående kriminalisering.⁷⁵¹ Høyesterett kom til at straffebestemmelsen var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2.⁷⁵² Dette på tross av at lovbestemmelsen bygget på en klar lovgivervilje.⁷⁵³

Når det gjelder kriminaliseringen av korrupsjon, har vi sett ovenfor at de vesentlige konstituerende elementene ble fjernet fra bestemmelsen ved reformen i 2003. Det mest vesentlige er at det ikke kreves noe motiv om påvirkning for å dømme den aktive (den som gir eller tilbyr en utilbørlig fordel). Videre så vi at det ikke kreves at tjenestemannen var klar over at fordelene ble gitt, for å øve innflytelse på måten tjenesteplikten ble utført på. Tjenestemannens forsett må altså ikke omfatte giverens hensikt. I tillegg er det kriminalisert å motta en gave etter å ha truffet en avgjørelse. Ved å fjerne disse elementene, som er avgjørende for å kalle en atferd «bestikkelse» og å innføre den rettslige standarden «utilbørlig fordel», har man kriminalisert atferd som ikke er, men som kan indikere at det har skjedd, en bestikkelse. Man står igjen med en helhetsvurdering hvor fordelens økonomiske verdi, partenes stilling og graden av åpenhet er momenter som

749 Avsnitt 83.

750 Avsnitt 84.

751 Avsnitt 82.

752 Avsnitt 87.

753 Avsnitt 39.

inngår.⁷⁵⁴ Ifølge forarbeidene skal vurderingen «bero på oppfatningen i samfunnet i lys av de reelle hensyn og grunnleggende verdier som ligger bak bestemmelsen. Utilbørighetsstandarden vil derfor ikke ligge fast, men utvikles på bakgrunn av det rådende moralsynet i samfunnet til enhver tid.»⁷⁵⁵ Resultatet er at man har kriminalisert atferd som peker mot at det kan ha skjedd en bestikkelse. På samme måte som i 2005-avgjørelsen er det tale om en vidtgående bruk av presumsjoner. Grepene har utvilsomt hatt som formål å gjøre det lettere for påtalemyndigheten å oppfylle bevisbyrde og beviskrav.

Også likt som i 2005-avgjørelsen befinner vi oss innenfor kjernen av den sentrale strafferetten. Domfellelse av fysiske personer for korrupsjon straffes regelmessig med ubetinget fengsel. Det må også tas i betraktning at det ikke er mulig å føre motbevis, og at føring av motbevis uansett ikke ville kunne lede til frifinnelse. Det hadde vært tilfellet hvis den aktive part skulle frifinnes hvis det kunne bevises at en gave ikke hadde som motiv å påvirke den som fikk gaven. Likedan for mottakeren hvis vedkommende kunne bevise at gaven ikke hadde påvirket myndighetsutøvelsen. Etter EMDs praksis tillegges det stor vekt ved vurderinger av om presumsjoner i straffebud er proporsjonale, om det er reell adgang for siktede til å føre motbevis for presumsjonen.⁷⁵⁶

I proporsjonalitetsvurderingen la Høyesterett også vekt på at de andre nordiske landene ikke hadde en tilsvarende vidtgående kriminalisering. Det samme gjelder for korrupsjonslovgivningen. Det har også betydning at en drøftelse av kriminaliseringen opp mot disse bestemmelsene ikke er gjort av lovgiver.

Etter dette er det tvil om kriminaliseringen av korrupsjon slik det er gjennomført i straffeloven § 387, er i samsvar med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, jf. Grunnloven § 96 annet ledd.

7.3.4 Kriminaliseringen av påvirkningshandel

Straffeloven § 389 kriminaliserer påvirkningshandel. Første ledd er formulert slik: «Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som a) for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel for å påvirke utøvelsen av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag, eller b) gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel for å påvirke utøvelsen av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag.»

754 Nærmere Rosseland Sandhaug 2020 s. 116–120 og 125–127.

755 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34.

756 Aall 2021 s. 300, som uttaler at kjernen i proporsjonalitetsvurderingen er at det må være reell adgang for siktede til å bevise sin uskyld (da opp mot den atferden presumsjonen er ment å ramme). Se også Kjølbro 2023 s. 722–724 med videre henvisninger.

Bestemmelsen viderefører fullt ut den tidligere kriminaliseringen i straffeloven 1902 § 276a.⁷⁵⁷ Den var et resultat av en reform av korrupsjonslovgivningen som ble vedtatt i 2003.⁷⁵⁸ Europarådskonvensjonen artikkel 12 har overskriften «Trading in influence» og har følgende ordlyd:

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result.

Ifølge punkt 64 i den forklarende rapporten som følger konvensjonen, begrunnes artikkelen med et ønske om å ramme såkalt bakgrunnskorrupsjon i offentlig sektor. Man søker å kriminalisere også korruperte handlemåter fra personer som befinner seg «in the neighbourhood of power», og som prøver å oppnå fordeler av dette. Et eksempel vil være å få en person som tilhører beslutningstakers krets, en partikollega eller slektning, til å utøve påvirkning overfor beslutningstakeren. Legitim lobbyvirksomhet vil ikke rammes av artikkel 12, ettersom artikkelen forutsetter at det skal foreligge et «utilbørlig forhold».⁷⁵⁹ Etter artikkel 37 kan statene ta forbehold mot å strafflegge atferden som beskrives i artikkel 12. En gjennomgang av ratifikasjonene av konvensjonen viser at mange land har benyttet retten til forbehold.⁷⁶⁰

Straffelovrådet kom til at påvirkningshandel ikke burde kriminaliseres. Det ble vist til at Straffelovrådets forslag til ny korrupsjonsbestemmelse langt på vei ville fange opp atferden beskrevet i artikkel 12. Og den atferden som ikke ville bli fanget opp av korrupsjonsstraffebudet, ville sannsynligvis forekomme meget sjelden.⁷⁶¹

757 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 470.

758 Lov 7. april 2003 nr. 79 om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon).

759 NOU 2002: 22 s. 20.

760 Blant annet Belgia, Danmark, Finland, Frankrike, Nederland, Storbritannia, Sveits, Sverige og Tyskland (Europarådet, «Reservations and Declarations for Treaty No. 173 – Criminal Law Convention on Corruption, ETS No. 173», <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=173&codeNature=0> (sist besøkt 14.2.24)).

761 NOU 2002: 22 s. 39–40.

Departementet kom derimot til at påvirkningshandel skulle kriminaliseres. Sammenholdt med rettstilstanden før reformen var dette en vesentlig nykriminalisering. Hovedforskjellen mellom bestikkelse og påvirkningshandel er at den aktive ikke inngår en avtale om en utilbørlig fordel med den som innehar en stilling, et verv eller et oppdrag, men bruker en påvirkningsagent for å påvirke vedkommende. Handlingsforløpet i en straffbar påvirkningshandel har en parallell til lovlig lobbyvirksomhet.⁷⁶² Påvirkningsagenten må gi inntrykk av å ha til hensikt å forsøke å «påvirke utføringen av» en stilling, et verv eller et oppdrag. Straff etter første ledd bokstav a) kan likevel idømmes selv om påvirkningsagenter ikke kjenner eller har noen praktisk mulighet til å oppnå kontakt med den han hevder å kunne påvirke, men bare pretenderer å være i stand til slik påvirkning. Heller ikke er det noe vilkår for straff at påvirkningsagenten gjør et reelt forsøk på å påvirke beslutningstakeren. Det er nok at han krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel «for å» gjøre dette. Det kan ikke av dette utledes et krav om en reell hensikt på gjerningspersonens side. Det er nok at påvirkningsagenten overfor den aktive bestikkeren «foregir å ha til hensikt å forsøke å ‘påvirke utføringen av’ noens stilling, verv eller oppdrag».⁷⁶³

Europarådskonvensjonen artikkel 12 gjelder bare hvor gjerningspersonen er eller hevder å være i stand til å øve påvirkning på «beslutningstakingen» («the decision-making») til en annen. En tilsvarende begrensning gjelder ikke etter § 389. «Også påvirkning på handlinger og unnlaterelser som det ikke er naturlig å karakterisere som beslutninger, kan derfor etter omstendighetene gi grunnlag for straff. Det kan for eksempel være at påvirkningsagenten er gift med en journalist, og tar seg betalt for å påvirke det ektefellen skriver om en bedrift, et politisk parti, en film eller en teateroppsetning.»⁷⁶⁴

Det må stilles spørsmål ved om kriminalisering av påvirkningshandel slik det er gjort i § 389, tilfredsstiller grunnleggende krav til forholdsmessighet. Hva er straffebudets rettsgodebeskyttelse (*det legitime formålet* med kriminaliseringen)? Departementet uttaler følgende:

Etter departementets oppfatning fremstår en del påvirkningshandlingene som klart straffverdige. Ektefellen til en statsråd tar seg for eksempel betalt for å påvirke statsråden i en omfattende konsesjonssak. Slike handlinger kan bidra til å svekke tilliten både til offentlige etater og til private bedrifter og organisasjoner. Et straffebud som rammer denne typen atferd, vil kunne gi et viktig

762 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60.

763 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60.

764 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60.

signal, og forhåpentligvis kunne bidra til å forebygge nye tilfeller av utilbørlig påvirkningshandel. Om ikke annet må et slikt straffebed bud antas å bidra til en bevisstgjøring i forhold til disse problemstillingene.⁷⁶⁵

Det legitime formålet med kriminaliseringen er altså å straffe handlinger som «kan bidra til å svekke tilliten til offentlige etater og private bedrifter». Videre er signaleffekt anført som et formål.⁷⁶⁶ Forarbeidene fremhever også at en reservasjon mot artikkel 12 i europarådskonvensjonen vil kunne sende et uheldig signal til verdenssamfunnet. Videre trekkes det frem at Norge, «som ønsker å fremstå som et foregangsland i kampen mot korrupsjon», bør følge opp med kriminalisering av påvirkningshandel. Disse to begrunnelsene kan ikke fungere som legitime formål med en kriminalisering.⁷⁶⁷ I alle tilfeller fremstår disse grunnene som noe misforståtte og kanskje litt pompøse. Med unntak av Sverige har ikke de øvrige nordiske landene kriminalisert påvirkningshandel. I Sverige er kriminaliseringen begrenset til påvirkningshandel i offentlig kontekst. Av andre land som heller ikke har kriminalisert påvirkningshandel, kan nevnes Storbritannia og Tyskland. Disse landene vil heller neppe gjøre det. Frankrike har kriminalisert påvirkningshandel i offentlig, men ikke privat sektor.⁷⁶⁸ Det er nok en misforståelse å tro at jo lenger man kriminaliserer, jo bedre er kriminaliseringen. Det er ikke vanskelig å utforme omfattende kriminaliseringer. Det som er utfordrende, er å utforme straffebestemmelser som oppfyller høye rettsstatlige krav til både forholdsmessighet og effektivitet. Det er, meg bekjent, ikke slik at norsk lovgivning blir sett hen til og betraktet som et forbilde i andre land. Å være et foregangsland i europeisk kriminalpolitikk er nok en vel ambisiøs målsetting. Og som nevnt ovenfor er ikke det å kriminalisere så vidtgående som mulig treffende om man har en slik ambisjon.

Kravet om at kriminaliseringen må være *egnet* til å vareta de legitime formålene, er det ingen drøftelser av i forarbeidene. Det er eiendommelig at det uttales i forarbeidene at det ikke er grunn til å forvente et stort antall fellende straffedommer, samt at det må antas «at slike transaksjoner – i den grad de forekommer – blir gjennomført på en måte som det er vanskelig for andre å trenge inn i».⁷⁶⁹ Som kjent er det sviktende egnethet med å kriminalisere et forhold som taler mot kriminalisering. Berg påpeker at bestemmelsen om påvirkningshandel er benyttet én

765 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 41.

766 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.3. e) vi) om signaleffekt.

767 I samme retning Rosseland Sandhaug 2020 s. 139, som skriver at disse begrunnelsene «harmonerer dårlig med de alminnelige prinsippene for kriminalisering, særlig skadefølgeprinsippet, som tilsier at straff bare anvendes overfor handlinger som medfører skade eller fare for skade».

768 Høivik 2021 s. 383–384 med videre henvisninger.

769 Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 41.

gang siden den ble vedtatt.⁷⁷⁰ Det samme gjør Høivik, som påpeker at forholdet i den saken kanskje heller kunne vært subsumert som korrupsjon.⁷⁷¹

Vurderinger av om kriminaliseringen går lenger enn *nødvendig*, er det heller ikke spor av. Ut fra de legitime formålene med kriminaliseringen ovenfor (at tilliten til det offentlige kan bli påvirket) befinner vi oss allerede langt unna å kriminalisere handlinger som direkte påvirker offentlige myndighetshandlinger. Området for det straffbare er så vidt angitt at straffansvar vil inntre også i tilfeller hvor det ikke skjer en påvirkning. Det er tilstrekkelig at det er en risiko for at påvirkningsagenten vil gjennomføre «oppdraget» og påvirke beslutningstakeren. At man befinner seg langt unna rettsgodebeskyttelsen, stiller økede krav til vurderingen av nødvendigheten av en så vid kriminalisering. Dette forsterkes ytterligere ved at man har kriminalisert langt videre enn det som kreves etter europarådskonvensjonen. Det gjelder særlig kriminalisering av påvirkningshandel i privat sektor. Å kriminalisere påvirkningshandel i privat sektor går langt ut over den rettsgodebeskyttelsen kriminaliseringen er ment å ha etter europarådskonvensjonen, som fokuserer på påvirkning av offentlig myndighet. Det er heller ikke andre land som har kriminalisert påvirkningshandel i privat sektor.⁷⁷²

Med så svak forankring av kriminaliseringen i legitime formål og egnethet og de manglende vurderingene av nødvendigheten av svært vidtgående kriminaliseringer er det mye som taler for at kriminaliseringen ikke er proporsjonal i snever forstand. Statens legitime behov for kriminaliseringen skal her veies mot individets rett til handlefrihet. Høivik foreslår å begrense kriminaliseringen til påvirkningshandel i offentlig sektor.⁷⁷³

Vi finner de samme utfordringene opp mot kravet til legalitet (*lex certa*), og grenser for bruk av presumsjoner ved kriminaliseringen gjør seg i minst like stor grad gjeldende for straffebudet om påvirkningshandel som kriminaliseringen av korrupsjon.

770 Berg 2018 s. 288.

771 Høivik 2021 s. 384.

772 Nærmere Høivik 2021 s. 385: «Verken europarådskonvensjonen, OECD-konvensjonen eller FN-konvensjonen omfatter påvirkningshandel i privat sektor, og andre land som har kriminalisert påvirkningshandel har typisk begrenset anvendelsesområdet til offentlig sektor.»

773 Høivik 2021, s. 385.



8. Bruk av straff må være proporsjonalt *stricto sensu*

8.1 ALLMENT OM KRAVET TIL PROPORSJONALITET

Den fjerde komponenten i forholdsmessighetsvurderingen er proporsjonalitet i snever forstand (*stricto sensu*). Vurderingen av proporsjonalitet skiller seg fra de tre øvrige komponentene. Ved vurderingen av legitimt formål, egnethet og nødvendighet er fokuset rettet mot en vurdering av inngrepet. Man kan si at disse tre komponentene er minstekravet som stilles til inngrepet som vurderes iverksatt, en strikt vurdering av middel og mål.⁷⁷⁴ En annen måte å uttrykke det på er at de tre første komponentene filtrerer bort uakseptable inngrep i vernede frihetsretter ut fra forhold ved inngrepet. Det er kun inngrep som består en test opp mot de tre første komponentene i forholdsmessighetskravet, som er verdige til å «møte» den konstitusjonelt vernede frihetsretten og bli veid opp mot den. Det er tale om en resultatorientert vurdering. Fokuset er rettet mot resultatet av inngrepet og hvilken effekt inngrepet har på den konstitusjonelt vernede frihetsretten.⁷⁷⁵

I tillegg til å ha konstitusjonell og menneskerettslig forankring er proporsjonalitetskriteriet godt forankret i kriminaliseringsprinsippene. Hva gjelder sistnevnte, uttales det i forarbeidene at straff må være hensiktsmessig. Videre fremheves at en handling bare bør kriminaliseres dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene.⁷⁷⁶

Noen presiseringer av det overordnede vurderingstemaet er nødvendig. En første er at vurderingstemaet ved en konkret proporsjonalitetsvurdering ikke er den generelle viktigheten av å realisere formålet, veid mot generelle betenkeligheter ved å begrense en konstitusjonelt vernet frihetsrett. Det er det konkrete inngrepet

774 Grimm 2007 s. 393; Réaume 2009 s. 11–12 og Barak 2012 s. 344.

775 Barak 2012 s. 342.

776 Kapittel 4 punkt 4.3.2 f).

som vurderes iverksatt, som er til prøvelse.⁷⁷⁷ Videre har proporsjonalitetsvurderingen ofte preg av en før-og-etter-vurdering. Nærmere bestemt sammenlignes det i hvilken grad formålet ved inngrepet realiseres før inngrepet iverksettes, og etter at inngrepet er iverksatt. Likeledes skal det vurderes hvilken status og gjennomslagskraft den konstitusjonelt vernede frihetsretten har før inngrepet iverksettes, og etter at inngrepet er iverksatt.⁷⁷⁸

Ved vurderingen av proporsjonalitet forlattes altså det ensidige fokuset på forhold ved inngrepet. Det overordnede vurderingstemaet for proporsjonalitetsvurderingen er en avveining mellom behovet for inngrepet og de fordelene som oppnås ved å iverksette det (legitimiteten av inngrepet), på den ene side, og betenkelighetene ved inngrepet som gjøres i den konstitusjonelt vernede frihetsretten (vekten av frihetsinteressen), på den annen. En metafor som gjennomgående brukes for å billedliggjøre vurderingen, særlig i common law-tradisjonen, er en gammeldags vekt med to vektskåler («balancing exercise», «balance in the scales»). Vi kjenner samme type vekt fra illustrasjoner av fru Justitia.

Hva så med balansen mellom de to vektskålene? For at inngrepet skal bestå proporsjonalitetstesten, må fordelene som oppnås ved å iverksette inngrepet, veie tyngre enn begrensningene som gjøres i den konstitusjonelt vernede frihetsretten ved inngrepet.⁷⁷⁹ I forarbeidene til straffeloven kommer samme oppfatning til uttrykk: «I tillegg til vilkåret om at andre sanksjoner ikke er tilstrekkelige, må det stilles som vilkår at bruk av straff er hensiktsmessig. I det ligger at en handling bare bør kriminaliseres dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene.»⁷⁸⁰ Med andre ord må det foreligge en klar interesseovervekt i favør av legitimiteten av inngrepet for at en kriminalisering skal være proporsjonal.⁷⁸¹

777 Se Grimm 2007 s. 396, hvor det fremheves at det er nødvendig med «a careful determination of what is put into each side of the scales when it comes to balancing. It is rarely the case that a legal measure affects a fundamental right altogether. Usually, only a certain aspect of a right is affected. For instance, a law may regulate not all speech but, rather, commercial speech regarding certain products and in certain media. The weight of the aspect of the right that has been regulated in relation to the right at large must be determined carefully. The same is true for the good in whose interest the right is restricted. Rarely is one measure apt to give full protection to a certain good. Only certain aspects of this good will be affected in a salutary way. The importance of these aspects in view of the good at large must be carefully determined, as well as the degree of protection that the measure will render. If this is done accurately, the balancing process remains sufficiently linked to law and leaves enough room for legislative choice.»

778 Barak 2012 s. 351–352.

779 Barak 2012 s. 343.

780 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 93.

781 Likedan Lang 2020 s. 38.

På den ene siden av «vekten», legitimiteten av å iverksette inngrepet, har man et inngrep som varetar et legitimt formål, som er egnet til å vareta formålet, og som ikke går lenger enn nødvendig. Med andre ord er det allerede vurdert om det finnes tiltak som er mindre inngripende, og som vil realisere formålet med inngrepet like godt, og et slikt inngrep er ikke identifisert.

Ved vurderingen av proporsjonalitet vil det ha stor betydning i hvilken grad inngrepet bygger på et legitimt formål, er egnet til å vareta formålet og er nødvendig. Et første relevant tema ved vurderingen av proporsjonaliteten er dermed *hvor sentralt og viktig det er å vareta det formålet* som begrunner inngrepet. Er det tale om å sikre liv og helse eller andre sentrale rettsgoder? Eller er det tale om å beskytte tinglige eller økonomiske rettsgoder? Videre er det relevant *i hvilken grad* dette formålet varetas ved bruk av straff i form av kriminalisering. Hvis situasjonen er at det er åpenbart at det legitime formålet varetas ved kriminaliseringen, styrker det inngrepets legitimitet og vekt i møte med frihetsinteressen. Skulle derimot situasjonen være at det er tvilsomt om formålet med kriminaliseringen er legitimt, svekker det inngrepets vekt. Et lignende, men ikke helt likt moment er *sannsynligheten for at formålet ved inngrepet faktisk vil realisere seg*. Hvis inngrepet er gjort for å beskytte liv og helse, hvor stor sannsynlighet er det for at liv og helse vil bli skadet hvis inngrepet ikke iverksettes? Sett fra den annen side er temaet hvor stor sannsynlighet det er for at liv og helse ikke blir skadet hvis det gripes inn. En slik vurdering er avhengig av data om faktiske forhold, samt en prognostisering av sannsynligheten for at inngrepet vil realisere formålet.⁷⁸²

Et annet relevant tema er i hvilken grad kriminaliseringen er egnet til å vareta det legitime formålet. Vil inngrepet fullt ut realisere formålet? Eller er det kun tale om en delvis, marginal eller til og med hypotetisk mulighet for at inngrepet vil realisere formålet?

Et tredje naturlig moment er hvor klart det er at inngrepet er nødvendig. Hvis det er tilnærmet sikkert at et mindre inngripende tiltak ikke vil realisere formålet, taler det for at inngrepet er proporsjonalt. Skulle det derimot være slik at det er ganske sikkert at formålet vil bli like godt realisert med et mindre inngripende tiltak, taler det mot at inngrepet er proporsjonalt.

Når den andre siden av vekten skal vurderes (arten og karakteren av inngrepet i frihetsretten), er det generelt et moment *hvor viktig og sentral rettighet* det er tale om å gripe inn i. Er det tale om å gripe inn i retten til privatliv, ytringsfrihet, religionsfrihet, organisasjonsfrihet eller retten til eiendom? Som nevnt ovenfor vil en kriminalisering ofte anses som et inngrep i privatlivet etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Om kriminaliseringen i tillegg griper inn i andre frihetsretter, ser

782 Barak 2012 s. 358.

ikke ut til å ha nevneverdig betydning for proporsjonalitetsvurderingen.⁷⁸³ Også i de tilfeller kriminaliseringen ikke griper direkte inn i en Grunnlovs- eller menneskerettslig beskyttet frihetsrett, har lovgiver plikt til å vurdere proporsjonaliteten når det gjøres kriminaliseringer, da ut fra kriminaliseringsprinsippene.

Et annet moment er *intensiteten og omfanget av inngrepet*.⁷⁸⁴ Ved inngrep i form av kriminalisering vil det være relevant å se hen til om det er tale om kriminalisering av i og for seg dagligdagse handlinger, eller av handlinger som er klart atypiske, og som legger for dagen stort skadepotensial. Det vil også være av betydning om inngrepet rammer mange eller kun en begrenset del av befolkningen. Når normens virkningsside vurderes, er det relevant å vurdere om overtredelse skal møtes med bot (inngrep i retten til eiendom) eller med fengsel (frihetsberøvelse).

Et tredje moment er *sannsynligheten for at den konstitusjonelt vernede frihetsretten blir begrenset*.⁷⁸⁵ Ved en kriminalisering vil frihetsretten alltid bli begrenset. I det hele er det essensielt ved vurderingen av arten og karakteren av inngrepet i frihetsretten at bruk av straff er det største inngrepet staten kan gjøre i en borgers frihetsretter.⁷⁸⁶ Ser man pragmatisk på det, kan det anføres at en kriminalisering selvfølgelig er mindre inngripende enn det å straffe en person for overtredelse av straffebudet. Likevel: For de aller fleste i samfunnet medfører kriminaliseringen i seg selv at handlefriheten begrenses, ved at borgerne respekterer kriminaliseringen og innretter sin atferd i samsvar med straffebudet. Dette medfører at kriminalisering i hovedsak og gjennomgående er et omfattende inngrep i frihetsretten.

I tillegg til at kravene om legitimt formål, egnethet og nødvendighet kun fokuserer på en kvalifisering av statens inngrep, mens man ved vurdering av proporsjonalitet veier statens inngrep opp mot frihetsretten, er det andre ulikheter mellom vurderingen av legitimt formål, egnethet og nødvendighet på den ene side og proporsjonalitet på den annen. Vurderingen av om (og eventuelt i hvilken grad) inngrepet har et legitimt formål, er i stor grad et *tolkingsspørsmål*. Når man tar stilling til om et inngrep fra lovgivers side i form av kriminalisering har et legitimt formål, må det vurderes opp mot hvilke formål Grunnloven og EMK anser som legitime.⁷⁸⁷ Når det er vurdert om bruk av straff i en konkret sak er i samsvar med et legitimt formål, må det vurderes både om inngrepet er forankret i et legitimt formål anerkjent av Grunnloven og EMK, og om inngrepet er i samsvar med det konkrete formålet som lovgiver har lagt til grunn ved kriminaliseringen.⁷⁸⁸

783 Nærmere kapittel 3 punkt 3.3.3 og 3.3.4.

784 Barak 2012 s. 362.

785 Barak 2012 s. 362.

786 Nærmere kapittel 3 punkt 3.2.

787 Barak 2012 s. 245–246; Barroso 2023 s. 76.

788 Nærmere kapittel 9 punkt 9.2.4.

Kravene om at inngrepet må være *egnet* til å vareta det legitime formålet, og at det ikke må gå lenger enn *nødvendig*, fordrer i stor grad vurderinger som bygger på faktiske forhold og rasjonalitet. I forbindelse med lovgivers vurderinger av egnethet og nødvendighet, som jo gjøres i forkant av at en lov vedtas, er det primært tale om fremtidsrettede vurderinger.⁷⁸⁹

Selv om en vurdering av proporsjonalitet i og for seg er forankret i rasjonalitet i et system som skal vareta frihet som den øverste verdi, er det klart at proporsjonalitetsvurderingen er en mer normativ og verdimessig vurdering enn vurderingene av legitimt formål, egnethet og nødvendighet.⁷⁹⁰ Det ligger i sakens natur, siden det er tale om en avveining mellom to størrelser.

At vurderingen er klart mer normativ enn vurderingen av legitimt formål, egnethet og nødvendighet, styrkes av at størrelsene i proporsjonalitetsvurderingen ikke er håndgripelige i det virkelige liv. I tillegg kommer at selve øvelsen med en avveining (med en henvisning til en vekt med to vektskåler) er en metafor.⁷⁹¹ Normativiteten styrkes ytterligere av at størrelsene man veier mot hverandre i proporsjonalitetsvurderingen, ikke er sammenlignbare (inkommensurable) – på den ene siden statens legitime behov for inngrepet og på den annen viktigheten av frihetsretten. Dette har vært og er et kritikkpunkt mot proporsjonalitetsvurderingen.⁷⁹²

Det er på et overordnet og prinsipielt plan riktig at proporsjonalitetsvurderingen bygger på ikke-sammenlignbare størrelser. Vekten av denne kritikken bør imidlertid ikke overdrives. Hva gjelder proporsjonalitetsvurderinger gjennomført av lovgiver ved kriminalisering, er det ikke på noen måte kontroversielt at lovgiver gjennomfører ganske brede og verdipregede vurderinger av proporsjonalitet. Det følger av at lovgiver er demokratisk legitimert til å gjøre verdipregede vurderinger ved spørsmål om kriminalisering. I tillegg kommer at lovgiver, som den primære vurdereren av forholdsmessighet ved inngrep, er forpliktet til å gjennomføre vurderinger av proporsjonalitet ved kriminaliseringer. Kjernen av plikten følger av Grunnlovens og menneskerettighetenes rettighetsbestemmelser i de tilfeller kriminaliseringen griper inn i rettighetene. Ut over denne

789 Nærmere ovenfor kapittel 6 punkt 6.1 og kapittel 7 punkt 7.1.

790 Harbo 2015a s. 198, 208 og 214.

791 Schlink 2012 s. 724–725, oppsummert på s. 725: «The process of balancing remains methodologically obscure. There seems to be a consensus among those who favour the process that it requires an open eye to all relevant factors, interests, rights, principles and values, as well as careful analysis of how different outcomes of the conflict may inflict, burden, threaten, or enhance these factors. Assigning weights to the conflicting interests and rights, principles and values, and comparing the weights, entails an insurmountable element of subjectivity.»

792 Billis/Knust/Rui 2021 s. 25–26 med videre henvisninger.

kjernen følger lovgivers plikt til å vurdere forholdsmessighet og proporsjonalitet av kriminaliseringsprinsippene.

Det som kan være kontroversielt, er at domstolene overprøver lovgivers vurderinger av proporsjonaliteten. For domstoler er det ved hjelp av ulike strategier langt på vei mulig å begrense og «ramme inn» proporsjonalitetsvurderingen. Som nevnt ovenfor vil vurderinger av legitimt formål, egnethet og nødvendighet kunne brukes til å kvalifisere, presisere og nyansere vekten av statens legitime formål med inngrepet. Et annet grep som kan gjøres, er at domstolene fokuserer på vurderinger av om inngrepet er sikret med materielle og prosessuelle rettssikkerhetsgarantier. En tredje strategi er å innrette vurderingen av lovgivers proporsjonalitetsvurdering mot om lovgiver har vurdert proporsjonaliteten av kriminaliseringen og kvaliteten på proporsjonalitetsvurderingen. Domstolenes kontroll av lovgivers vurderinger av forholdsmessighet (herunder proporsjonalitet) er tema i kapittel 10 og 11.

8.2 KRAVET OM PROPORSJONALITET OG KRIMINALISERING

8.2.1 Innledning

En konsekvens av at kriminalisering gjennomgående er et omfattende inngrep i frihetsinteressen, er at fokuset i proporsjonalitetsvurderingen er legitimiteten av å kriminalisere. Sentralt i vurderingen av legitimiteten av inngrepet er i hvilken grad inngrepet forfølger et legitimt formål, i hvilken grad inngrepet er egnet, og i hvilken grad det er nødvendig, jf. ovenfor.

Nedenfor drøftes et utvalg av kriminaliseringer som det kan stilles spørsmål ved om tilfredsstillende kravet til proporsjonalitet. Siden det er nær sammenheng mellom kravene til legitimt formål, egnethet og nødvendighet, på den ene side, og på den annen side kravet til proporsjonalitet, vil også de tre førstnevnte størrelsene bli inkludert i drøftelsene. I punkt 8.2.2 rettes fokuset mot kriminaliseringen av heleri og hvitvasking, og i 8.2.3 vendes oppmerksomheten mot kriminaliseringen av overtredelser av hvitvaskingsloven. I punkt 8.2.4 tematiseres kriminaliseringen av bruk av narkotika og besittelse til eget bruk. I punkt 8.2.5 nevnes kort kriminaliseringen av korrupsjon og påvirkningshandel. I punkt 8.2.6 undersøkes det om kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester fra voksne er proporsjonalt utformet.

8.2.2 Kriminaliseringen av heleri og hvitvasking

Ovenfor har kriminaliseringen av heleri og hvitvasking i straffeloven §§ 332–340 vært drøftet. Vi har sett at den har et svært vidt angitt legitimt formål.⁷⁹³ Videre

793 Punkt 5.3.1 c).

er det relativt stor avstand fra kriminaliseringen og til beskyttelse av personlige rettsgoder.⁷⁹⁴ Den er også videre enn nødvendig. Ingen av disse i utgangspunktet problematiske forholdene er analysert og vurdert av lovgiver.⁷⁹⁵ Det er da klart at kriminaliseringen har en klart sviktende legitimitet. Det er nærliggende å konkludere med at kriminaliseringen ikke er i samsvar med kravet til proporsjonalitet.

8.2.3 Kriminaliseringen av overtredelser av hvitvaskingsloven

Vi har også sett nærmere på kriminaliseringen av overtredelser av hvitvaskingsloven, jf. lovens § 51. Kriminaliseringen er forankret i et vidt og upresist formål.⁷⁹⁶ Den har også her stor avstand til personlige rettsgoder, større enn kriminaliseringen av heleri og hvitvasking.⁷⁹⁷ Det er påvist klar svikt med hensyn til om kriminaliseringen er egnet til å vareta det legitime forholdet.⁷⁹⁸ Ved vurderingen av nødvendigheten av kriminaliseringen har lovgiver gjort mangelfulle vurderinger av om et mindre inngrepende tiltak (bruk av forvaltningssanksjoner) ville gitt samme eller tilsvarende måloppnåelse.⁷⁹⁹ Det er vanskelig å anse en slik kriminalisering som proporsjonal.

8.2.4 Kriminaliseringen av bruk av narkotika og besittelse til eget bruk

Om kriminaliseringen av narkotika for bruk og besittelse til eget bruk har vi sett at den helt mangler legitimt formål når det gjelder tunge rusmisbrukere.⁸⁰⁰ For denne gruppen er det også i realiteten tale om kriminalisering av en tilstand, nærmere bestemt en sykdom, og ikke kriminalisering av en handling. Og når det eneste formålet med å kriminalisere tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika er at det skal være mulig å straffe personer som er såkalte rekreasjonsbrukere, benyttes de tunge rusmisbrukerne som et redskap for å kriminalisere en vesentlig mer ressurssterk gruppe. Dette er vanskelig å forene med prinsippet om menneskeverd.⁸⁰¹

Når det gjelder bruk og besittelse til eget bruk for personer som *ikke* er tunge rusmisbrukere, har vi sett at kriminaliseringen bygger på nokså svake og problematiske

794 Punkt 5.3.2 c).

795 Punkt 7.2.2 b).

796 Punkt 5.3.1 c).

797 Punkt 5.3.2 c).

798 Punkt 6.2.

799 Punkt 7.2.1.

800 Punkt 5.3.1 c).

801 Punkt 5.3.1 c) ii).

formål. Kriminaliseringen er i det vesentlige forankret i at bruk av narkotika leder til såkalt indirekte skade. Den første indirekte skaden er at unge personer kan bli narkotikamisbrukere. Et formål som er legitimt med kriminalisering, rekker imidlertid ikke lenger enn det formålet selv tilsier. Hvis formålet er å beskytte unge mennesker mot å bli narkotikamisbrukere, må kriminaliseringen begrenses til de personene man anser som «unge». Dette formålet kan ikke brukes for å kriminalisere at personer på 40, 50 eller 60 år bruker narkotika eller besitter narkotika til eget bruk. I alle tilfeller er det vanskelig å argumentere for at en slik kriminalisering ikke går lenger enn nødvendig.

Den andre indirekte skaden er at brukerens familie og sosiale miljø kan påføres skade ved at han bruker narkotika. Formålet med å beskytte brukerens familie og sosiale miljø er isolert sett legitimt. Det er på det rene at tungt narkotikamisbruk av tunge narkotiske stoffer vil være en belastning på den som står misbrukeren nær. Det er likevel klart at ikke samtlige personer som bruker narkotiske stoffer, er en belastning for nærstående. En kriminalisering kan ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det legitime formålet. I alle tilfeller er det ikke proporsjonalt å kriminalisere all bruk av narkotika ut fra at noen nærstående opplever stor belastning med et familiemedlems bruk av narkotika. Dette forsterkes av at det ikke er den typiske leilighets-/rekreasjonsbrukeren som påfører nærstående store belastninger med narkotikabruken, men de som er tungt rusavhengige. Og for denne gruppen er det bred politisk enighet om at straff ikke skal brukes.

Ytterligere et argument som har tilknytning til proporsjonalitet, er at det finnes mye et individ kan gjøre som påfører nærstående store bekymringer og skade, men som det ville vært uaktuelt å kriminalisere. Som eksempler kan nevnes å utøve risikosport, å delta i risikofylte militære oppdrag med fare for dødelig utgang, ikke å ha kontroll på matinntaket, og påføre seg selv alvorlig fedme, som kan utløse alvorlige sykdommer og en tidlig død, å ha et overdrevent alkoholinntak, med lignende utfall mv.

Det tredje formålet med å kriminalisere bruk og besittelse av narkotika til eget bruk er å beskytte «samfunnets økonomi» mot virkningene av narkotikabruk, samt å beskytte «den generelle trygghet». Dette er et svært vide og uklare formål med en kriminalisering. Etter min oppfatning er de for vide til at de kan fungere som legitime formål. Nærmere bestemt er de så vide og uklare at vurderingen av egnethet og nødvendighet ikke lar seg gjennomføre.⁸⁰²

De siste formålene som angis, er at kriminaliseringen skal motvirke økt narkotikatrafikk og vinningskriminalitet for å finansiere misbruk. Når formålene benyttes for å legitimere kriminalisering av bruk og besittelse av narkotika til eget bruk,

802 Nærmere punkt 5.3.1 c).

bærer det klart preg av at kriminaliseringen har som formål å legge til rette for kontroll. I relasjon til proporsjonalitet er det i samsvar med Rusreformutvalget «lite forenelig med en moderne strafferettstenkning å kriminalisere en adferd som et virkemiddel for å gi politiet adgang til å bruke straffeprosessuelle tvangsmidler med sikte på å avdekke annen mulig kriminalitet begått av disse personene».⁸⁰³ I tillegg kommer at det straffeprosessuelle kravet om forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler i etterforskningen i stor grad begrenser bruk av tvangsmidler i saker hvor det er skjellig grunn til mistanke om bruk av narkotika eller besittelse til eget bruk.⁸⁰⁴

Det er også uklart i hvilken grad kriminalisering av bruk og besittelse av narkotika til eget bruk er egnet til å vareta de legitime formålene. Vi vet lite eller ingenting ut over anekdotisk informasjon om hvorvidt barn og unge beskyttes mot narkotikaavhengighet av kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk. Det er videre på det rene at kriminaliseringen ikke forebygger den belastningen en misbruker påfører sine nærstående.

Samlet sett bygger kriminaliseringen av bruk og besittelse til eget bruk på uklare og ganske svakt funderte legitime formål. Kriminaliseringen er i liten grad egnet til å vareta formålene med den. På flere punkter går den dessuten lenger enn nødvendig. Departementets drøftelser av tematikken fremstår ikke som særlig gjennomtenkte, men mer som en samling av konkrete og situasjonsbetingede «hensyn for og mot». Det er etter dette vanskelig å anse dagens kriminalisering av bruk og besittelse av narkotika til eget bruk som proporsjonal.

8.2.5 Kriminaliseringen av korrupsjon og påvirkningshandel

I kapittel 7 ble kriminaliseringene av korrupsjon og påvirkningshandel drøftet. Det ble konkludert med at kriminaliseringene neppe er i samsvar med kravet til proporsjonalitet.⁸⁰⁵

8.2.6 Kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester fra voksne

a) *Legitimt formål*

Straffeloven § 316 kriminaliserer kjøp av seksuelle tjenester fra voksne. Straffen er bot eller fengsel inntil ett år. Det fremtredende legitime formålet med kriminaliseringen er å beskytte den som selger seksuelle tjenester. Det ble uttalt i forarbeidene at formålet dels var å ramme kjøp av seksuelle tjenester fra ofre for

803 NOU 2019: 26 s. 268.

804 Punkt 5.3.2 g).

805 Kapittel 7 punkt 7.3.3 og 7.3.4.

menneskehandel, dels å bidra til å svekke rekrutteringen av nye kunder og dermed hindre at prostitusjonsmarkedet stadig øker.⁸⁰⁶ Det ble eksplisitt argumentert med at man måtte kriminalisere kjøp fra personer som solgte sex frivillig, for også å kunne ramme tilfeller der den som solgte sex, var offer for menneskehandel.⁸⁰⁷ Det fremgår av høringsnotatet at det også var et formål med kriminaliseringen å bidra til å endre holdninger.⁸⁰⁸

Det er i beste fall et svakt strafferettslig relevant formål å kriminalisere atferd for å endre personers holdninger. Det er egentlig ikke mulig å forene med skadefølgeprinsippet. En kriminalisering tuftet på å beskytte den som selger seksuelle tjenester, er også et svakt legitimt formål. Straffelovrådet, som foreslår å avkriminalisere kjøp av seksuelle tjenester, uttaler at det ikke er tilstrekkelig underbygget at det enkelte sexkjøp forvolder skade av en slik karakter at kriminalisering ikke kommer i strid med skadefølgeprinsippet. Rådet mener at det å inngå en avtale om seksuell omgang og seksuell berøring under forutsetning av at den ene parten yter et gode, er innenfor det den enkelte er fri til å bruke sin seksuelle selvvråderett til. Handlingen blir ikke krenkende i seg selv av at den foregår under forutsetning om kompensasjon.⁸⁰⁹ Å forebygge menneskehandel er et legitimt formål ved kriminalisering av menneskehandel. Det kan være et legitimt formål også for å kriminalisere kjøp av seksuelle tjenester. En forutsetning er imidlertid at det er nødvendig å kriminalisere handlinger som ligger utenfor det som direkte er det rettsgodet som straffebudet skal beskytte.

b) Egnethet

Straffelovrådet påpeker at siden kriminaliseringen av sexkjøp ble innført, har mindre menneskehandel for prostitusjonsformål enn tidligere blitt avdekket og straffeforfulgt. Personer som selger seksuelle tjenester, har i en evaluering fra 2014 uttalt at de etter at kriminaliseringen ble innført, har opplevd mer usikkerhet og frykt for vold, og at de av hensyn til kundenes behov for ikke å bli identifisert av politiet har måttet operere på mer skjulte måter. Dette har også medført at de har nølt med å henvende seg til politiet om de er blitt utsatt for lovbrudd. Politianmeldelse ville avsløre prostitusjonsaktiviteten deres, og derfor gjøre kundene sårbare, noe som igjen kunne svekke inntektsgrunnlaget.⁸¹⁰

806 Ot.prp. nr. 48 (2007–2008) s. 8. Se likedan HR-2021-2104-A avsnitt 26–28.

807 Ot.prp. nr. 48 (2007–2008) s. 8.

808 Justis- og politidepartementet, høringsnotat, snr. 2007/03007 ES s. 2.

809 NOU 2022: 21 s. 248–249.

810 NOU 2022: 21 s. 249.

Vi ser altså at kriminaliseringen ikke har vært egnet til å vareta noen av de legitime formålene. Den har ikke ført til økt beskyttelse av personer som selger seksuelle tjenester, men det motsatte. Kriminaliseringen har heller ikke gitt en økning i beskyttelse mot menneskehandel, tvert om. Det er klart at en kriminalisering som ikke er egnet til å vareta de legitime formålene (men som faktisk skader de formålene kriminaliseringen skal beskytte), står svakt i et forholdsmessighetsperspektiv.

c) *Nødvendighet*

Som nevnt ovenfor er et legitimt formål med kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester å forhindre menneskehandel. Siden sexkjøp hvor salget er frivillig, selvfølgelig ikke er menneskehandel, vil kriminaliseringen gå lenger enn å beskytte selgeren mot menneskehandel. For at kriminaliseringen da skal være forholdsmessig, må lovgiver påvise vektige grunner for at en slik kriminalisering som går ut over rettsgodebeskyttelsen, er nødvendig. Det er ikke gjort av lovgiver. En begrunnelse kan være at det vil være svært vanskelig å bevise at den som kjøper sex, har kunnskap om at selgeren er utsatt for menneskehandel.

Det må også tas i betraktning om kriminalisering er nødvendig, eller om prostitusjon kan motvirkes med mindre inngripende virkemidler som har samme eller tilnærmet samme effekt. Straffelovrådet mener at «det problematiske ved prostitusjon som fenomen heller bør motvirkes ved andre, og mindre inngripende, virkemidler enn kriminalisering av den som benytter seg av det (lovlige) tilbudet av seksuelle tjenester som finnes».⁸¹¹

d) *Proporsjonalitet*

Statens legitime behov for kriminaliseringen er svakt. De legitime formålene er ikke tungtveiende. Kriminaliseringen er heller ikke egnet til å vareta formålene, faktisk svekker den formålene den skal beskytte. På grunn av vesentlig svikt med hensyn til egnethet går også kriminaliseringen lenger enn nødvendig.

Statens behov står meget svakt i møte med den personlige handlefriheten til den som kjøper seksuelle tjenester. Som utgangspunkt og ut fra et moralsk ståsted vil man umiddelbart tenke at det å beskytte handlefriheten til den som kjøper seksuelle tjenester, står svakt. Moral er imidlertid som den klare hovedregel ikke et relevant formål ved kriminalisering.⁸¹² Det er heller ikke gitt at den jevne sexkjøper har som hensikt å skade, undertrykke eller fornedre den som selger sex.

811 NOU 2022: 21 s. 249.

812 Kapittel 5 punkt 5.3.3 e) ii).

I proporsjonalitetsvurderingen må det også tas i betraktning at både WHO og Amnesty International har tatt til orde for at prostitusjonsskjøp bør avkriminaliseres for å redusere skadepotensialet ved prostitusjon.

e) Konklusjon

Det er etter dette tvilsomt at kriminalisering av kjøp av seksuelle tjenester er forholdsmessig. Lovgiver har ved kriminaliseringen i liten grad gjort vurderinger av forholdsmessigheten av kriminaliseringen. Derimot har Straffelovrådet gjort slike ganske grundige vurderinger. Det taler for at kjøp av seksuelle tjenester nå bør avkriminaliseres.

8.3 KRAVET OM PROPORSJONALITET OG ILEGGELSE AV STRAFF

8.3.1 Innledning

Grunnloven § 94 slår fast at frihetsberøvelse bare skal brukes hvor det er nødvendig og ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep. Det er rimelig å forstå bestemmelsen slik at den stiller krav om at «ingen må idømmes en uforholdsmessig fengselsstraff».⁸¹³ I tillegg, og på samme måte som ved kriminalisering, er det klart at det også ut over det konstitusjonelle og menneskerettslige minstevernet gjelder et krav om proporsjonalitet ved fastsettelse av retningslinjer og rammer for illeggelse av straff. Ved utarbeidelsen av straffeloven gav departementet uttrykk for at humanisme og forholdsmessighet bør prege strafferettspleien.⁸¹⁴

Ved proporsjonalitetsvurderingen som må gjøres når lovgiver vurderer hvilken straff en forbrytelse skal møtes med, finner vi i den ene vektskålen de legitime formålene med straff, og i den andre borgerens frihetsrett. Proporsjonalitetsprinsippet medfører at straffen lovgiver foreskriver, må stå i et proporsjonalt forhold til atferden som er kriminalisert.

Ovenfor er det drøftet og konkludert med at forvaringsbestemmelsene i straffeloven står i et problematisk forhold til kravet om at straffen må ha et legitimt formål.⁸¹⁵ Det er da klart at straffeformen har utfordringer opp mot kravet til proporsjonalitet. Nedenfor drøftes noen problemstillinger som reiser seg i møte med bruk av maksimumsstraffer (8.3.2) og minimumsstraffer (8.3.3) og kravet til proporsjonalitet.

813 NOU 2022: 21 s. 201.

814 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 125 og NOU 2022: 21 s. 200.

815 Nærmere kapittel 5 punkt 5.2.4.

8.3.2 Maksimumsstraffer og proporsjonalitet

Statens legitime formål med straff er allmennprevensjon. Dette legitime formålet må begrenses ut fra kravet om proporsjonalitet. Som vi har sett i kapittel 5, har lovgiver gitt en øvre strafferamme på 30 års fengsel for overtredelse av straffeloven § 101 (folkemord), § 102 (forbrytelse mot menneskeheten), § 103 (krigsforbrytelse mot person), § 104 (krigsforbrytelse mot eiendom og sivile rettigheter), § 105 (krigsforbrytelse mot humanitære innsatser eller kjennemerker), § 106 (krigsforbrytelse gjennom anvendelse av forbudte stridsmetoder), § 107 (krigsforbrytelse gjennom anvendelse av forbudte stridsmidler), § 109 (overordnedes ansvar) samt § 132 (grove terrorhandlinger). Begrunnelsen for de høye strafferammene er forankret i nokså vide og vage formål (rettferdighets-, rimelighets- og effektivitetsbetraktninger).⁸¹⁶ Til dette kommer at EMD har antydnet nokså klart at legitime formål med straff har utspilt sin rolle (og legitimitet) etter 25 år.⁸¹⁷ Etter min vurdering er det da ganske klart at maksimumsstraffer på 30 år ikke er proporsjonale.

Straffelovkommisjonen har advart mot å heve maksimumsstraffen for å oppnå strengere straffer for normalovertredelsene av et straffebud. Nærmere bestemt ble det uttalt at maksimumsstraffen aldri bør brukes av lovgiver for å gi signaler om et høyere straffenivå for normalovertredelsene av en lovbruddstype. Det «kan lede til at det går 'inflasjon' i strafferammene, og at den øvre strafferammen i et straffebud ikke gir et riktig uttrykk for straffverdigheten av de mest alvorlige overtredelsene av den aktuelle bestemmelsen».⁸¹⁸

8.3.3 Minstestraffer, normalstraffenivå og proporsjonalitet

Et annet tema som har sammenheng med kravet om proporsjonalitet når lovgiver gir regler om straffutmåling, er bruken av minstestraffer. Minstestrafen for voldtekt er 3 år, jf. straffeloven § 292. Som voldtekt regnes også såkalt sovevoldtekt, jf. § 191 b). Bruken av minstestraffer i kombinasjon med at lovgiver i forarbeidene har angitt normalstraffer for ulike kategorier av voldtekt, har medført et normalstraffenivå for voldtekter på fire års fengsel. Dette har gitt seg utslag i svært strenge straffer for handlinger som ligger i det helt nedre siktet av voldtekt. Eksempelvis ble i Rt. 2013 s. 853 en 18 år gammel mann dømt til to års fengsel etter å ha ført én til tre fingre inn i Bs vagina mens hun sov og/eller var ute av stand til å motsette seg handlingen. Faktum er i Høyesteretts dom beskrevet slik:

816 Nærmere kapittel 5 punkt 5.2.3.

817 Punkt 5.2.1.

818 NOU 2002: 4 s. 143.

A og B har kjent hverandre fra barndommen. De gjenopptok kontakten sommeren 2010 og hadde da også sex et par ganger, uten at de var kjærester. Utover høsten 2010 og i 2011 avtok kontakten, og B ga beskjed om at hun ikke lenger ønsket et seksuelt forhold til A. De fortsatte å være venner. Sommeren 2011 fikk B en kjæreste. A var klar over det.

Lørdag 10. desember 2011 hadde A og B avtalt at de skulle på byen. De startet kvelden på As hybel hvor han blandet drinker, de så på TV, hørte på musikk og hadde det hyggelig. Til sammen drakk de en hel flaske Vikingsfjord blandet med brus. A drakk i tillegg litt Baileys. B, som ikke var vant til å drikke alkohol, ble så beruset at byturen ble skrinlagt. Bs siste buss hjem var gått, og A tilbød henne å sove på sofaen.

A gikk deretter ut for å ta en røyk. Da han kom inn igjen, hadde B sovnet på sofaen med klærne på. Han befølte henne på rumpeballene, tok så av henne buksen og trusen og befølte henne igjen på rumpen. Deretter stakk han en til tre fingre inn i hennes vagina og beveget fingrene dels raskt og hardt og dels sakte. Det er noe uklart hvor lenge han holdt på med dette. I politiforklaringen forklarte A at han ikke trodde han hadde befølt B så lenge som 20–30 minutter, men han var ikke sikker. I tingretten forklarte han at befølingen maksimalt hadde pågått i ti minutter.

A avsluttet handlingen uten at B våknet. Han hadde tenkt over hva han holdt på med og skjønnte at det var feil, og at han ikke var en person som gjorde sånt. Han la seg deretter ved siden av B for å sove. Like etter våknet B og ble forskrekket over at hun ikke hadde på seg bukse og truse. Hun følte seg sår nedentil, både i skrittet og bak. Hun konfronterte A med dette. Han ble hissig og forklarte at hun hadde kledd av seg selv. Fornærmede forlot hybelen og ble hentet med bil av en venninne. Dagen etter oppsøkte hun overgrepsmottaket der hun ble undersøkt. Det ble tatt prøver, men det ble ikke funnet spor eller ytre eller indre skader. Fornærmede anmeldte forholdet og forklarte seg for politiet 16. desember 2011. Tiltalte forklarte seg 20. desember og tilsto da forholdet og erkjente straffeskyld.⁸¹⁹

Ved straffutmålingen la Høyesterett til grunn at det var uttalt i forarbeidene at voldtekt av en sovende person skal straffes like strengt som om personen er våken. Det ble uttalt at utgangspunktet for straffutmålingen er fengsel i tre år og tre måneder. Det ble så gjort fradrag for tilståelsen, samt et visst fradrag på grunn av As unge alder. Selv om minstestrafen for voldtekt på tre år ikke kom til anvendelse,

819 Avsnitt 7–10.

jf. straffeloven § 292 bokstav d), la Høyesterett altså til grunn et normalstraffenivå på tre år og tre måneder.⁸²⁰

Hansen skriver om denne dommen at Høyesterett i straffutmålingen distanserer seg fra den humane strafferettspleien som har lange tradisjoner i norsk rett.⁸²¹ Dette er sterke, men etter min oppfatning treffende, ord. Straffutmålingen er langt unna det som er proporsjonalt. Det skal sies at grunnen til denne uproporsjonale straffutmålingen var at lovgiver i forbindelse med endringer i straffeloven i forarbeidene gav detaljerte retningslinjer for utmåling av straff i disse sakene. Blant annet ble det uttalt at normalstraffenivået for voldtekter som rammes av minstestraffen på fengsel i tre år, ikke bør være under fengsel i fire år, og at dette skulle gjelde uavhengig av hvilket straffalternativ i voldtektsbestemmelsen som kom til anvendelse.⁸²² I samsvar med føringene som legges i forarbeidene, er et synspunkt at Høyesterett kun følger folkeviljen når straffen utmåles.

Et problem med dette resonnementet er at straffutmålingen ikke blir mer proporsjonal av den grunn. Etter min oppfatning er straffutmålingen i så stor grad ute av proporsjoner at Høyesterett burde tolket rettskildematerialet fra lovgiverhold i lys av EMK artikkel 8 (etter 2014 også i lys av Grunnloven § 102). Sagt med Hansens ord bør ikke landets øverste domstol avsi avgjørelser som gjør at domstolen distanserer seg fra human strafferettspleie, og som i tillegg er svært vanskelig å forene med overordnede rettsnormer som også binder lovgiver.

Hva er så grunnen til at man har havnet i denne situasjonen? Hansen uttaler at det er «vanskelig å se andre argumenter for dagens nivå enn en blanding av moralisme og et ønske om å være politisk korrekt ved unyansert å slutte seg til krav om strengere straffer uansett».⁸²³ En tilleggsforklaring kan være manglende (i realiteten totalt fraværende) fokus på kravet om forholdsmessighet mellom forbrytelse

820 Likedan Rt. 2013 s. 848 avsnitt 18–19: «Selv i de tilfellene der det ikke er naturlig fullt ut å likestille en voldtekt ved bruk av fingre med en voldtekt til samleie, er det imidlertid slik at denne formen for overgrep ligger nærmere voldtekt til samleie enn enkelte andre former for voldtekt til seksuell omgang. Det er også her tale om inntrengning i kroppens hulrom. Der og da vil nok fornærmede ofte oppleve det som skjer som like skremmende som voldtekt til samleie, og for fornærmede vil det kunne være uklart om dette bare er innledningen til et samleie. Selv om fornærmede ikke må leve med frykt for graviditet i etterhånd, er det også her tale om smittefare, med ventetid i etterkant på resultatet av prøvetaking. De psykiske ettervirkningene kan være betydelige og blant annet gå ut over jobb eller studier. Som jeg kommer tilbake til, er det tilfellet i denne saken. Dette tilsier etter mitt syn at straffen for voldtekt i form av innføring av én eller flere fingre i skjede eller endetarmsåpning nå som et utgangspunkt må være fengsel i tre år og tre måneder.»

821 Hansen 2013 s. 697.

822 Prop. 97 L (2009–2010) s. 9 og Innst. O. nr. 73 (2008–2009) s. 50.

823 Hansen 2013 s. 700.

og straff i forarbeidene til lovendringen. En drøftelse av straffutmåling med proporsjonalitet som utgangs- og omdreiningspunkt ville raskt vist at det ikke er mulig eller forsvarlig på generelt nivå (lovgivernivå) å gi presise og bindende regler om straffutmåling innenfor en forbrytelseskategori med så stor spennvidde som voldtekt. Proporsjonalitetskravet understøtter i denne sammenhengen maktfordelingen i rettsstaten.

Flere har etter hvert kritisert det uproporsjonale straffutmålingsnivået som lovgiver har etablert for blant annet visse typer voldtekt.⁸²⁴ Det er å håpe at det blir tatt initiativ til en reorientering fra lovgivers side etter vel tolv år med klart uproporsjonale regler for straffutmåling på dette feltet. Straffelovrådet foreslår å oppheve minstestrafen for voldtekt på tre år, noe som er et godt og riktig forslag.⁸²⁵ Det gjenstår å se forslagets skjebne ved politisk behandling. I kapittel 9 rettes fokuset mot kravet om proporsjonalitet mellom forbrytelse og straff som hovedprinsipp ved straffutmåling.⁸²⁶

824 Matningsdal 2021 s. 519–520. Se også Hansen 2022 s. 59–62. Se også Coward 2015 s. 85; Høgberg/Salomonsen 2010 s. 247–249; Kjetil Kolsrud, «Busch: – På noen områder er det etter mitt syn spørsmål om man har gått noe for langt», *Rettt24*, 4.12.2017, <https://rett24.no/articles/busch-pa-noen-omrader-er-det-etter-mitt-syn-sporsmal-om-man-har-gatt-noe-for-langt> (sist besøkt 14.2.24) og Jacobsen 2023 s. 41.

825 NOU 2022: 21 s. 207.

826 Kapittel 9 punkt 9.3.

Del III

Krav om forholdsmessighet ved bruk
av straff i konkrete saker



9. Forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff i konkrete saker⁸²⁷

9.1 INNLEDNING

Fokuset i kapittel 5 til 8 har vært hvilke krav forholdsmessighetsprinsippet stiller til lovgiver ved vurderingen av om atferd skal kriminaliseres. Fokuset i dette kapittelet er hvilken betydning forholdsmessighetsprinsippet har når straff ilegges i konkrete saker. I punkt 9.2 undersøkes forholdsmessighetsprinsippet funksjon og innhold når det tas stilling til skyldspørsmålet, i 9.3 når det tas stilling til straffespørsmålet.

Ileggelse av straff må som den store hovedregel ilegges av domstolene, jf. Grunnloven § 96 første ledd. Det er dermed domstolene som håndhever forholdsmessighetsprinsippet i konkrete straffesaker. Med visse forbehold kan straff også ilegges av påtalemyndigheten i form av forelegg, jf. straffeprosessloven § 255.⁸²⁸ Påtaleunntatelse innebærer også en konstatering av straffskyld.⁸²⁹ I disse to tilfellene er det påtalemyndigheten som håndhever forholdsmessighetsprinsippet.

827 Magnus Lagabøtes landslov 1274 IV mannhelgebolken, kapittel 18: «Domsnemnden er oppnevnt for at den skal undersøke og vurdere saker og ugjerninger, og tilpasse dommen etter omstendighetene slik tingmennene og rettshåndheveren mener er rettest overfor Gud etter sin samvittighet. Ikke slik mang en tåpe har hevdet, at de ikke dømmer annet enn lov, fordi sannelig skal de som lar vonde menn komme unna udømte, svare for det som loven dømmer dem til, hvis det straffes for mildt fra dommerens side. På samme måte hvis de som fortjener miskunn, straffes for hardt, fordi deres opplysende forklaring mangler. Det finnes nok eksempler på at de som har dømt for mildt, har blitt utsatt for hard hevn fra Gud, mens de som har dømt for strengt, har tålt enda hardere hevn.»

828 Påtalemyndighetens adgang til å ilegge forelegg er ansett ikke å være i strid med domskravet i Grunnloven § 96 første ledd fordi påtalemyndigheten er forpliktet til å bringe saken inn for domstolene hvis siktede ikke godtar forelegget og straffekravet opprettholdes, se nærmere Strandbakken 2004 s. 187–189 med videre henvisninger.

829 Straffeprosessloven § 30 bokstav f), jf. § 69 første ledd. Nærmere Øyen 2022 s. 217.

9.2 FORHOLDMESSIGHETSPRINSIPPETS BETYDNING FOR SKYLDSPØRSMÅLET

9.2.1 Innledning

Spørsmålet i det videre er hvilken betydning forholdsmessighetsprinsippet har for grensen mellom straffbar og straffri atferd i konkrete saker. I punkt 9.2.2 klarlegges forholdet mellom forholdsmessighetsprinsippet og det strafferettslige begrepet «materieell rettsstrid». I punkt 9.2.3 er temaet om det i strafferetten bør opereres med materieell rettsstrid / forholdsmessighet som et alminnelig straffbarhetsvilkår. I punkt 9.2.4 er temaet det nærmere innholdet i materieell rettsstrid / forholdsmessighet som straffbarhetsvilkår. I punkt 9.2.5 er spørsmålet hvilken betydning kravet om et legitimt formål ved inngrep har for tolking av straffebud. I punkt 9.2.6 er spørsmålet hvilken betydning de øvrige komponentene i forholdsmessighetskravet har for tolking av straffebud. Til slutt (punkt 9.2.7) trekkes noen konklusjoner.

9.2.2 Kravet om materieell rettsstrid som uttrykk for forholdsmessighetsprinsippet (og vice versa)

I den grad bruk av straff er et inngrep i grunnlovsbeskyttede og menneskerettslig beskyttede frihetsretter, gjelder det et krav om forholdsmessighet ved inngrep. I kapittel 3 ble det konkludert med at bruk av straff i konkrete saker ofte vil være et inngrep i en eller flere Grunnlovs- og konvensjonsrettigheter. Bruk av straff i konkrete saker vil særlig representere et inngrep etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.⁸³⁰

Siden Grunnloven og EMK binder alle statsmakter og gjelder ved all myndighetsutøvelse, er det klart at kravet om forholdsmessighet ikke bare gjelder for lovgiver ved kriminalisering, men at det også gjelder for domstolene og den utøvende makt ved bruk av straff i konkrete saker – herunder ved avgjørelse av skyldspørsmålet. På samme måte som ved kriminalisering er det tale om et konstitusjonelt og menneskerettslig minstevern. Grunnloven og menneskerettighetene oppstiller ikke særlig vidtgående krav til forholdsmessighet ved bruk av straff i konkrete saker når det tas stilling til skyldspørsmålet. Et eksempel på at bruk av straff i en konkret sak vil være i strid med det konstitusjonelle og menneskerettslige kravet om forholdsmessighet, er hvis bruken av straff i den konkrete saken ikke kan forankres i et legitimt formål.⁸³¹

Gjelder det så et krav om forholdsmessighet ut over det konstitusjonelle og menneskerettslige minstevernet ved avgjørelse av skyldspørsmålet? Etter min oppfatning må spørsmålet besvares bekræftende. Nærmere bestemt gjelder det i norsk rett et krav om materieell rettsstrid ved avgjørelse av skyldspørsmålet.

830 Kapittel 3 punkt 3.3.3 a).

831 Nærmere punkt 9.2.5 a).

Da straffeloven 2005 ble forberedt, foreslo Straffelovkomisjonen følgende bestemmelse med overskriften «Innskrenkende tolking» (§ 28): «Selv om ingen lovfestet straffrihetsgrunn foreligger, kan særegne omstendigheter medføre at et straffebud ikke skal anvendes på handling som dekkes av ordlyden.» Departementet fulgte ikke opp forslaget. Grunnene var at «ulempene med å lovfeste rettsstridsreservasjonen er større en fordelene. Departementet legger særlig vekt på at prinsippet om innskrenkende tolking ikke egner seg for lovfesting, og at det er vanskelig å finne frem til en utforming som gjør at bestemmelsen blir tilstrekkelig presis og informativ.»⁸³² Departementet uttalte også at det kunne være en fare for at en lovfesting av rettsstridsreservasjonen i straffeloven feilaktig kunne oppfattes som en helt generell adgang til å fritta for straff på bakgrunn av en konkret rimelighetsvurdering, og at denne faren måtte tas alvorlig.⁸³³ Det ble samtidig presisert at det også etter ny straffelov vil være behov for å tolke straffebud innskrenkende for «å skjære vekk unntakstilfeller som det ikke har vært meningen å ramme med straff».⁸³⁴ Her benyttes begrepet «rettsstridsreservasjonen», som er synonymt med begrepet «materieell rettsstrid».

Også i rettspraksis er nødvendigheten av ikke å straffe alle handlinger som rammes av et straffebud, kommet rettslig til uttrykk. Et første eksempel er Rt. 1979 s. 1492. Spørsmålet her var om innsamling og oppbevaring av materiale om de hemmelige tjenester (blant annet navnelister over ansatte) var straffbart etter straffeloven 1902 §§ 90 og 91. Førstnevnte bestemmelse satte straff for den som rettsstridig bevirker eller medvirker til at noe åpenbares som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet. Den andre rammet den som rettsstridig setter seg eller andre i besittelse av slikt materiale. Etter å ha tatt stilling til at handlingene tiltalen gjaldt, ble rammet av ordlyden, gjennomførte Høyesterett en drøftelse av «[r]ettsstridsspørsmålet». Etter å ha avlagt formuleringene «rettsstridig» og «uberettiget» en visitt og uttalt at ulike formuleringer ikke hadde realitetsbetydning, uttalte Høyesterett at formuleringene må

forstås slik at det kan tenkes tilfelle hvor en handling ikke er straffbar selv om den går inn under ordlyden i straffebudene. Men loven gir ingen nærmere veiledning om når det foreligger slike tilfelle. Dette må bero på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte. Det vil i det enkelte tilfelle bli domstolenes oppgave å vurdere om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går inn under gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud.⁸³⁵

832 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 215.

833 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 214–215.

834 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 214.

835 S. 1499.

I Rt. 2000 s. 646 var et av spørsmålene om en lege, som på oppfordring og med samtykke fra en meget syk pasient hadde avsluttet vedkommendes liv, skulle straffes for drap, jf. straffeloven 1902 § 233. Forsvareren gjorde gjeldende at rekkevidden av straffebestemmelsen måtte begrenses av den alminnelige, ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Om den uttalte Høyesterett:

Det er riktig at det i norsk strafferett tradisjonelt har vært oppstilt som et alminnelig vilkår for straffbarhet at den handling det gjelder skal være *rettsstridig* for å rammes av loven, selv om dette ikke er uttrykkelig sagt i vedkommende straffebestemmelse. Denne såkalte rettsstridsreservasjon innebærer at en handling kan tenkes å være straffri, selv om den går inn under gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Det man i slike tilfeller gjør, er i realiteten å fortolke det straffebud saken gjelder innskrenkende.⁸³⁶

I Rt. 2012 s. 686 var temaet om to personer som handlet med verdipapirer på Oslo børs, var skyldig i markedsmanipulasjon, jf. verdipapirhandeloven § 3-8. Flertallet kom til at handlingene de hadde utført, falt inn under ordlyden, samt at de hadde utvist tilstrekkelig grad av skyld. Saken endte likevel med frifinnelse. Det rettslige grunnlaget ble formulert slik: «Etter norsk rett er det som nevnt naturlig å anse det for å foreligge en generell rettsstridsreservasjon som innebærer at loven ikke får anvendelse der det må legges til grunn at ordlyden rekker lenger enn det som har vært meningen å ramme som straffbart, jf. Andenæs, Alminnelig strafferett, femte utgave side 155.»⁸³⁷

Et fjerde eksempel som viser Høyesteretts tilnærming til vurderingen av om en overtredelse av et straffebud likevel ikke er straffbart, er HR-2021-580-A. Faktum var at en far ved tre anledninger hadde gitt sovemedisin til et barn som var på overnattingsbesøk hos datteren. Spørsmålet var om handlingen ble rammet av straffeloven § 273, som setter straff for å fremkalle bevisstløshet eller lignende tilstand hos en annen. Etter å ha konkludert med at det å fremkalle søvn ved å gi barnet sovemedisin ble omfattet av gjerningsbeskrivelsen, drøftet Høyesterett «om tiltaltes handlinger er rettsstridige». Vurderingstemaet ble formulert slik:

Straffeloven § 273 inneholder ingen rettsstridsreservasjon, slik som eksempelvis § 254 om frihetsberøvelse, som rammer den som «rettsstridig» fratar noen friheten. En lovfestet rettsstridsreservasjon anses gjerne som et varsel fra lovgivers side om at det ikke er meningen å ramme alle de tilfeller som ellers

836 S. 652.

837 Avsnitt 59.

ville gå inn under beskrivelsen i straffebudet, jf. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave 2016, side 155. Rettsstrid er imidlertid et generelt vilkår for straffbarhet selv om det enkelte straffebud ikke sier noe om det, jf. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave 2016, side 156–157. Det vil i det enkelte tilfelle bli domstolenes oppgave å vurdere om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går inn under gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud.⁸³⁸

Det er i tillegg et ganske stort antall avgjørelser fra Høyesterett hvor rettsstridsterminologien i ovennevnte avgjørelser (direkte eller indirekte) benyttes.⁸³⁹

Med grunnlag i beskrivelsen og bruken av begrepet «materieell rettsstrid» ovenfor kan det konkluderes med at begrepet har som funksjon å identifisere tilfeller hvor straff ikke skal brukes, selv om atferden rammes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Det er samme funksjon som kravet om forholdsmessighet har når bruk av straff er et inngrep i en Grunnlovs- eller menneskerettslig frihetsrett.

Hva gjelder det nærmere innholdet i kravet om materieell rettsstrid, er det både vidt og ganske vagt og uklart. Det er likevel på det rene at vurderingen av materieell rettsstrid overordnet består i en «avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn det er grunn til å beskytte».⁸⁴⁰ Det er altså tale om en avveining mellom to størrelser. På den ene siden av vektsskålen finner vi «de hensyn straffebudet skal verne». Med denne bokens terminologi er det tale om det rettsgodet

838 Avsnitt 33–34.

839 Bl.a. Rt. 1997 s. 1821 på s. 1831–1832 om tolkingen av § 135 a i straffeloven 1902: «Det skal skje en avveining hvor hensynet til ytringsfriheten må veie tungt. Men – og det er for meg helt sentralt – det ligger i rettsstridsreservasjonen nettopp at det skal foretas en avveining. Hensynet til ytringsfriheten skal ikke slå gjennom for enhver pris – uten hensyn til tyngden av de interesser som tilsier at uttalelsene må kunne belegges med straff.»; Rt. 2000 s. 1455 på s. 1457; Rt. 2003 s. 687 avsnitt 14–17; Rt. 2004 s. 1392 avsnitt 12; Rt. 2005 s. 1567 avsnitt 17: «Mange straffebud begrenser seg uttrykkelig til å gjelde 'rettsstridige' handlinger. Men selv uten en uttrykkelig rettsstridsreservasjon må straffebud ofte tolkes innskrenkende med tanke på unntakssituasjoner som straffebudene ikke tar sikte på å ramme, jf. Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn: *Alminnelig strafferett*, 5. utgave (2004), side 150–157.»; Rt. 2006 s. 431 avsnitt 19; Rt. 2008 s. 1491 avsnitt 25–30; Rt. 2011 s. 1 avsnitt 30: «Spørsmålet blir da om det etter omstendighetene likevel er riktig med en innskrenkende tolkning av straffeloven § 317, basert på strafferettens *alminnelige rettsstridsreservasjon*. Dette må i så fall bygge på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte, jf. Rt-1979-1492.»; Rt. 2015 s. 995 avsnitt 40; HR-2019-1218-A avsnitt 28 og HR-2022-2104-A avsnitt 24: «Selv om det ikke er uttrykkelig nevnt i straffebestemmelsen, er det i norsk strafferett et alminnelig vilkår for straffbarhet at den aktuelle handlingen er rettsstridig. Det er et grunnleggende tolkningsprinsipp at ordlyden i ethvert straffebud må leses med forbehold om unntakstilfeller det ikke har vært meningen å ramme med straff.»

840 Rt. 1979 s. 1492 på s. 1499. Se likedan bl.a. HR-2021-580-A avsnitt 33–34.

som staten har funnet at skal beskyttes med kriminalisering. På den andre siden av vektsskålen ligger den meget vage størrelsen «andre hensyn det er grunn til å beskytte». Siden en vurdering av materiell rettsstrid har som funksjon å forhindre bruk av straff for nærmere bestemt atferd, selv om atferden rammes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, må de «andre hensyn» det er tale om, være hensyn som taler for frifinnelse. Som et noe mer presist samlebegrep for disse hensynene er det hensiktsmessig å benytte «individets frihetsrett». En slik avveining er sammenfallende med det overordnede vurderingstemaet ved vurderingen av forholdsmessighet, som er en avveining mellom statens legitime behov for inngrep, på den ene side, og individets frihetsrett, på den annen.⁸⁴¹ Avveiningen er også sammenfallende med det som i denne boken benevnes som «proporsjonalitet» (*stricto sensu*).

I andre avgjørelser finner man en noe annen presisering av kravet om materiell rettsstrid. I Rt. 2012 s. 686, nevnt ovenfor, uttalte Høyesterett at den generelle rettsstridsreservasjonen «innebærer at loven ikke får anvendelse der det må legges til grunn at ordlyden rekker lenger enn det som har vært meningen å ramme som straffbart».⁸⁴² Sett i lys av forholdsmessighetsprinsippet er det her tale om at bruk av straff i den konkrete saken ikke kan forankres i det som er det legitime formålet med kriminaliseringen fra lovgiverhold.⁸⁴³

Det kan etter dette konkluderes med at kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff i konkrete saker (skyldspørsmålet) og kravet om materiell rettsstrid som vilkår for straff har samme funksjoner og i stor grad likt innhold. Hva gjelder funksjon, markerer både kravet om forholdsmessighet og materiell rettsstrid at atferd som rammes av gjerningsbeskrivelsen (formell rettsstrid, formell typisitet), i visse tilfeller likevel ikke skal straffes. Når det gjelder innhold, fungerer begge begrepene som overordnet dogmatisk samlebegrep. I praksis vil forholdsmessighetsprinsippet i stor grad fange opp og dekke det som ellers ville fulgt av en vurdering av materiell rettsstrid. Forholdsmessighetsprinsippet, med kriteriene legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet, vil gjennomgående gi en mer presis, konsistent og transparent vurdering enn det nokså vide og vage begrepet materiell rettsstrid.

Det kravet om forholdsmessighet kanskje ikke vil fange opp, er vurderinger av om atferden som dekkes av gjerningsbeskrivelsen av et straffebud, likevel ikke skal straffes fordi det vil være i strid med menneskeverdet å bruke straff, eller dersom skyldprinsippet skulle tilsi det samme. Det vil føre for langt her å forfølge det nærmere forholdet mellom forholdsmessighetsprinsippet, skyldprinsippet og

841 Nærmere kapittel 4 punkt 4.3.1.

842 Avsnitt 59.

843 Nærmere punkt 9.2.6.

kravet til menneskeverd. I alle tilfeller vil det bare være i spesielle tilfeller at de to sistnevnte størrelsene vil ha selvstendig betydning ved tolking av straffebud, som da ikke fanges opp av forholdsmessighetsprinsippet.

9.2.3 Bør man operere med materiell rettsstrid som et eget straffbarhetsvilkår?

Selv om det er klare holdepunkter i rettspraksis for at man kan og bør operere med materiell rettsstrid som et eget grunnvilkår for straff, er det ikke vanlig i litteraturen. I stedet har man jevnt over brukt uttrykket «fravær av straffrihetsgrunner».⁸⁴⁴

Etter min vurdering er det imidlertid påvist ovenfor klare holdepunkter i rettspraksis for at man kan og bør operere med materiell rettsstrid som et eget straffbarhetsvilkår.

Systematisk er det også flere fordeler med å oppstille et krav om materiell rettsstrid som grunnvilkår for straff. For det første: Ulovfestede krav om materiell rettsstrid er i strafferettlitteraturen gjennomgående systematisert ved hjelp av kasuistikk (for eksempel formodet samtykke (*negotiorum gestio*), tiltaleprovokasjon, ordre fra overordnet, lovlige krigshandlinger, offentlig myndighetsutøvelse, den tillatte risiko, oppdragelse av barn, egenskade, sivil ulydighet, manglende sosial adekvans). Det er ikke noen ensartet tilnærming til hvilke typetilfeller som velges ut til behandling.⁸⁴⁵ En restkategori er den generelle ulovfestede normen, altså den generelle, ulovfestede rettsstridsreservasjonen.

Å operere med et overordnet krav om materiell rettsstrid / forholdsmessighet tydeliggjør at selv om gjerningsbeskrivelsen er oppfylt, er det tallrike og ganske ulike typetilfeller som nødvendiggjør at det gjøres vurderinger før man

844 Slettan/Øie 1997 s. 24; Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 101; Eskeland/Høgberg 2017 s. 72–73 og Frøberg 2020 s. 69.

845 Slettan/Øie 1997 s. 152–161 nevner samtykke, selvtakt, offentlig myndighetsutøvelse, ordre fra overordnede og provokasjon fra politiet. Mæland 2012 s. 155–167 fremhever samtykke, den tillatte risiko, utøvelse av offentlig myndighet, ordre fra overordnede, politiprovokasjon og privat provokasjon og bruk av refselses- og tvangsmidler. Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 194–216 nevner samtykke, offentlig myndighetsutøvelse, ordre fra overordnet og politiprovokasjon. Eskeland/Høgberg 2017 s. 277–284 nevner samtykke, plikt kollisjoner og straffrihet på grunn av trekk ved etterforskningen. Frøberg 2020 s. 117–123 nevner politiprovokasjon og provokasjon fra private. Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 197–220 behandler følgende typetilfeller under «særlige rettsstridsvurderinger» (som igjen er en del av den kriminaliserte gjerning): tilfeller der handlingen fremstår som normal, der handlingen er vernet av menneskerettsbestemmelser, der handlingen er rettet mot personen selv, og der krav om uakseptabel risiko eller samtykke er et tema. Brukerrom for narkotikaavhengige, ulovlig handlingsprovokasjon fra politiet og skjult handlingsprovokasjon fra private behandles under «særlige frifinnelsesgrunner», se s. 551–559.

konkluderer med at atferd som formelt rammes av gjerningsbeskrivelsen, også materielt sett skal møtes med straff. Samtidig har typetilfellene det til felles at bruk av straff vil være uforholdsmessig i en konkret sak, og ut fra en konkret vurdering. Dermed har bruken av materiell rettsstrid som grunnvilkår for straff en pedagogisk funksjon. Man kan også si at bruken av materiell rettsstrid som et grunnvilkår for straff gir tolkingsoperasjonen en nødvendig ramme og retning.⁸⁴⁶

En annen fordel med å operere med materiell rettsstrid som et grunnvilkår for straff er at forbindelsen mellom materiell rettsstrid og det konstitusjonelle og menneskerettslige kravet til forholdsmessighet blir synliggjort. Nærmere bestemt er rettsstridsbegrepet det rettslige begrepet som benyttes i strafferetten for å operasjonalisere at ikke all atferd som rammes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudets ordlyd, kan straffes. Det blir da også klart at vurderingen av materiell rettsstrid i prinsippet alltid må gjennomføres, på samme måte som at kravet til legalitet og skyld i prinsippet alltid må vurderes.⁸⁴⁷

Videre er det en fordel å rette fokuset mot sammenhengen mellom kravet til materiell rettsstrid og forholdsmessighet. Nærmere bestemt vil det bidra til å gjøre vurderingen av materiell rettsstrid mer strukturert og mer presis. Som det fremgår av avgjørelsene ovenfor, er det nærmere vurderingstemaet for vurderingen av den alminnelige, ulovfestede rettsstridsreservasjonen ikke helt enhetlig formulert. Det er også tale om en ganske åpen rimelighetsvurdering. Ved bruk av kriteriene i forholdsmessighetsvurderingen (legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet) når materiell rettsstrid vurderes, blir vurderingen mer strukturert og presis.

De typetilfellene som benyttes i litteraturen, gir en viss systematisering av situasjoner hvor vurdering av materiell rettsstrid er særlig praktisk. Typetilfellene sier imidlertid ikke så mye om hvordan selve rettsstridsvurderingen skal gjennomføres. De er egentlig merkelapper på et tolkingresultat. Kriteriene i forholdsmessighetsvurderingen vil bidra til å presisere det rettslige vurderingstemaet for om vedkommende typetilfeller skal lede til straffrihet. Det samme kan sies om de generelle lovfestede straffrihetsgrunnene, eksempelvis nødrett (§ 17) og nødverge (§ 18). Det er for disse bestemmelsenes vedkommende interessant å se at de i stor grad er bygget opp rundt forholdsmessighetsprinsippet; begge krever at forsvarshandlingen forfølger et legitimt formål, at den ikke går lenger enn nødvendig, og at den er proporsjonal. Også for selvtekt (§ 19) vil bestemmelsen profitere på å bli tolket i lys av kravene om legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet. Det samme gjelder for øvrige lovfestede regler som i ulike situasjoner og sammenhenger foreskriver at straff ikke skal brukes, på tross av at atferden rammes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.

846 Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 192.

847 Rui 2020 s. 324.

I tillegg til at momentene i forholdsmessighetsvurderingen bidrar til å strukturere og presisere innholdet i rettsstridsvurderingen, er de egnet til å ta stilling til hva som bør klassifiseres som et spørsmål om rettsstrid, og hva som ikke bør det. Som eksempel kan nevnes at samtykke, som tradisjonelt blir klassifisert som en straffrihetsgrunn, har lite til felles med andre straffrihetsgrunner.⁸⁴⁸ Når det blir klart at vurderingen av rettsstrid i stor grad kan sammenfattes med at det er en forholdsmessighetsvurdering, er det ganske klart at samtykke ikke egentlig passer inn som en straffrihetsgrunn.

Selv om det i dag ikke er vanlig å operere med materiell rettsstrid som et grunnvilkår for straff i litteraturen, har det vært gjort tidligere.⁸⁴⁹ I nyere litteratur brukes dessuten materiell rettsstrid hos enkelte forfattere som et straffbarhetsvilkår.⁸⁵⁰ Flere av rettssystemene som ligger nær oss i rettskultur, har også materiell rettsstrid som et grunnvilkår for straff.⁸⁵¹ Begrepet kan kanskje i noen sammenhenger ha noe ulikt innhold på detaljnivå, men overordnet er innholdet

848 Se Andorsen 2013 s. 161–162, som uttaler at «samtykke av karakter ikke minner om noen av de øvrige, anerkjente rettmessighetsgrunnene i strafferetten; det skal ikke gjøres noen interesseavveining, og spørsmålet er i stedet om fornærmede har samtykkekompetanse i det hele tatt». Se også Andorsen 1992 s. 305–425. Frøberg 2020 s. 92–95 behandler samtykke som en del av straffbarhetsvilkår nr. 1 (oppstilling av strafferegelen). Se også Baumbach/Elholm 2022 s. 380: «Man skulle tro, at det strafferetlige samtykke og de objektive straffrihadsgrunde lignede hinanden i den forstand, at man kunne karakterisere et samtykke på samme måte som en objektiv straffrihedsgrund og dermed si, at et samtykke 'gør en ellers strafbar handling straffri'. Dette er analytisk imidlertid ikke en helt korrekt beskrivelse af samtykket, idet handlingen aldrig har udgjort en strafbar handling. Der er således ikke noget ulovligt, der bliver lovligt på grund af samtykket.» Se annerledes Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 208–211, som behandler samtykke som en del av temaet materiell rettsstrid.

849 Hagerup 1911 s. 229–233. Se også s. 270. Se også Jacobsen 2017 s. 131 og 152–170.

850 Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 opererer med et krav om rettsstrid som en del av det overordnede kravet til kriminalisert gjerning, se s. 117–121 og 188–220, særlig s. 189–193. I samme retning Andorsen 1995 s. 746–747. Mæland 2012 s. 83, 93–96 og 133–134 bruker både uttrykket «objektive straffrihetsgrunner» og «rettsstrid». Se også NOU 1983: 57 *Straffelovgivningen under utforming* s. 21: «Det er et alminnelig vilkår for å anvende et straffebud at handlingen er rettsstridig eller ulovlig, men dette vilkåret er i dag bare tatt inn i enkelte straffebud. Straffelovkommissjonen overveier å foreslå at den nye straffeloven får en generell bestemmelse om rettsstrid som vilkår for straff.» Se også s. 141.

851 For dansk rett, se Langsted/Waaben 2015 s. 65–67 og Madsen 2020 s. 40–44. I finsk rett brukes også rettsstridsbegrepet som et vilkår for straff som en del av det overordnede kravet til kriminalisert gjerning. En del typetilfeller av det som vi behandler under rettsstrid (tillatt risiko), er plassert som en del av kravet om gjerningsculpa, se Frände 2004 s. 154–188 (rettsstrid) og s. 98–118 (gjerningsculpa). I sveitsisk rett er rettsstrid ett av tre vilkår for straff, se Trechsel/Noll/Pieth 2017 s. 110–142. Visse deler av det vi behandler under rettsstrid (tillatt risiko og sosialt aksepterte handlinger («sozialadequates Verhalten»)), behandles under kategorien «objektive Zurechnung», som igjen er en del av kravet om kriminalisert gjerning, se op.cit. s. 84–85. På samme måte er kravet om materiell rettsstrid ett av tre grunnvilkår for straff i tysk rett, se Roxin/Greco 2020 s. 289–290 og s. 719–733; Jescheck/Weigend 1996 s. 233–244; Kindhäuser/Zimmermann 2020 s. 62–64 og 147–151 og Wessels/Beulke/Satzger 2020 s. 130–139.

likt. Rettsstridsbegrepets funksjon er overordnet den samme, nærmere bestemt å identifisere (og systematisere) i hvilke tilfeller en handling som dekkes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, likevel ikke er straffbar.

Tøssebro mener:

Det gir dårlig sammenheng i rettssystemet å betrakte det 'rettsstridige' som et alminnelig vilkår for straff. Dette skyldes dels Grunnlovens inndeling av statsmaktene, dels at det rettsstridige ikke blir behandlet som et grunnvilkår i praksis. Den klare hovedregelen er at loven binder: Domstolen skal idømme straff når lovens vilkår er oppfylt. Gjeldende lov og rett skal legges til grunn ved avgjørelsen av enkeltspørsmål. Det er Stortinget som er vårt lovgivende organ etter Grl. § 75, og domstolene har ingen alminnelig kompetanse til å gjøre unntak fra lovens uttrykkelige regler.⁸⁵²

Det uttales også:

Når domstolene unntar fra straff på grunnlag av manglende rettsstridighet, følger grensen mellom straffbarhet og straffrihet ikke nødvendigvis av lovens ord slik legalitetsprinsippet forutsetter. Sammenholdes fraværet av kriterier for det 'rettsstridige' med nærværet av en svært skjønnsbestemt rettsanvendelsesprosess, er det klart at domstolene har en nokså vid adgang til å nyansere eller endog fravike lovens angivelse av hvilke elementer som skal bestemme straffansvarets rekkevidde. I slike tilfeller står vi overfor et mulig brudd på grunnleggende likhetsprinsipper.⁸⁵³

Jeg er uenig i dette synet. For det første følger det av Grunnlovens maktfordelingsprinsipp at lovgiver gir generelle lover. Så er det på strafferettens område overlatt til domstolene å dømme i hver enkelt sak, jf. Grunnloven § 96 første ledd. At Stortinget er lovgiver, medfører ikke at maktfordelingsbalansen forrykkes ved at domstolene vurderer om straff ikke skal brukes i det konkrete tilfellet, selv om handlingen dekkes av en naturlig, objektiv tolking av ordlyden. Tvert imot er det at domstolene vurderer i hvert enkelt tilfelle om det inngrepet som beskrives i lovteksten, er forholdsmessig, en integrert del av maktfordelingen på strafferettens område.

For det annet følger det av Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 at det ved ethvert inngrep i en persons frihet skal gjøres en konkret vurdering av om inngrepet er forholdsmessig. Det følger altså av overordnede rettsnormer at det skal

852 Tøssebro 2016 s. 43–44.

853 Tøssebro 2016 s. 123.

tas en vurdering av materiell rettsstrid ved enhver anvendelse av en straffebestemmelse på et faktum, når bruk av straff er et inngrep etter disse bestemmelsene eller andre rettighetsbestemmelser. Dette er ikke særegent for strafferetten, men gjelder alle inngrep som staten iverksetter overfor borgerne. Som eksempel kan nevnes at selv om straffeprosessloven ikke hadde hatt et krav om forholdsmessighet i § 170a, hadde det ikke vært slik at det ikke skulle gjøres en vurdering av forholdsmessighet ved varetektsfengsling (og ved bruk av andre tvangsmidler) i hver konkrete sak. Ved inngrep overfor borgerne har altså domstolene på alle rettsområder, inkludert strafferetten, en plikt til å vurdere i hver enkelt sak om et inngrep skal gjøres, når lovens vilkår for å gjøre inngrep er oppfylt.

For det tredje: Det er ikke praktisk mulig for lovgiver å utforme gjerningsbeskrivelser som har slik kvalitet at de alltid vil treffe ethvert faktum. Det ligger i sakens natur at en lov som er utformet uten et bestemt faktum for øye, ikke kan brukes blindt og reservasjonsløst når den generelt formulerte gjerningsbeskrivelsen fra lovgiver møter virkeligheten.

For det fjerde: Legalitetsprinsippet er, som andre menneskerettigheter, en rettighetsbestemmelse. Grunnlovens rettighetsbestemmelser kan etter min oppfatning ikke brukes til å begrense borgernes rettigheter. Dette vises blant annet ved at legalitetsprinsippet forbyr å tolke straffebestemmelser utvidende til skade for individet. Derimot følger det ikke av legalitetsprinsippet at domstolene i konkrete tilfeller ikke skal kunne bruke straff på et forhold som omfattes av lovens ordlyd. Sagt med andre ord er en slik bruk av legalitetsprinsippet utenfor det som er prinsippets funksjon og innhold. Det samme gjelder bruken av «grunnleggende likhetsprinsipper». Likhetsprinsippet i Grunnloven § 98 kan heller ikke være til hinder for å tolke straffebud innskrenkende til siktedes gunst. Sagt med andre ord: Likhetsprinsippet kan ikke brukes som kilde til å pålegge en borger en byrde.⁸⁵⁴ I alle tilfeller lar en slik forståelse av legalitetsprinsippet og likhetsprinsippet seg ikke harmonere med Grunnlovens og EMKs krav til at det ved hvert enkelt inngrep gjøres en konkret forholdsmessighetsvurdering.

I norsk strafferettlitteratur har det vært en ganske klar motvilje mot å bruke begrepet «rettsstrid». Som vi har sett i innledningen, er sannsynligvis en forklaring følgene av den skandinaviske rettsrealismen. Vi så at Ross forkastet læren om materiell rettsstrid fordi han generelt avviste mulighetene for rasjonelt å gi retten et normativt rammeverk. Etter hans oppfatning var en handlings rettsstridighet avgjort ved at handlingen var blitt kriminalisert av lovgiver. Det var da meningsløst å snakke om rettsstrid i materiell forstand.⁸⁵⁵ Ross' synspunkter har øvd en

854 Rui 2022a s. 57.

855 Kapittel 1 punkt 1.4. Se Tøssebro 2016 s. 32 med videre henvisninger.

ganske sterk innflytelse på strafferettslitteraturen, herunder Andenæs, som var den toneangivende forfatteren i en lang periode. Betegnende for hans ståsted var at han hevdet tidlig i sitt forfatterskap at «rettsstridsbetingelsen bare gir uttrykk for en ubestemt reservasjon uten selvstendig innhold».⁸⁵⁶

Kritikken mot å oppstille et krav om materiell rettsstrid i strafferetten følger ellers flere linjer. Ett kritikkpunkt er at rettsstrid er et «kunstord som folk flest ikke bruker».⁸⁵⁷ Det er i og for seg riktig. Men hvis man bare skulle benytte seg av termer som «folk flest» bruker, er det mange termer og begreper som måtte vært fjernet fra det strafferettslige vokabularet («adekvans», «douls eventualis», «feiltreff», «legalitetsprinsippet» mv.). Det er også på det rene at fagtermer som «forsøk», «medvirkning», «legalitetsprinsippet» mv. ikke fastlegges ut fra folk flest sin oppfatning og forståelse av termene.

Et annet sentralt kritikkpunkt mot å oppstille rettsstrid som et vilkår for straff er at

det fjerner oppmerksomheten fra at det i alle straffesaker må foregå en tolkningsprosess i samsvar med alminnelige rettskildeprinsipper. Når det i visse tilfeller slås fast at et straffebud ikke kan anvendes på en handling som rammes av ordlyden i straffebudet, er årsaken at ordlyden og reelle hensyn eller andre rettskildefaktorer trekker i forskjellig retning. Mens ordlyden taler for at handlingen er straffbar, kan f.eks. hensynet til den alminnelige handlefrihet eller ytringsfriheten tale for at den må godtas. Som ved all annen rettsanvendelse må det i denne situasjonen skje en analyse av hvilke relevante argumenter som foreligger, og deretter må disse avveies mot hverandre.⁸⁵⁸

Kjernen i resonnetet er at rettsstridsbegrepet er en betegnelse som tilslører hva som i realiteten skjer når det tas stilling til om atferd som rammes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, er straffbar i en konkret sak.

Det er riktig at begrepet «materiell rettsstrid» ikke gir et raskt og presist svar på i hvilke situasjoner atferd som rammes av ordlyden, likevel ikke er straffbar. Begrepet kan eller skal imidlertid heller ikke ha denne funksjonen. Som nevnt ovenfor er begrepets hovedfunksjon å ta opp i seg ulike forhold som medfører at atferd som omfattes av gjerningsbeskrivelsen av straffebudet, likevel ikke

856 Andenæs 1942 s. 199.

857 NOU 1983: 57 s. 142 og NOU 1992: 23 *Ny straffelov – alminnelige bestemmelser* s. 111. Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 157 bruker også benevnelsen «kunstuttrykk» om rettsstridskravet.

858 NOU 1992: 23 s. 111. Se også NOU 2002: 4 s. 220–222 og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 214–215. Se likedan bl.a. Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 157; Frøberg 2020 s. 84–85 og Tøssebro 2016 s. 37–39 med videre henvisninger.

nødvendigvis er straffbar. Det begrepet synliggjør, er at det, i tillegg til kravet om formell rettsstrid (gjerningsbeskrivelsesstrid og skyld), alltid må gjøres normative vurderinger av om atferden kan straffes i den konkrete saken. Ingen ville for alvor argumentere langs de samme linjene om at rekkevidden av legalitetsprinsippet byr på skjønnsmessige vurderinger, og at prinsippet derfor ikke bør brukes.⁸⁵⁹

Sitatet ovenfor forutsetter at spørsmålet om straffbarhet i en konkret sak finner et klarere svar i den tolkingsprosessen som gjøres ved tolking av straffebud, enn ved bruk av rettsstridsbegrepet. Nærmere bestemt innebærer tolkingsprosessen at ordlyden i visse tilfeller må tolkes innskrenkende med grunnlag i «reelle hensyn og andre rettskilder». Alternativet som her presenteres til bruk av materiell rettsstrid, er egentlig ikke noe annet enn det materiell rettsstrid er kritisert for å være: en beskrivelse av resultatet etter en vurdering av om atferd som rammes av gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke skal straffes.

Et spørsmål blir da: Er henvisningen til innskrenkende tolking av straffebudet basert på reelle hensyn og andre rettskilder bedre enn å bruke begrepet «materiell rettsstrid»? Etter min vurdering er det tvilsomt. For det første er det noe tilslørende å beskrive en vurdering av rettsstrid som at straffebudet tolkes basert på «reelle hensyn og andre rettskilder». Som nevnt ovenfor nødvendiggjør tallrike, og også ganske ulike, typetilfeller at det gjøres vurderinger før man konkluderer med at atferd som formelt rammes av gjerningsbeskrivelsen, også materielt sett skal møtes med straff. I de færreste tilfeller er det andre lovbestemmelser, og ikke reelle hensyn, som medfører at atferd som rammes av ordlyden, ikke kan eller skal straffes. I de tilfeller det ikke er slik, kan man si at reelle hensyn er det som medfører at atferden som dekkes av straffebudet, likevel ikke straffes. Reelle hensyn er imidlertid en stor og uensartet kategori av hensyn. Som påvist ovenfor er innholdet i rettsstridsvurderingen at bruk av straff i det konkrete tilfellet vil være uforholdsmessig (ut fra en vurdering av de fire komponentene i forholdsmessighetsvurderingen). Det er et paradoks at man for å oppnå større presisjon og klarhet i stedet for å bruke materiell rettsstrid som grunnvilkår for straff heller beskriver fenomenet som en innskrenkende tolking basert på «reelle hensyn og andre rettskilder». Det er betegnende at både Andenæs og forarbeidene i liten grad presiserer hva som ligger i «reelle hensyn og andre rettskilder». Andenæs nøyer seg med å si at ved innskrenkende tolking «vil en vurdering av handlingens samfunnsmessige forsvarlighet ofte spille en sentral rolle».⁸⁶⁰

859 At legalitetsprinsippet er et skjønnsmessig begrep, vises blant annet ved at det er flere dissenser i avgjørelser om prinsippets rekkevidde, se bl.a. Rt. 2012 s. 387; HR-2020-2019-A og HR-2023-1246-A.

860 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 157.

Videre er det etter min vurdering ikke treffende å se det slik at ordlyden tolkes innskrenkende basert på andre rettskilder. En mer presis fremstilling er at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet ferdig tolket viser at atferden rammes av bestemmelsen. Når det så gjøres en vurdering av om atferden likevel ikke kan straffes, er det ikke en del av tolkingen av straffebudet. De forholdene som kan medføre at atferden ikke kan straffes, finnes *utenfor* straffebudet. Sagt med andre ord er vurderingen gjerningsinnholdsuaavhengig.⁸⁶¹ Å si at rettsstridsvurderingen knytter an til en tolking av ordlyden basert på reelle hensyn og andre kilder, tilslører at det gjøres en materiell, normativ og verdipreget vurdering som ikke har ordlyden som omdreiningspunkt.⁸⁶²

En tredje innvending mot rettsstridsbegrepet er at det «skaper lett forestillingen om at det er spørsmål om en absolutt grense. Det som er urett i en del av rettssystemet, kan ikke være rett i en annen del. Et slikt absolutt begrep kommer imidlertid til kort når det brukes som ledd i en beskrivelse av gjeldende rett.»⁸⁶³ Denne argumentasjonen kan fremstå som oppkonstruert. Det er en kjensgjerning at ulike begreper kan ha ulikt innhold i ulike sammenhenger. Når materiell rettsstrid benyttes som grunnvilkår for straff, er det nettopp denne konteksten og funksjonen som er bestemmende for begrepets innhold. De færreste vil benytte rettsstridsterminologi fra andre rettsområder for å klarlegge innholdet i den strafferettslige vurderingen av materiell rettsstrid. Skulle vi fulgt dette argumentet, kunne vi ikke operert med et krav om «skyld» i strafferetten. Som kjent finner vi samme term blant annet i avtaleretten, erstatningsretten, obligasjonsretten mv. Det er likevel ikke tvil om at begrepet «skyld» har ulikt innhold i disse ulike sammenhengene.

Etter dette både kan og bør materiell rettsstrid benyttes som et grunnvilkår for straff. Høyesterett bruker det slik. Begrepet viser at det er tale om en normativ

861 Se Baumbach/Elholm 2020 s. 338–339: «Endvidere er det karakteristisk, at den objektive straffrihetsgrund ikke indgår som en del af gerningsindholdet i delikter (den ellers strafbare handling), hverken etter ordlyden eller ved fortolkningen af delikter. Den objektive straffrihedsgrund er altså populært sagt gerningsindholdsuaavhengig [...]. Det karakteristiske for en objektiv straffrihedsgrund er således, at dens tilstedeværelse ikke knytter seg til det delikt, som tiltalte realiserer, men derimod eksisterer uaavhengigt heraf, samtidig med at omstændigheden er den objektive begrundelse for, at den ellers strafbar handling lovligt kan begås.» Se også s. 340: «De objektive straffrihadsgrunde må som følge af denne karakteristik begrepsmæssigt holdes adskilt fra den strafferetlige fortolkning af straffebestemmelser.»

862 Likedan Tøssebro 2016 s. 38, som uttaler at tolkingen av straffehjemmelen og rettsstridslæren trolig bør behandles atskilt. Hun påpeker også at det i Rt. 2012 s. 686 avsnitt 28 ble lagt til grunn at rettsstridslæren hadde til følge at «de tiltaltes handlinger ikke skal straffes, selv om handlingene faller inn under ordlyden». Og videre, i Rt. 1979 s. 1492 på s. 1499, innebar rettsstridsreservasjonen etter førstvoterendes syn at «en handling ikke er straffbar selv om den går inn under ordlyden». Se også analysene på s. 39–42.

863 Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 157.

vurdering som må gjennomføres etter at det er konstatert at atferden rammes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet (formell rettsstrid). Ved bruk av rettsstridsbegrepet blir forbindelsen mellom materiell rettsstrid og det konstitusjonelle og menneskerettslige kravet til forholdsmessighet synliggjort. Å fremheve sammenhengen mellom kravet til materiell rettsstrid og forholdsmessighet bidrar til å gjøre vurderingen av materiell rettsstrid mer strukturert og mer presis.

9.2.4 Innholdet i straffbarhetsvilkåret materiell rettsstrid / forholdsmessighet

Hva bør så grunnkravet om materiell rettsstrid som vilkår for straff omfatte? I samsvar med den tradisjonelle bruken i norsk rett,⁸⁶⁴ og også slik kravet om materiell rettsstrid er benyttet i andre rettssystemer, fokuserer materiell rettsstrid overordnet på vurderingene som må gjøres i de tilfeller atferd omfattes av den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Spørsmålet er om atferden, på tross av at den rammes av gjerningsbeskrivelsen, likevel er lovlig og rettmessig i strafferettslig kontekst.

Det kan være hensiktsmessig å operere med to hovedkategorier: lovfestede og ulovfestede krav til materiell rettsstrid. I første kategori kan det skilles mellom generelle og spesielle lovfestede krav til materiell rettsstrid. De generelle er de som er lovfestet i straffeloven (nødrett, nødverge og selvtekt). Slik jeg ser det, bør denne kategorien også omfatte de såkalte straffritaksgrunnene. Dette er forhold som kan lede til straffrihet.⁸⁶⁵ Også det som kalles straffbortfallsgrunner (et i utgangspunktet pådratt straffansvar faller bort på grunn av inntrådte omstendigheter), bør omfattes.⁸⁶⁶ Spesielle lovfestede krav om materiell rettsstrid (gjerningsbeskrivelsesnære rettsstridskrav) finnes det mange av i straffelovens bestemmelser,⁸⁶⁷ samt noen i den strafferettslige spesiallovgivningen.⁸⁶⁸ Ulovfestede krav til materiell rettsstrid

864 Hagerup 1911 s. 232. Se også Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 191, som uttaler: «Der den formelle betraktningmåten av 'rettsstrid' som en referanse alene til positive rettsregler, forstår vi det altså som en henvisning til grunnprinsipper for hvilke handlinger som kan aksepteres innenfor rettsordenen, og hvilke som ikke kan det.»

865 Bl.a. §§ 271 annet ledd, 308, 81, 311 tredje ledd, 262 annet ledd og 267 tredje ledd.

866 Bl.a. §§ 85 (foreldelse), 20 (benådning), 100 (gjerningspersonens død) og 16 annet ledd (tilbaketreden fra forsøk).

867 Bl.a. § 145 (1); § 160 (3); § 189 (3); § 196 (3); § 221 (2); § 226 (2); § 236 (3); § 237 (2) og (3); § 242 (2); § 267 (2); § 277 (4); § 287 (2); § 311 (4); § 318 (3); § 323 (2); § 332 (2); § 346 (2); § 407 (2) og § 410 (2).

868 Eksempler er straffeprosessloven § 176 første ledd annet punktum, jf. straffeloven § 18 tredje ledd; sprøyteromsloven § 4 og hvitvaskingsloven § 27.

består dels av ulovfestede typetilfeller hvor materiell rettsstrid etter omstendighetene vil foreligge, i tillegg til det generelle ulovfestede kravet til materiell rettsstrid.

Det kan innvendes mot en slik dogmatikk at den blir for grovmasket – nærmere bestemt at viktige forskjeller mellom de ulike grunnene som leder eller kan lede til straffrihet, ikke kommer til syne. En fordel er imidlertid at en fellesnevner for disse reglene er at de tilhører skyldspørsmålet, og ikke straffespørsmålet. En modifikasjon er at spørsmålet om hvilken betydning det skal tillegges at det foreligger en straffritaksgrunn, tilhører straffespørsmålet. Likevel er spørsmålet *om* det foreligger en straffritaksgrunn, en del av skyldspørsmålet.⁸⁶⁹ En annen fordel er at svaret på spørsmålet om det foreligger materiell rettsstrid i samtlige av disse kategoriene, i stor grad er om det er forholdsmessig å bruke straff i den konkrete saken. Nærmere bestemt besvares det gjennom en vurdering av om eller i hvilken grad det legitime formålet med kriminaliseringen (rettsgodebeskyttelsen) er skadet ved atferden, samt en vurdering av om et inngrep er egnet, nødvendig og proporsjonalt.

Som nevnt ovenfor må rettsanvenderen alltid vurdere om atferd som rammes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, likevel ikke kan straffes på grunn av manglende materiell rettsstrid. Det følger av Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 at det ved ethvert inngrep i en persons frihet skal gjøres en vurdering av om inngrepet er forholdsmessig. Det samme gjelder ved inngrep i andre beskyttede frihetsretter. I tillegg kommer maktfordelingssynspunktet og den logisk-praktiske kjensgjerningen at lovgiver ikke kan tillegges den mening at all atferd som måtte tenkes å falle inn under gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, skal straffes. I litteraturen er det flere som påpeker at hovedregelen er at straffebud ikke tolkes innskrenkende.⁸⁷⁰ Dette er mer en statistisk observasjon enn en rettsregel. Observasjonen er nok treffende i de tilfeller det er tale om å tolke straffebud som er presist utformet i samsvar med det legitime formålet straffebudet skal beskytte, hvor skyldkravet er forsett, og hvor straffebudet gir en direkte beskyttelse av helt grunnleggende rettsgoder (eksempevis straffeloven § 275 om drap). Er det derimot tale om et straffebud som er vagt og vidt utformet, og hvor kriminaliseringen ikke er utformet tydelig i samsvar med rettsgodet straffebudet skal beskytte, og rettsgodebeskyttelsen ikke varetar helt sentrale rettsgoder som staten har en positiv forpliktelse til å beskytte, øker den praktiske betydningen av vurderinger

869 Nærmere Andenæs/Myhrer 2009 s. 137–144 og Øyen 2022 s. 76–79.

870 Tøssebro 2016 s. 43–44 med videre henvisninger; Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 194–197 og Frøberg 2020 s. 87–88. Se likevel Frøberg 2020 s. 200, hvor det påpekes at det ved vurderingen av om det foreligger straffbar medvirkning, alltid må vurderes om en atferd som i utgangspunktet står i en tilstrekkelig årsaksrelasjon, er materielt rettsstridig og dermed straffbar.

av materiell rettsstrid.⁸⁷¹ Ytterligere et indisium på at vurderinger av materiell rettsstrid må gjøres, får vi dersom vi kombinerer de nevnte forholdene med at uaktsomhet er kriminalisert. Et eksempel er kriminaliseringen av heleri i straffeloven § 332, jf. § 335, som setter straff for den som uaktsomt «mottar eller skaffer seg eller andre del i utbytte av en straffbar handling». Her medfører kravet til materiell rettsstrid at advokaters rett til å motta honorar ikke vil være materielt rettsstridig, selv om det omfattes av lovens ordlyd (herunder uaktsomt mottak).⁸⁷²

I det følgende undersøkes det nærmere hvilken betydning forholdsmessighetsprinsippet har ved bruk av straff i relasjon til skyldspørsmålet. Fokuset rettes mot hvilken betydning de ulike komponentene i forholdsmessighetsvurderingen har ved vurderingen av om atferd som rammes av den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, likevel ikke er straffbar. Kravet om materiell rettsstrid kan artikuleres tydeligst med en kombinasjon av typetilfeller samt fokus på innholdet i vurderingene: om bruken av straff har et legitimt formål, om bruken av straff er egnet til å oppnå formålet, om straffen vil gå lenger enn nødvendig, og om den er proporsjonal.

9.2.5 Kravet om legitimt formål og betydningen for tolking av straffebud

a) Formålet med kriminaliseringen slår ikke til i den konkrete saken

i) Innledning

Som det fremgår ovenfor, må en kriminalisering forankres i et legitimt formål.⁸⁷³ En annen uttrykksmåte er at en kriminalisering må verne et retts gode som er strafferettsrelevant. Vi har videre sett at en kriminalisering bygger på at lovgiver ut fra en statistisk betraktning ser det slik at handlinger som skader det legitime formålet, skal straffes. Lovgiver har imidlertid ikke mulighet til å forutse alle mulige situasjoner hvor atferd rammes av gjerningsbeskrivelsen, men hvor det legitime formålet med kriminaliseringen ikke slår til. Derfor er det påkrevd at denne vurderingen gjøres på rettsanvendernivå. Hvis atferd ikke skader det legitime formålet med kriminaliseringen på noen måte, kan straff ikke brukes i det konkrete tilfellet.⁸⁷⁴ Kravet om materiell rettsstrid er ikke oppfylt.

871 Likedan Tøssebro 2016 s. 49 og Rui 2020 s. 324.

872 Nærmere Rui 2012 s. 191–193.

873 Kapittel 5 punkt 5.1.

874 Likedan Frøberg 2020 s. 85: «Dersom formålet med straffebudet overhodet ikke gjør seg gjeldende, vil straffebudet måtte tolkes innskrenkende.»

ii) Sabuncu og andre mot Tyrkia

Fra EMDs praksis finnes det flere eksempler på at et inngrep ikke kan gjøres hvis det gjøres med grunnlag i en bestemmelse som varetar et legitimt formål, men hvor det legitime formålet ikke gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Et eksempel til illustrasjon er Sabuncu og andre mot Tyrkia.⁸⁷⁵ I 2016 ble klager og ni andre journalister i en riksavis (Cumhuriyet) siktet for å ha begått straffbare handlinger på vegne av terrororganisasjoner. Ni av klagerne ble varetektsfengslet, herunder klager, som var sjefsredaktør. Da Strasbourg behandlet saken, sonet Sabuncu en fengselsstraff for forholdene på sju år og seks måneder. Med unntak av én klager sonet også de andre klagerne fengselsstraffer.

Sabuncu og andre klagerne påstod at varetektsfengslingen av dem hadde vært vilkårlig og i strid med EMK artikkel 5 nr. 1 og 3. Etter en grundig vurdering kom domstolen til at handlingene som lå til grunn for siktelsene (og fengslingene), «fell within the exercise of their freedom of expression and freedom of the press, as guaranteed by domestic law and by the Convention. There is nothing to indicate that they were part of an overall plan pursuing an aim in breach of the legitimate restrictions imposed on those freedoms.»⁸⁷⁶ Det ble også uttalt:

In the Court's view, such an interpretation of the criminal law is not only difficult to reconcile with the domestic legislation recognising public freedoms, but also posed a considerable risk to the Convention system, resulting in any person expressing a view at odds with the views advocated by the government and the official authorities being characterised as a terrorist or a person assisting terrorists. Such a situation is incapable in a pluralist democracy of satisfying an objective observer of the existence of a reasonable suspicion against journalists who are aligned with the political opposition but do not promote the use of violence.⁸⁷⁷

Det er på det rene at kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff (kravet om materiell rettsstrid) leder til frifinnelse dersom et straffebud som skal beskytte liv og helse mot terroranslag, blir benyttet mot journalister for å begrense deres rett til ytringsfrihet.⁸⁷⁸

875 Sak nr. 23199/17, dom 10. november 2020.

876 Avsnitt 175.

877 Avsnitt 179.

878 Likedan bl.a. *Kavala mot Tyrkia*, sak nr. 28749/18, dom 10. desember 2019.

iii) Rt. 2000 s. 1455

Et eksempel fra norsk praksis på at formålet med kriminaliseringen ikke slår til i den konkrete saken, er Rt. 2000 s. 1455. Forholdet var her at to personer og ett barn var på skitur og på vei til å fiske. Underveis kom to personer på snøscooter forbi. De ble tilbudt skyss og fikk transport av seg selv og sitt utstyr. Det var altså ikke inngått noen avtale på forhånd om skyss. Snøscooterkjøringen ble avdekket av Statens fjelltjeneste. Påtalemyndigheten utferdiget forelegg både overfor scooterkjørerne og de to voksne passasjerene for overtredelse av motorferdselloven § 12, jf. § 3. Bestemmelsene setter straff for motorferdsel i utmark, med mindre annet følger av lov eller vedtak med hjemmel i loven. Motorferdsel er i § 2 første ledd definert som «bruk av kjøretøy (bil, traktor, motorsykel, beltebil, snøscooter o.l.)». Passasjerene godtok ikke foreleggene. De ble domfelt i tingretten og frifunnet i lagmannsretten. Påtalemyndigheten anket til Høyesterett, som forkastet anken.

Høyesterett slo først fast at de tiltalte ut fra en rent språklig forståelse av § 3 hadde utøvet «bruk» av snøscooterne. De drog nytte av snøscooterne som transportmiddel. På tross av dette ble det lagt til grunn at «[e]n tilfeldig, vederlagsfri og passiv leilighetstransport uten betydning for snøscooterkjøringen – som det er tale om her – faller etter min mening utenfor straffansvaret».⁸⁷⁹ I tillegg ble følgende uttalt:

Formålsbestemmelsen i § 1, som angir at loven bygger på 'et samfunnsmessig helhetssyn' og tar 'sikte på å verne om naturmiljøet og fremme trivselen', gir etter min mening ikke grunnlag for en mer vidtrekkende anvendelse av § 12 jf. § 3. Jeg peker i den forbindelse på at den ulovlige snøscooterkjøringen ville ha funnet sted selv om de tiltalte ikke hadde latt seg og sitt utstyr bli transportert. Aktor har vist til ressursknapphet hos tilsynet og pekt på at det kan oppstå kontroll- og håndhevelsesproblemer – særlig av bevismessig karakter – hvis § 3 tolkes slik at bestemmelsen ikke omfatter de tiltaltes forhold. Jeg kan imidlertid ikke se at hensyn som de nevnte kan få avgjørende betydning.⁸⁸⁰

Avgjørende for frifinnelsen var altså at formålet med forbudet og kriminaliseringen ikke slo til overfor de to passasjerene. Nærmere bestemt hadde det at de fikk skyss med snøscooterne, ikke på noen som helst måte skadet naturmiljøet. I et slikt tilfelle er det klart at ingen kan dømmes til straff. Straff uten legitimt formål er myndighetsmisbruk. I dette lyset fremstår aktors anførsler om ressursknapphet hos tilsynet og bevisproblemer som problematiske.

879 S. 1457.

880 S. 1457.

iv) HR-2023-1246-A

Tiltalte i HR-2023-1246-A, som var russisk (og britisk) statsborger, var på ferie på Svalbard med båt. Han hadde kjøpt to droner (hver 900 gram). De hadde kamera for foto og video. Han benyttet dronene til å ta bilder fra turen. Ved noen tilfeller var han selv pilot. Han ble satt under tiltale for i perioden 3. august til 6. september 2022 som russisk statsborger å ha brukt dronene. Spørsmålet for Høyesterett var om droneflygingen ble rammet av sanksjonsforskriften⁸⁸¹ § 19 første ledd, som har følgende ordlyd:

Det er forbudt for alle luftfartøyer som drives av russiske luftfartsselskaper, herunder som markedsansvarlig transportør i avtaler om felles rutenummer eller reservasjon av kapasitet, eller for russiskregistrerte luftfartøyer, eller for ikke-russiskregistrerte luftfartøyer som eies, leies eller på annen måte kontrolleres av russiske fysiske eller juridiske personer å lande på, ta av fra eller fly over Norges territorium. Luftfartøyet kan om nødvendig hindres i å forlate landingsplassen (min kursivering).

Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om tiltaltes handlinger ble rammet av ordlyden i bestemmelsen. Førstvoterende, som fikk tilslutning av to dommere, mente at formuleringen «ikke-russiskregistrerte luftfartøyer» også rammet luftfartøyer som overhodet ikke registreres i noe register: «Det kan ikke innfortolkes et vilkår om at luftfartøyet må være registrert i et annet land enn Russland for å rammes av sanksjonsbestemmelsen. Både luftfartøyer registrert i andre land og uregistrerte luftfartøyer er derfor omfattet av forordning (EU) 833/2014 artikkel 3d.»⁸⁸² Et mindretall på to dommere kom til at man med «ikke-russiskregistrerte luftfartøyer» må forstå luftfartøyer som er registrert i et luftfartsregister (men ikke i det russiske). Dermed faller uregistrerte luftfartøyer utenfor ordlyden.⁸⁸³ Når man leser ordlyden i kontekst, er det etter min oppfatning lite tvilsomt at denne forståelsen er korrekt.⁸⁸⁴

Et spørsmål som melder seg, er om førstvoterendes tolking medfører at det legitime formålet med kriminaliseringen i sanksjonsforskriften § 19 ikke slår til overfor ikke-registrerte droner. For å besvare spørsmålet må det legitime formålet med sanksjonsforskriften klarlegges. Allerede ordlyden i § 19 tyder på at formålet

881 Forskrift 15. august 2014 nr. 1076 om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territoriale integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet.

882 Avsnitt 97.

883 Avsnitt 118.

884 Likedan Sætervadet/Bruzelius/Eriksen/Løvlie/Skretting/Tuseth 2023 s. 23–25.

med bestemmelsen er å stanse russisk luftfarts tilgang til norsk territorium, for derigjennom å ramme russisk økonomi.

At formålet med § 19 og de øvrige bestemmelsene i forskriften er å ramme Russlands økonomi, bekreftes når man leser de øvrige bestemmelsene i sanksjonsforskriften. Ytterligere et legitimt formål med forskriften er å forhindre at Russland får tilgang på materiell som kan benyttes i krigen mot Ukraina. Dette bekreftes når man leser forordningen⁸⁸⁵ som forskriften innlemmer i norsk rett. Det overordnede formålet angis i fortalen avsnitt 2, hvor det fremgår at forordningen var nødvendig «for at gjøre Ruslands handlinger med henblik på at underminere Ukraines territoriale integritet, suverenitet og uafhængighed *mere omkostningsfulde* og *fremme en fredelig løsning på krisen*» (mine kursiveringer). Videre fremgår det av fortalens avsnitt 3:

Der bør anvendes restriktioner på eksporten af visse produkter og teknologi med dobbelt anvendelse, jf. Rådets forordning (EF) nr. 428/2009 (4), og på levering af dertil hørende tjenester, og der bør anvendes restriktioner på visse tjenester i forbindelse med levering af våben og militært udstyr, hvis medlemsstaterne har indført en embargo på sådanne varer. Dette forbud bør ikke berøre eksporten af produkter og teknologi med dobbelt anvendelse, herunder til luftfarts- og rumindustrien, til ikkemilitær anvendelse eller en ikke-militære slutbruger.

Vi ser her at et formål med restriksjonene er å forhindre at Russland får tilgang på materiell som kan benyttes i krigen mot Ukraina. Merk at forbudet ikke gjelder eksport av produkter og teknologi med dobbelt anvendelse, herunder til luftfarts- og romindustrien, til ikke-militær anvendelse eller til en ikke-militær sluttbruker. Sanksjonen er spisset opp mot formålet. Unntaket viser at man ved utformingen av tiltaket ikke har ønsket å gå lenger enn det som er nødvendig for å vareta formålet.

I fortalens avsnitt 1 vises det til tidligere forordninger om restriktive tiltak mot Russland. Det uttales at disse tiltakene «omfatter indefrysning af pengemidler og økonomiske ressurser, der tilhører visse fysiske og juridiske personer, enheder og organer, og restriktioner for visse investeringer som reaktion på den ulovlige indlemmelse af Krim og Sevastopol». Videre uttales det i avsnitt 5 om foreliggende forordning: «Der bør ligeledes anvendes restriktioner på adgangen til kapitalmarkedet for visse finansielle institutter, undtagen institutter med base i Rusland, der har international status, og som er etableret ved mellemstatslige aftaler med

885 Rådets forordning (EU) Nr. 833/2014 af 31. juli 2014 om restriktive foranstaltninger på baggrund af Russlands handlinger, der destabiliserer situationen i Ukraine.

Rusland som en af aktionærene. Andre finansielle tjenester, som f.eks. indlånsforretning, betalingstjenester og lån til eller fra de institutter, der er omfattet af denne forordning, men som ikke er omhandlet i artikel 5, er ikke omfattet af denne forordning.»

Her ser vi at det andre legitime formålet med restriksjonene i denne forordningen (og øvrige forordninger) er å ramme Russlands økonomi. Det er også verdt å merke seg at de restriktive tiltakene er utformet på en så effektiv og forholdsmessig måte som mulig. Hva gjelder det siste: Tiltakene holdes innenfor det som man har ansett nødvendig og proporsjonalt for å oppnå det legitime formålet. De restriktive tiltakene er ikke innrettet mot russiske statsborgere, juridiske personer eller organisasjoner eller statsapparatet generelt. Derimot er de innrettet mot utvalgte subjekter innenfor disse gruppene. Det er også gjort unntak for visse finansielle tjenester.

Sammenfatningsvis: De legitime formålene med de restriktive tiltakene mot Russland i forordningene er for det første å forhindre at Russland får tilgang på materiell som kan benyttes i krigen mot Ukraina, og for det annet å ramme Russlands økonomi. Videre er tiltakene spisset; de er søkt holdt innenfor det som er nødvendig og proporsjonalt for å vareta de legitime formålene.

I lys av angivelsen og presiseringen av de legitime formålene med sanksjonsfor-skriften § 19 fremstår Høyesteretts flertalls tolking av bestemmelsen som problematisk. Å straffe tiltalte for å ha flydd en drone på en ferietur på Svalbard varetar ingen av de legitime formålene med bestemmelsen. Vi ser altså et eksempel på at Høyesterett benytter en straffebestemmelse på et saksforhold hvor det legitime formålet med bestemmelsen ikke slår til. Annenvoterende (talsmann for mindretallet) påpeker det samme:

At det overordna føremålet med sanksjonane er å ramme Russlands økonomi – gjennom å ramme russiske verksemdar og russiske borgarar – er opplagt. Men for å fastleggje det nærare verkeområdet for artikkel 3d nr. 1 må ein også identifisere føremålet med dei vilkåra som nettopp denne føreseigna stiller opp. Utan dette vil nærast kva som helst kunne rammast så sant det breie overordna føremålet tilseier det. Føremålet må med andre ord manifestere seg i reguleringa.

Spørsmålet i saka her er kor langt eit forbod som primært skal ramme russisk luftfart, grip inn i den personlege fridomen til russarar som oppheld seg lovleg i Noreg. Det er ikkje slik at sanksjonsforordninga hindrar eller kjem i staden for nasjonal lovgjeving om tryggingstiltak mot spionasje og anna uynskt framferd frå russiske personar. Eg viser særleg til straffelova § 121 om ulovleg etterretningsverksemd og § 126 om anna ulovleg etterretning. Sjølv om det å

hindre innsyn kan grunnge restriksjonar mot russarars bruk av dronar, er det ikkje spor av dette ved vedtakinga av sanksjonsforordninga.⁸⁸⁶

Som annenvoterende påpeker, er det å forhindre ulovlig etterretningsvirksomhet i Norge ikke et relevant formål med sanksjonsforskriften. I alle tilfeller faller beslutninger om beskyttelse av skjermingsverdige objekter fra dronetrafikk innenfor medlemsstatenes – ikke EUs – kompetanseområde.⁸⁸⁷

Førstvoterende, som var talskvinne for flertallet, mente å finne holdepunkter for at det er adgang til generelt å legge vekt på sikkerhetspolitiske hensyn ved tolkingen av straffebudet. Det uttales at sikkerhetspolitiske hensyn generelt trekker i retning av å tolke straffebudet slik at enhver russisk-kontrollert bruk av luftfartøyer i det europeiske luftrommet er forbudt.⁸⁸⁸ Som det fremgår ovenfor, er det ikke holdepunkter for å si at generelle sikkerhetspolitiske hensyn er et legitimt formål med flyforbudet i sanksjonsforskriften § 19. Og som det fremgår ovenfor, medfører tolkingen at personer som ikke har skadet det legitime formålet med forskriften, ilegges straff. At en person straffes kun for å være russisk statsborger og benytte en drone på en ferietur, gjør tolkingen ytterligere problematisk. Som annenvoterende påpeker, er ikke det legitime formålet med sanksjonsregelverket å straffe ulovlig etterretningsvirksomhet. Flertallets tolking reiser problemer både opp mot kravet om likhet for loven i Grunnloven § 98 og opp mot uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 annet ledd, jf. EMK artikkel 6 nr. 2.

v) Øvrig kasuistikk

Et annet eksempel på at straff ikke kan brukes fordi formålet med kriminaliseringen ikke slår til, er i de tilfeller påtalemyndigheten (og rettens øvrige aktører) i forbindelse med en straffesak kommer i besittelse av fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn, fordi fremstillingene er en del av bevisene i straffesaken. Besittelsen rammes av gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 311. Den er imidlertid

886 Avsnitt 121–122.

887 Sætervadet/Bruzelius/Eriksen/Løvlie/Skretting/Tuseth 2023 s. 24.

888 Avsnitt 40, jf. avsnitt 94. Nærmere avsnitt 89–93. Annenvoterendes votum bygger i stor grad på Sætervadet/Bruzelius/Eriksen/Løvlie/Skretting/Tuseth 2023 s. 23–25, men uten at det vises til denne kilden til kunnskap. Se også Geir Ulfstein, «Dronesaken: Høyesterett som utenrikspolitisk aktør?», *Rettt24*, 25.7.2023, <https://rett24.no/articles/dronesaken-hoyesterett-som-utenrikspolitisk-aktor> (sist besøkt 14.2.24). Se også Torkell Sætervadet, «Ny EU-dom avdekker svikt i Høyesteretts resonnement i dronesaken», *Rettt24*, 22.12.2023, <https://rett24.no/articles/ny-eu-dom-avdekker-svikt-i-hoyesteretts-resonnement-i-dronesaken> (sist besøkt 6.5.24).

naturligvis ikke straffbar, fordi det legitime formålet med kriminaliseringen ikke slår til i dette typetilfellet.⁸⁸⁹

Av samme grunn er det ikke straffbart for politiet å være i besittelse av narkotika når stoffet er beslaglagt i forbindelse med en ransaking. Straffriheten strekker seg imidlertid ikke lenger enn formålet tilsier. For eksempel skal en politimann som tar med seg beslaglagt hasj hjem til privat bruk, straffes for besittelse av narkotika.⁸⁹⁰ Ytterligere et eksempel er i de tilfeller domstolene gjør bruk av beviser som er ervervet ulovlig, for eksempel ved datainnbrudd, tyveri mv. Bruk av slike beviser er en overtredelse av gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 332, som rammer «den som mottar [...] utbytte av straffbar handling». En domstols bruk av slike beviser skader ikke det legitime formålet med kriminaliseringen av heleri.

I en sak avgjort av sveitsisk høyesterett var forholdet at A var blitt pågrepet og varetaktsfengslet for mistanke om oppbevaring av 70 gram kokain. Ektefellen visste hvor A hadde gjemt stoffet. Sammen med en annen tømte hun stoffet i et avløp. Ektefellen ble tiltalt for befatning med narkotika, men ble frifunnet.⁸⁹¹ Frifinnelse ville sannsynligvis blitt resultatet også i norske domstoler.⁸⁹² Grunnen er at det legitime formålet med kriminalisering av befatning med narkotika overhodet ikke krenkes dersom en person destruerer det.

En ulovfestet straffrihetsgrunn som er et direkte resultat av at det legitime formålet med kriminaliseringen ikke slår til i et konkret typetilfelle, er skade på egne rettsgoder. Som eksempel kan nevnes at grove voldshandlinger rettet mot egen person, sågar selvdrap, ikke straffes.⁸⁹³ Siden det legitime formålet med å kriminalisere grove voldshandlinger og drap er å beskytte personer mot at slike angrep utøves av andre, har straff i situasjoner hvor personer selv skader egne rettsgoder, ikke noe legitimt formål.

Det er sammenheng mellom kravet om at det legitime formålet med kriminaliseringen gjør seg gjeldende i en konkret sak, og kravet til årsakssammenheng. Gjerningsbeskrivelsen i de aller fleste følgestraffebud inneholder et krav om årsakssammenheng mellom en atferd (årsak) og et resultat (en virkning). Situasjonen i Rt. 2000 s. 1455 kan forklares med at det ikke var årsakssammenheng mellom det at passasjerene aksepterte tilbudet om skyss, og snøscooterkjøringen. Høyesterett viste da også til at «den ulovlige snøscooterkjøringen ville ha funnet sted selv om de

889 Frøberg 2020 s. 85.

890 Frøberg 2020 s. 85–86.

891 Trechsel/Noll/Pieth 2017 s. 138.

892 Se Rt. 2009 s. 1531. I denne saken forutsatte Høyesterett at den som eier et ulovlig formuesgode som narkotika, «blant annet [har] plikt til å destruere det og hindre at det kommer på avveie» (avsnitt 15).

893 Grønning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 202–203 med videre henvisninger.

tiltalte ikke hadde latt seg og sitt utstyr bli transportert». Det er i alle tilfeller innlysende at man ikke kan bruke straff for fullbyrdet overtredelse i de tilfeller atferden ikke i det hele tatt skader det legitime formålet som kriminaliseringen er forankret i.

vi) Krav om legitimt formål og medvirkningsstraff

Bruk av straff uten at det legitime formålet med kriminaliseringen gjør seg gjeldende, har også en side til rekkevidden av medvirkningsansvaret, jf. straffeloven § 15. Selv om det kan fremstå som noe uklart ut fra rettskildene, er begrunnelsen for kriminalisering av medvirkning at medvirkningshandlingen bidrar til å skade det rettsgodet som skades av overtrederen (men ikke i så stor grad som, og på en annen måte enn, overtrederen).⁸⁹⁴ En konsekvens av dette er at hvis

894 I samme retning Grøning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 321–322. Se også Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 96: «I samsvar med departementets grunnsyn på bruken av straff (jf. punkt 7.5), må heller ikke medvirkning kriminaliseres unødige. En generell regel om straffbar medvirkning gjør det nødvendig å vurdere om det i det enkelte straffebud bør gjøres unntak, slik at medvirkning likevel ikke skal være straffbart eller slik at bare utvalgte former for medvirkning skal rammes.» Departementet ser det altså slik at vurderingen av kriminalisering av medvirkning må knyttes an til hvert enkelt straffebud. Begrunnelsen for å kriminalisere medvirkning er da knyttet til det rettsgodet som beskyttes i hvert enkelt straffebud. For et annet syn på begrunnelsen for kriminalisering av medvirkning, se Andenæs 1940 s. 253 og 262. Andenæs begrunnet kriminalisering av medvirkning i at medvirkeren, uavhengig av hovedovertrederen, hadde opptrådt klanderverdig. En medvirker straffes fordi han, uavhengig av en eventuell årsakssammenheng med hovedgjerningen, har lagt sin «samfunnsfarlighet for dagen» (s. 253). Kriminaliseringen av medvirkning får da karakter av et generelt farestraffebud (s. 262). En slik begrunnelse for kriminalisering av medvirkning er for det første vanskelig å forene med en prinsipiell og systematisk (kanskje også logisk) forankring av begrunnelsen for kriminalisering av medvirkning. For det annet har det formodningen mot seg at lovgiver ved 1902-loven hadde som motiv å kriminalisere den som skaper risiko/fare for overtredelse av svært mange straffebud. Til dette kommer at det ofte vil være tale om å kriminalisere medvirkningshandlingen som en type utjenlig forsøk. For det annet er Andenæs' begrunnelse vanskelig å forene med lovgivers motiver ved utformingen av § 15. Det er grunn til å merke seg at Andenæs' begrunnelse er kortfattet. Han tok også en reservasjon etter presentasjonen av sin begrunnelse: «Noen fullstendig forklaring pretenderer disse synspunkter ikke å gi; de representerer bare et beskjedent forsøk på å gi en viss rasjonell overbygning over den naturlige rettsbevissthets utslag» (s. 263). Se også Matningsdal 2023, kommentar til straffeloven § 15, punkt 2: «Straffansvar for medvirkning er *begrunnet* i at også visse handlinger som ikke oppfyller gjerningsinnholdet i straffebudet, er av en slik kvalifisert karakter at de bør omfattes av straffansvaret. Som eksempel nevnes at det ville være uakseptabelt om den som har oppfordret en annen til å begå et drap, men ikke deltar i drapshandlingen, ikke kunne holdes strafferettslig ansvarlig for drapet. Det samme gjelder om man f.eks. har skaffet til veie de redskapene som skulle brukes til den straffbare handlingen med kunnskap om deres videre bruk. Disse eksemplene viser at dersom medvirkning ikke var straffbart, ville lovgiveren bli tvunget til å utforme en langt mer omfattende og kasuistisk straffelovgivning enn tilfellet er i dag.»

(den potensielle) medvirkeren ikke på noen måte har bidratt til at overtrederen skadet rettsgodet, slik at det ikke foreligger noen årsakssammenheng mellom «medvirkerens» handlinger og hovedmannens, kan det ikke dømmes for medvirkning.⁸⁹⁵

Men når inntretr ansvaret for straffbar medvirkning i et årsaksperspektiv? Den herskende meningen i rettspraksis og litteratur er at handlinger som har «virket med», men uten at handlingene har vært en nødvendig betingelse for at overtrederen overtrådte straffebudet, omfattes av medvirkningsansvaret.⁸⁹⁶ Men hva ligger nærmere i å «virke med»? Om den nedre grensen vet vi at det må foreligge en viss årsakssammenheng: Hvis årsakssammenheng mangler, kan medvirkning ikke konstateres. Hva gjelder den øvre grensen, vet vi at det ikke kreves at atferden har vært en nødvendig betingelse for at forbrytelsen fant sted.

895 Bl.a. Matningsdal 2023, kommentar til straffeloven § 15, punkt 3.5, hvor det reises spørsmål om det bør gjelde et årsakskrav: «Som et annet eksempel på at det kan stilles spørsmål ved om det bør gjelde et årsakskrav, nevner jeg at en ransmann innhenter opplysninger hos en vekter om praktiske rutiner på åstedet. Dersom ransmannen i ettertid uttaler at opplysningene overhodet ikke hadde noen praktisk betydning fordi han allerede hadde skaffet seg dem ved egen spaning, kan vekteren bare straffes for forsøk på medvirkning dersom dette legges til grunn og det oppstilles et årsakskrav. Men uansett vil nok retten i et slikt tilfelle lett fristes til å slakke på beviskravet og dømme vekteren for fullbyrdet medvirkning på grunnlag av en presumsjon om at opplysningene faktisk hadde betydning. Til tross for disse motforestillingene er nok konklusjonen likevel at det alltid gjelder et årsakskrav, men at det er langt mindre strengt enn i erstatningsretten.»

896 Slettan/Øie 1997 s. 125: «Det kreves ikke årsakssammenheng mellom medvirkningen og lovbruddet. Medvirkeren kan straffes selv om lovbruddet ville ha skjedd også om han ikke hadde medvirket.» Mæland 2012 s. 125: «Det må antas som sikker rett at det ikke kreves at medvirkningshandlingen har vært nødvendig for forbrytelsens utførelse og fullbyrdelse. Men det må foreligge *delaktighet*.» Se likevel (s. 125): «For fysisk medvirkning er det et grunnkrav for straff at bistanden faktisk virker med i utføringen av hovedgjerningen. Praktiske eksempler kan være en person som kjører ranerne til banken, eller som holder vakt mens ranet blir begått. For psykisk medvirkning må det kreves at gjerningspersonen påvirkes og blir mer innstilt på å utføre lovbruddet – forsøket styrkes. Hvis ikke er det i høyden tale om forsøk på medvirkning.» Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 s. 329: «Det kreves ikke til straffbarhet at medvirkningen har vært *nødvendig* for resultatet, jf. Rt. 1989 s. 1004. Hvis en vil holde fast ved den forutsetning at medvirkerens handling må stå i årsakssammenheng med rettskrenkelse, må en derfor samtidig presisere at det bare er et *medvirkende årsaksforhold* som kreves.» Eskeland/Høgberg 2017 s. 228: «I rettspraksis er det lagt til grunn at den såkalte betingelseslæren ikke kommer til anvendelse for medvirkningshandlinger.» Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 s. 332: «Et krav om en 'nødvendig betingelse' vil imidlertid klart begrense medvirkningsansvaret for mye.» Frøberg 2020 s. 200 uttaler at medvirkningen ikke behøver å ha vært nødvendig for gjennomføringen av primærlovbruddet, men den «må ha inngått i det samlede årsaksbildet. For så vidt gjelder fysisk medvirkning, innebærer dette at medvirkerens handling må ha inngått blant de faktiske forutsetningene for gjennomføringen av primærlovbruddet. Ved psykisk medvirkning må medvirkerens råd, tilskyndelse eller lignende ha inngått i primærforbryterens motivasjonsgrunnlag.»

Et eksempel har tradisjonelt stått sentralt i rettsvitenskapens analyse av grensen mellom straffbar medvirkning og lovlige handlinger: Person A holder, uten at tyven B har bedt om det, vakt mens tyven begår innbrudd. Kan A straffes for medvirkning til tyveriet? Hagerup besvarer spørsmålet benektende. Han skriver at

ingen handling kan begrunde strafferettslig ansvar for et retsstridigt resultat, naar den ikke staar i et aarsagsforhold til dette. Om en strafbar samvirken kan derfor alene være tale for deres vedkommende, hvis handlinger har bidraget til at fremkalde resultatet. Den, der yder en bistand, som efter omstændighederne ingen betydning har havt (f.ex. forretter en upaakaldet og unødige vagttjeneste under gjerningens udførelse), har ikke medvirket til resultatet. Og det samme gælder den, der har opfordret til eller billiget en allerede besluttet forbrydelse. Heller ikke vil i saadanne tilfælde forsøgsstraf være anvendelig, da denne efter strl. § 49 forudsætter, at 'forbrydelsen ei er fuldbyrdet'.⁸⁹⁷

Dette er i samsvar med det som er utviklet ovenfor: Siden vaktholdet ikke utgjorde noe bidrag til å skade rettsgodet, finnes det ikke noe legitimt formål med å straffe ham.

Andenæs gikk imidlertid i rette med denne oppfatningen. Han endret eksemplet noe: A har bestemt seg for å begå innbrudd. Underveis treffer han B. A ber B om å holde vakt under innbruddet. B er villig. Innbruddet går etter programmet, og Bs varslingsjeneste viser seg å være en overflødig sikkerhetsforanstaltning. Andenæs drøfter og konkluderer med at selv om vaktholdet ikke var nødvendig for at forbrytelsen fant sted, skal B dømmes for medvirkning.⁸⁹⁸ Det er interessant at Andenæs opererer med en annen begrunnelse for medvirkningsansvar enn at medvirkningshandlingen bidrar til å skade det rettsgodet som overtrederen skader:

Når man ikke gjør straffbarheten avhengig av at slik årsaksforbindelse i det enkelte tilfelle kan påvises, vil dette omsatt i den vanlige strafferettslige terminologi si, at man her egentlig har med å gjøre et faredelikt [...]. Tilsvarende faredelikter har nå lovgivningen skapt også på andre områder hvor den har funnet behov for det. På samme måte som det er straffbart å tilskynde en person til å begå forbrytelser, er det etter strl. § 152, straffbart å tilsette vannløp, hvorfra drikkevann tas, sunnhetsskadelige stoffer. På samme måte som det er straffbart å hjelpe til ved en forbrytelse og derved generelt sett øke chansen for at den skal lykkes, er det straffbart å kjøre bil med over 60 kilometers fart i

897 Hagerup 1911 s. 196–197.

898 Andenæs 1940 s. 249–263.

timen. Noen fullstendig forklaring pretenderer disse synspunkter ikke å gi; de representerer bare et beskjedent forsøk på å gi en viss rasjonell overbygning over den naturlige rettsbevissthets utslag.⁸⁹⁹

Å begrunne kriminalisering av medvirkning med at det er en generell kriminalisering av farefremkallelse, er noe vesensforskjellig fra å forankre begrunnelsen i at medvirkeren bidrar til å skade rettsgodet overtrederen skader. Det er riktig at straffelovgivningen i nærmere bestemte situasjoner kriminaliserer fare gjennom faredelikter. Det er likevel et stort steg å legge til grunn at kriminaliseringen av medvirkning hviler på en idé om at farefremkallelse i form av atferd som ikke rammes av ordlyden i et straffebud, er kriminalisert ved bruk av termen «medvirker». Andenæs' begrunnelse gir en meget vid avgrensning av medvirkningsansvaret.

At Andenæs tok til orde for at også atferd som ikke har vært noen som helst medvirkende årsak til overtredelse av straffebud straffes, har nok bidratt til at straffansvaret for medvirkning er blitt svært vidtrekkende. I Rt. 1982 s. 1315 var faktum at A var tiltalt for å ha medvirket til innføring av ca. 50 kilo hasj. Sammen med tre andre hadde hun vært om bord på seilbåten som ble brukt for å frakte stoffet fra Marokko til Norge. Da hasjen kom om bord, var A klar over at de andres hensikt var å innføre partiet til Norge. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at A var skyldig i straffbar medvirkning: «Også det å koke mat, holde tingene i orden og i det hele bistå med seilingen må i den situasjonen som forelå sees å være en straffbar medvirkning.»⁹⁰⁰ Et flertall på fire dommere kom til at dette var en riktig lovforståelse. I denne saken var As handlinger helt unødvendige for at innførsel av narkotika til Norge skulle skje. Hun hadde da på ingen måte skadet rettsgodet som beskyttes i straffebestemmelsen som kriminaliserer innførsel av narkotika.

En sak med lignende faktum er Rt. 1989 s. 1004. A hadde her vært med to andre på båtturen til Danmark. Da de ankom Danmark, gikk de to andre i land og kom tilbake først et døgn senere. A spurte hva de hadde foretatt seg, uten å få noe ordentlig svar, men han fikk forståelse av at jo mindre han visste, jo bedre var det. Han ble domfelt for medvirkning til innførsel av ca. 4,5 kilo hasj. Høyesteretts flertall på fire dommere kom til at det at A fysisk var med på å føre båten hjem til Norge, var tilstrekkelig for medvirkningsansvar. Det ble også presisert at det ikke var krav om at As bidrag var nødvendig for å få gjennomført narkotikasmuglingen, eller om at domfelte medvirket psykisk. Heller ikke i denne saken hadde tiltalte på noen måte bidratt til å skade rettsgodet. Smuglingen ville funnet sted uansett.

899 Andenæs 1940 s. 262–263.

900 S. 1317.

Slik jeg ser det, er forklaringen på det vidtrekkende medvirkningsansvaret i disse avgjørelsene (også en del andre) at det legges til grunn en helt generell regel om at atferd som ikke har vært en nødvendig betingelse for at et resultat inntrådte, har «virket med» til å skade rettsgodet som er beskyttet i straffebudet. Atferd som ikke har vært en nødvendig betingelse for at et resultat har inntrådt, har generelt karakter av et (utjenlig) forsøk, og ikke av medvirkning eller forsøk på medvirkning til overtredelse av et straffebud.⁹⁰¹

Lovgiver burde gjennomgå og begrense straffansvaret for medvirkning, slik at man ikke straffedømmer personer for medvirkning i situasjoner hvor det legitime formålet med medvirkningsansvar ikke gjør seg gjeldende. Nærmere bestemt bør ikke atferd som ikke har hatt noen som helst innvirkning på overtrederens skade av rettsgodet, kunne straffes som fullbyrdet medvirkning. Slik bruk av straff bærer preg av myndighetsmisbruk og er uforholdsmessig. En begrensning av området for det straffbare vil også være effektivt og ressursbesparende. De begrensede ressursene som er til rådighet ved kriminalitetsbekjempelse, bør brukes der behovet er størst.⁹⁰²

b) Et annet formål enn det lovgiver har lagt til grunn for kriminaliseringen, slår til

Kan domstolene ilegge straff med grunnlag i et annet formål enn det lovgiver har angitt som det legitime formålet med kriminaliseringen? Svaret må være benektende. Grunnen er at det er den demokratisk valgte lovgiver som har kompetanse til å ta stilling til hvilke legitime formål som skal begrunne en kriminalisering. Hvis domstolene skulle sette seg i lovgivers sted og straffe ut fra andre formål enn det lovgiver hadde bestemt, ville det vært i strid med maktfordelingssynspunktet. Vi ser at det er nær sammenheng mellom kravet til legalitet på strafferettens område, jf. Grunnloven § 96 første ledd, nærmere bestemt analogiforbudet, og forbudet mot å ta i betraktning andre formål enn det lovgiver har lagt til grunn for kriminaliseringen ved tolking av straffebudet.

Det samme følger av rettspraksis. Som nevnt ovenfor har Høyesterett i flere avgjørelser uttalt at det er «naturlig å anse det for å foreligge en generell rettsstridsreservasjon som innebærer at loven ikke får anvendelse der det må legges til grunn at ordlyden rekker *lenger enn det som har vært meningen å ramme som straffbart*» (min kursivering).⁹⁰³ Hva lovgiver har ment at skal være straffbart,

901 Rui 2021b s. 170.

902 Rui 2021b s. 172.

903 Rt. 2012 s. 686 avsnitt 59. Se også Rt. 2000 s. 646 på s. 652 og HR-2022-2104-A avsnitt 24.

følger av det formålet lovgiver har angitt med kriminaliseringen. Domstolene kan da ikke på egen hånd utvide eller endre på det formålet som ligger til grunn for kriminaliseringen.

c) Krav om at det ved tolkingen utvises lojalitet til det legitime formålet lovgiver har angitt for kriminaliseringen

Siden det er formålet angitt av lovgiver som er bestemmende for tolkingen av straffebudet, er det på det rene at domstolene ikke kan bruke dette formålet som et «skalkeskjul», og så straffe ut fra vikarierende formål. I denne sammenhengen er EMDs storkammerdom i Merabishvili mot Georgia⁹⁰⁴ interessant. I oktober 2012 tapte partiet UNM parlamentsvalget i Georgia. Klager var da statsminister for UNM. To uker etter valget ble klager valgt til generalsekretær i UNM, som nå var blitt det største opposisjonspartiet i Georgia. I desember 2012 igangsatte påtalemyndigheten strafforfølgning av blant annet klager for mistanke om bedragerier og misbruk av offentlig myndighet. Klager ble varetektsfengslet på grunn av unndragelsesfare. I løpet av fengslingsperioden ble klager på natten brakt til et sted hvor han møtte blant annet Riksadvokaten. Han ble da spurt ut om han hadde informasjon om mulige straffbare forhold begått av andre politikere, blant annet personen som hadde vært president da klager var statsminister, Saakhashvili.

Klager ble dømt til fengselsstraff på fem år og fikk forbud mot å ha en offentlig stilling i ett og et halvt år. Han ble senere siktet og domfelt for andre forhold. Strafforfølgningen av klager og andre medlemmer av UNM ble kritisert for å være delvis politisk motivert av blant annet NATO, EU-kommisjonen, OSCE og Europarådet.

Klager anla sak for EMD og påstod at arrestasjonen og frihetsberøvelsen av ham var i strid med EMK artikkel 5 nr. 1, jf. artikkel 18. Artikkel 18 slår fast: «The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.» Klager anførte at formålet med strafforfølgningen (og fengslingen) hadde vært å fjerne ham fra politikken, nærmere bestemt å forhindre at han stilte som presidentkandidat ved valget i 2013.

Det var på det rene at det var rimelig mistanke om at klager hadde begått de straffbare handlingene han ble fengslet for, og at det var unndragelsesfare. EMD kom da også til at det ikke forelå noe brudd på EMK artikkel 5 nr. 1.⁹⁰⁵ Derimot ble det konkludert med at det på et tidspunkt i fengslingsperioden ikke forelå

904 Sak nr. 72508/13, storkammerdom 28. november 2017.

905 Avsnitt 208.

tilstrekkelige grunner for fortsatt fengsling, og at det hadde skjedd en krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 3.

Ved drøftelsen av EMK artikkel 18 presiserte domstolen at spørsmålet var om og eventuelt i hvilken grad artikkel 18 var til hinder for at staten kunne gripe inn i EMK-rettigheter i tilfeller hvor det forelå et legitimt formål, og i tillegg et illegitimt formål. EMD konkluderte med at

a restriction can be compatible with the substantive Convention provision which authorises it because it pursues an aim permissible under that provision, but still infringe Article 18 because it was *chiefly meant for another purpose that is not prescribed by the Convention*; in other words, if that other purpose was predominant. Conversely, if the prescribed purpose was the main one, the restriction does not run counter to Article 18 even if it also pursues another purpose (min kursivering).⁹⁰⁶

EMD kom til at hovedformålet med arresten og varetektsfengslingen i starten ikke hadde som hovedformål å fjerne klager fra deltakelse i politikken. Situasjonen endret seg imidlertid i løpet av fengslingsperioden. Hovedformålet med fengslingen ble på et tidspunkt at myndighetene skulle få informasjon og beviser om andre mulige straffbare handlinger. Fra dette tidspunktet forelå det en krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 1, jf. artikkel 18.⁹⁰⁷

Dommen viser at selv om staten har et legitimt formål med inngrep (herunder bruk av straff), er det i strid med EMK artikkel 18 å bruke dette legitime formålet for å oppnå et annet formål som er illegitimt, dersom sistnevnte er hovedformålet med inngrepet.

9.2.6 Kravene om egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet ved tolking av straffebud

a) Innledning

Ovenfor er det redegjort for fordelene det medfører å operere med materiell rettsstrid som et grunnvilkår for straff. Videre er fordelene med å fokusere på sammenhengen mellom kravet om materiell rettsstrid og forholdsmessighet fremhevet.⁹⁰⁸ Fokuset i det følgende er å undersøke nærmere og illustrere hvilken funksjon kravene til egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet har og kan ha ved tolking av straffebud.

906 Avsnitt 305.

907 Avsnitt 353–354.

908 Punkt 9.2.2.

b) Rt. 2003 s. 687

Spørsmålet i denne saken var om straffeloven § 192 første ledd bokstav b) rammet et tilfelle der en mann fortsatte å ha seksuell omgang med en kvinne som opprinnelig var med på dette frivillig, men som etter hvert hadde sovnet. Bestemmelsen rammet den som «har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner er ute av stand til å motsette seg handlingen», altså såkalt sovevoldtekt. Lagmannsretten hadde dømt tiltalte til en fengselsstraff på ett år, hvorav fem måneder ubetinget.

Førstvoterende uttalte innledningsvis at atferden ble rammet av ordlyden i bestemmelsen. Det var ikke veiledning i forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur. Det medførte at «[r]eelle hensyn, og hensynet til konsekvenser av lovtolkningen, må få betydning».⁹⁰⁹ Førstvoterende kom til at lagmannsrettens lovtolking ikke var riktig, og begrunnet det slik:

Jeg peker på den ene siden på at situasjonen utvilsomt kan oppleves som krenkende for den fornærmede i ettertid. *Hvis forholdet ikke rammes, innebærer det også at den fornærmede ikke får strafferettslig vern for på ethvert tidspunkt å kunne velge bevisst å delta eller ikke delta i seksuelle handlinger.* Og gjerningspersonen vil ofte måtte sies å ha opptrådt klart klanderverdig.

Men på den annen side er det spørsmål om å anvende meget alvorlige lovbestemmelser, rettet mot det lovgiveren betegner som voldtekt. Straffen er fengsel inntil ti år når det som i vår sak er tale om seksuell omgang som ikke er samleie. Er den seksuelle omgangen samleie, gjelder det en minstestraft på fengsel i to år. Situasjonen i vår sak atskiller seg etter min mening klart fra de typetilfellene som voldtektsbestemmelsene særlig skal ramme, og som det også er vanlig å tenke på som voldtekt. *Samtidig er situasjonen neppe upraktisk, verken i etablerte parforhold eller i ungdomsmiljøer som i vår sak: et par starter seksuelle handlinger som begge ønsker, men den ene sovner, på grunn av beruselse eller tretthet, uten at det fører til at den andre avbryter disse handlingene.*

Jeg er kommet til at det er *så stor forskjell i graden av krenkelse og klanderverdighet sammenliknet med det som typisk rammes som voldtekt etter § 192*, at det vil være å gå for langt å la også disse forholdene rammes. Dette må likevel gjelde med visse presiseringer. Dels må straffriheten avhenge av at gjerningspersonen ikke har gått over til mer inngripende handlinger etter at partneren har sovnet. Hadde for eksempel den tiltalte i vår sak gjennomført et samleie med den fornærmede etter at hun var sovnet, ville det vært straffbart – og da etter annet ledd bokstav a i § 192. Et annet forbehold, som antakelig ikke er

særlig praktisk viktig, må nok gjøres for tilfeller der bevisstløsheten inntreffer som følge av et epileptisk anfall, en ulykke eller liknende (min kursivering).⁹¹⁰

I et forholdsmessighetsperspektiv kjenner vi igjen vurderingen av i hvilken grad det legitime formålet med kriminaliseringen slår til, dels i første avsnitt og dels i siste avsnitt. Det legitime formålet med kriminaliseringen av sovevoldtekt er å gi et strafferettslig vern av den seksuelle selvbestemmelsesretten (seksuell autonomi).⁹¹¹ I avsnitt 15 påpeker førstvoterende at hvis forholdet ikke rammes, innebærer det at fornærmede «ikke får strafferettslig vern for på ethvert tidspunkt å kunne velge bevisst å delta eller ikke delta i seksuelle handlinger». Sagt med andre ord: Ved ikke å straffe i et tilfelle hvor den seksuelle omgangen fortsetter etter at den som har samtykket til seksuell omgang, har sovnet, gis ikke den seksuelle selvbestemmelsesretten (det legitime formålet med kriminaliseringen) fullt ut vern. I avsnitt tre presiseres det at det legitime formålet med kriminaliseringen likevel i begrenset grad slår til for det foreliggende saksforholdet: Det er en stor forskjell i graden av krenkelse og klanderverdighet i denne saken sammenlignet med hva som typisk rammes som voldtekt. Det er treffende: Straffelovens bestemmelse om sovevoldtekt har ikke som formål å ramme enhver krenkelse av den seksuelle selvbestemmelsesretten, men er reservert til å ramme de aller groveste krenkelsene. Det fremgår både av ordlyden i de alternativene som rammes, av bestemmelsens plassering, som den første og groveste i kapittel 19 om seksualforbrytelser, samt av at mindre kvalifiserte krenkelser av den seksuelle selvbestemmelsesretten er kriminalisert i de øvrige straffebudene i kapittel 19.

Resonnementet i annen setning fokuserer på proporsjonaliteten. Både at det er tale om å bruke en meget alvorlig straffebestemmelse, og at overtredelse straffes svært strengt, er forhold som støtter at tiltalte ikke kan dømmes for sovevoldtekt i dette konkrete tilfellet.

Også her ville resonnetmentet kunne tjene på en strukturering ut fra komponentene i forholdsmessighetsvurderingen. Nærmere bestemt kunne drøftelsen av i hvilken grad det legitime formålet med kriminaliseringen gjør seg gjeldende, vært samlet. Det kunne også vært påpekt tydeligere at formålet med § 192 er å ramme de groveste krenkelsene av den seksuelle selvbestemmelsesretten. Man ville da tydeligere fått presisert styrken av statens legitime behov for å straffe handlingen som voldtekt. I et forholdsmessighetsperspektiv er det også relevant at handlingen ikke vil være straffri om den ikke rammes av § 192b. Å ha samleie med en person som sover, vil rammes av straffeloven § 200 første ledd. I en vurdering av

910 Avsnitt 15–17.

911 Nærmere Jacobsen 2023 s. 18–31.

proporsjonaliteten vil statens legitime behov for å straffe tilfellet som sovevoldtekt stå så svakt at det ikke kan veie mer enn tiltaltes interesser.

c) *Rt. 2012 s. 686*

Faktum i *Rt. 2012 s. 686* var i korthet at to «day-tradere» hadde funnet en svakhet i programmeringen av en aksjerobot hos et meglerfirma. Når de innga en rask rekke kjøpsordrer på mindre poster i lite likvide aksjer hvor meglerfirmaet lå inne med både salgs- og kjøpsordre, økte roboten både kjøps- og salgskursen for hver ny kjøpsordre. De tiltalte fikk deretter ut en gevinst ved tilbakesalg til meglerfirmaet til den høyere kjøpskursen.

Muligheten til å manipulere frem kursendring og hente ut gevinst gjennom kjøps- og salgsprosessen med Timber Hills aksjerobot skyldtes først og fremst programmeringen av roboten. Det var også sentralt at aksjene var illikvide – det vil si at det ikke var mange andre kjøpere og selgere i markedet som forstyrret prisutviklingen de tiltalte tilsiktet ved sin handlemåte. I tillegg måtte hele transaksjonskjeden gjennomføres raskt – gjerne i løpet av noen få minutter – for å unngå at eventuelle andre handlende skulle bryte mønsteret.

Spørsmålet for Høyesterett var om atferden var å anse som en overtredelse av verdipapirhandelloven § 3-8 første, jf. annet ledd. Førstvoterende, som var talsmann for flertallet på tre, kom til at det hadde skjedd en overtredelse av ordlyden i § 3-8 annet ledd nr. 1 første alternativ⁹¹² og § 3-8 annet ledd nr. 1 annet alternativ.⁹¹³

Ved drøftelsen av materiell rettsstrid viste førstvoterende til at det er en lovfestet spesiell rettsstridsreservasjon for forhold som faller inn under § 3-8 annet ledd nr. 1. Imidlertid kunne bestemmelsen ikke anses å regulere rettsstridsreservasjonen uttømmende: «Etter norsk rett er det som nevnt naturlig å anse det for å foreligge en generell rettsstridsreservasjon som innebærer at loven ikke får anvendelse der det må legges til grunn at ordlyden rekker lenger enn det som har vært meningen å ramme som straffbart, jf. Andenæs, Alminnelig strafferett, femte utgave side 155.»⁹¹⁴ Hva gjaldt det nærmere innholdet i rettsstridsvurderingen, viste førstvoterende til at det var få holdepunkter i forarbeidene for å avgjøre hvilke momenter som var relevante ved rettsstridsvurderingen. Heller ikke andre rettskilder gav særlig veiledning til vurderingen om hvor den nedre grensen for det straffbare skulle trekkes.⁹¹⁵

912 Avsnitt 40.

913 Avsnitt 45.

914 Avsnitt 59.

915 Avsnitt 63–64.

Det nærmeste førstvoterende kom, var at det måtte «oppstilles en rettsstridsreservasjon som medfører at man unngår uheldige utslag av de vidtrekkende reglene. Ut fra formålet med markedsmissbrukreglene mener jeg at særlig sentrale momenter i vurderingen av om handlingen er over terskelen for det ulovlige må være *hvordan handlingen blir vurdert i markedet* og om handlingen har påført – eller har hatt potensial til å påføre – *markedet skade*. Men – som jeg skal komme tilbake til – vil også andre momenter ha betydning» (mine kursiveringer).⁹¹⁶ Førstvoterendes konkrete vurdering av materiell rettsstrid (subsumsjon) fremkommer slik:

(71) Flere forhold trekker i retning av at vi står overfor ulovlig markedsmanipulasjon i dette tilfellet. De tiltaltes klare hensikt om å manipulere prisen, taler for at forholdet er rettsstridig. Det er heller *ikke mulig å peke på et aktverdig formål med manipulasjonen* – et formål som i seg selv skulle gjøre handlingene legitime. At det i forskriften § 3-2 første ledd bokstav e er særlig fremhevet at det skal legges vekt på om ‘... transaksjoner finner sted i løpet av et kort tidsrom ... og medfører en kursendring som på et senere tidspunkt reverseres’, må også tillegges vekt ved rettsstridsvurderingen.

(72) På den annen side har de sakkyndige – og en rekke andre markedsaktører – gitt uttrykk for at de tiltaltes handlemåte anses allment akseptert i markedet. *Handlemåten er dessuten med på å fremme lovens formål ved å fjerne en ineffisiens i markedet*, ved at Timber Hill sluttet med sin irrasjonelle justering av kursen ved enhver transaksjon og uavhengig av om hele volumet blir omsatt. Dette kan også formuleres som at de tiltalte ikke manipulerer, men reagerer på en ineffisiens i markedet – i tråd med markedets grunnleggende måte å fungere på. I forlengelsen av dette er det naturlig å peke på at også en del av den ordinære handelen på børsen er basert på å forutse og tilpasse seg andre aktørers handlemåte. Den fremgangsmåten de tiltalte benyttet har et slektskap med disse handlemåtene, noe som taler mot å straffesanksjonere.

(73) Jeg viser også til at de tiltalte handlet i *full åpenhet*. Det ble ikke gitt uriktige opplysninger. Den kursøkningen man fikk var en konsekvens av aksjerobotens programmering – som de tiltalte riktignok benyttet seg av, men under full åpenhet. Dette er forhold som trekker i retning av at de tiltaltes handlinger ikke bør straffes.

(74) Videre tillegger jeg det vekt at de tiltalte har vært *små aktører, og at deres handlemåte har hatt lite skadepotensiale (sic) for markedet som sådan*. Etter de sakkyndiges oppfatning har det forhold at de tiltalte overveiende tok ut mindre enn tilgjengelig volum, medført at andre aktører ikke har oppfattet signaler om

916 Avsnitt 69.

at prisen bør være en annen enn det den var på de gitte tidspunktene. Hadde de tiltalte tatt ut alt tilgjengelig volum på beste prisnivå, kunne dette ha vært tolket av andre markedsaktører som om prisen i det øyeblikket var for lav, og at man kunne vente en prisøkning. Noe slikt villedende signal ble altså ikke gitt ved de tiltaltes handlemåte. Dette har igjen medført at *de tiltaltes handlemåte ikke har påvirket prisbildet i markedet utover den kortvarige svingningen mens manipulasjonen foregikk. Deres handlemåte var altså lite egnet til å skade markedet.*

(75) Ved avgjørelsen av rettsstridsspørsmålet finner jeg også grunn til å se saken i sammenheng med utviklingen i børshandelen de senere årene, der store aktører har tatt i bruk datateknologi for å effektivisere sine handler på børs. Ved programmering av sine handelsroboter vil de ulike aktører forsøke å optimalisere sitt handlingsmønster for i størst mulig grad å oppnå en tilleggsgevinst ved denne tekniske effektivisering av handelen. Det vil kunne være en forretningsmessig korrekt beslutning å velge løsninger som har innebygget som en kostnad den mulighet at motparter som opptrer rasjonelt i forhold til det programmerte handlemønster, vil kunne oppnå gevinst som motpart i transaksjoner med vedkommende aktør. Alternativet kan ha kostnadseffekt som overstiger konsekvensene av ufullkommenheten i programmeringen. *Det er ikke uten betenkeligheter å legge straffesanksjonerte begrensninger på de øvrige investorers muligheter for å tilpasse seg et forhåndsprogrammert handlemønster (min kursivering).*⁹¹⁷

Sett gjennom et «forholdsmessighetsprisme» er et sentralt omdreiningspunkt for drøftelsen ovenfor det *legitime formålet* med kriminaliseringen – nærmere bestemt i hvilken grad det legitime formålet med kriminaliseringen slår til i denne saken. I første avsnitt brukes det som moment mot materiell rettsstrid at atferden (isolert sett) ikke har et aktverdig formål. I annet avsnitt presiseres det at når man ser nøyere på saken, er faktisk de tiltaltes handlemåte med på å fremme lovens formål, ikke å angripe og skade formålet. Også argumentene i fjerde avsnitt sorterer under det legitime formålet med kriminaliseringen: Siden de tiltalte var små aktører, hadde handlingene lite potensial til å skade det legitime formålet. Videre hadde handlingene ikke påvirket prisbildet i markedet ut over den kortvarige svingningen mens manipulasjonen foregikk. Handlemåten var, som førstvoterende sier, lite egnet til å skade det legitime formålet med kriminaliseringen.

Førstvoterende vurderer ikke eksplisitt i hvilken grad bruk av straff i dette saksforholdet er *egnet* til å vareta det legitime formålet. Ut fra det som sies om svakheten i det legitime formålet, er det likevel ganske klart at bruk av straff i nokså

917 Avsnitt 71–75.

liten grad ville vært egnet til å vareta det legitime formålet med kriminaliseringen i denne saken. Det gjøres heller ikke vurderinger av om bruk av straff er å gå lenger enn *nødvendig*. Men på samme måte som ved vurderingen av egnethet: Når det legitime formålet med kriminaliseringen i så liten grad som her gjør seg gjeldende, medfører det at bruk av straff går lenger enn nødvendig.

I femte avsnitt tar førstvoterende i betraktning frihetsinteressen når det uttales at det ikke er uten betenkeligheter å legge straffesanksjonerte begrensninger på øvrige investorers muligheter for å tilpasse seg et forhåndsprogrammert handlemønster.

Etter min vurdering ville drøftelsen av materiell rettsstrid i denne saken tjent på en strukturering ut fra forholdsmessighetsvurderingens komponenter. Drøftelsen ville blitt mer strukturert, mer poengtert og mer presis.

d) HR-2019-1715-A

I HR-2019-1715-A var tiltalte blitt domfelt i tingretten og lagmannsretten for overtredelse av straffeloven § 311, som setter straff for befatning med fremstillinger som seksualiserer barn. Grunnlaget var at han hadde kjøpt en sexdukke som så ut som et barn. Den var på ca. 100 cm og ble markedsført som et sexleketøy.

Høyesterett kom til at sexdukken var en fremstilling som seksualiserte barn. Tiltalte anførte at domstolene ikke burde ilegge straff i denne saken. Det ble vist til at fagpersoner hadde ment at en slik dukke-substitutt kunne være tilstrekkelig for å forhindre reelle overgrep. Til det bemerket Høyesterett: «Lovgiver har imidlertid vedtatt at det er straffbart å fremstille et barn som seksualobjekt. Det er derfor ikke nødvendig for meg å drøfte nærmere om en slik dukke kan hindre overgrep, eller om befatning med dukken i stedet kan virke ansporende på potensielle gjerningspersoner eller bidra til å alminneliggjøre seksuelle overgrep mot barn.»⁹¹⁸ Det var derfor ikke noen «forhold som tilsier at lovbestemmelsen bør tolkes innskrenkende».⁹¹⁹

Det kan settes spørsmålstegen ved om det var forholdsmessig å bruke straff i denne saken. Det legitime formålet med kriminaliseringen i § 311 er å beskytte barn mot seksuelle overgrep.⁹²⁰ I 2017 tok Justiskomiteens flertall opp om det kunne være hensiktsmessig å tydeliggjøre at befatning med slike dukker er straffbart. Komiteens flertall (Høyre, Fremskrittspartiet, Kristelig Folkeparti) viste til at Tolletaten hadde beslaglagt 21 sexdukker fremstilt som barn som norske borgere

918 Avsnitt 28.

919 Avsnitt 29.

920 Innst. O. nr. 66 (2004–2005) s. 3.

hadde bestilt. Deretter ble det vist til at Kripos i en pressemelding hadde uttalt at «det å bestille sexdukker utformet som et barn er en indikasjon på at de som bestiller dukkene har en seksuell tiltrekning til barn. Videre så er dukkene svært virkelighetsnære, og det er *mulig* at seksuell omgang med dukkene kan bryte ned barrierer mot å begå overgrep mot barn» (min kursivering).⁹²¹ Komiteens flertall viste til at dette var en «urovekkende utvikling», og var «i likhet med Kripos *bekymret for* at tilgang på slike dukker kan bryte ned barrierer mot å begå overgrep mot barn. Flertallet mener også det er grunn til å tro at flere av de som bestiller dukkene, også begår annen kriminalitet relatert til barn» (min kursivering).⁹²²

Det er på det rene at det legitime formålet med straffebudet i foreliggende sak er svakt fundert. Det eneste holdepunktet for at personer som kjøper sexdukker som ser ut som barn, kunne krenke det legitime formålet med kriminaliseringen, var at Kripos i en pressemelding hadde uttalt at det var «mulig» at seksuell omgang med dukkene kunne bryte ned barrierer mot å begå overgrep mot barn. Dette fremstår som løse antakelser. I tillegg kommer at fagpersoner hadde ment at en slik dukke kunne være tilstrekkelig for å forhindre reelle overgrep.⁹²³

Med et så svakt legitimt formål fremstår bruk av straff som lite egnet til å realisere et eventuelt formål. Et mindre inngripende tiltak i dette tilfellet ville være å beslaglegge dukkene, og ikke i tillegg straffe kjøperne. Når statens legitime behov for straff står så svakt som her, kan det ikke veie tyngre enn tiltaltes frihetsinteresse. Dermed er bruk av straff i denne saken uforholdsmessig. Straff for kjøp av sexdukker som fremstiller barn, kan ikke alene tuftes på at kjøp av slike dukker er moralsk forkastelig.⁹²⁴

Høyesterett uttalte at lovgiver har vedtatt at det er straffbart å fremstille barn som seksualobjekter, og at det derfor ikke er nødvendig å drøfte om det legitime formålet med kriminaliseringen (å forhindre overgrep mot barn) slår til. Det er en feilslutning. Det kan (naturligvis) ikke overlates til en politisk beslutning om bruk av sexdukker som fremstiller barn, medfører risiko for overgrep mot barn. I alle tilfeller var en slik mulighet i denne saken kun noe som var antydnet som «mulig» av Kripos i en pressemelding. Hvis det skal være en realitet i at straff

921 Innst. 247 S (2016–2017) s. 26.

922 Innst. 247 S (2016–2017) s. 26.

923 Nærmere Hendriks-Lundh 2023 s. 101–104 om det (manglende) faktiske grunnlaget for at bruk av slike sexdukker øker risikoen for overgrep mot barn.

924 Likedan NOU 2022: 21 s. 235: «Hvis det er slik at denne typen fremstillinger ikke medfører noen økt risiko for overgrep mot barn, og til og med kan forebygge reelle overgrep, er det etter rådets syn tvilsomt om den moralske fordømmelsen av befatningen med slike fremstillinger alene kan forsvare en kriminalisering. Rådet oppfordrer departementet til å vurdere disse spørsmålene nærmere på bakgrunn av tilgjengelig forskning på området.» Se også Revheim 2023 s. 187–189 og Jacobsen 2023 s. 43.

må forankres i et legitimt formål og være forholdsmessig, må domstolene avstå fra å bruke straff når forholdene ligger an som i denne saken.

e) *HR-2022-2104-A*

I HR-2022-2104-A var en mann (55 år på gjerningstidspunktet) tiltalt for blant annet å ha kjøpt seksuelle tjenester fra fem jenter under 18 år, hvorav to fylte 18 år i løpet av perioden domfellelsen gjelder. En av jentene var 15 år da kontakten ble innledet. Å kjøpe seksuelle tjenester fra mindreårige er kriminalisert i straffeloven § 309. Kriminaliseringen er forankret i et solid legitimt formål, som er å beskytte barn mot seksuell utnyttning.⁹²⁵

Men siden tiltalte kjøpte seksuelle tjenester av to av jentene etter at de hadde fylt 18 år, måtte Høyesterett ta stilling til om han kunne dømmes for overtredelse av § 316, som kriminaliserer kjøp av seksuelle tjenester fra voksne. Kjøpene ble rammet av gjerningsbeskrivelsen, og det måtte tas stilling til om kravet om materiell rettsstrid var oppfylt. Høyesterett startet drøftelsen med å klarlegge lovgivers formål med kriminaliseringen. Det ble vist til at særlig bekjempelse av menneskehandel, men også seksuell utnyttning av sårbare voksne, hadde stått sentralt i begrunnelsen for kriminaliseringen.

Høyesterett reiste så spørsmålet om dette innebar at straffebudet var begrenset til å beskytte spesielt utsatte eller sårbare mennesker, slik at det ikke rammet kjøp av seksuelle tjenester generelt. Om dette ble følgende uttalt:

Dette er drøftet i høringsnotatet om kriminalisering av sex-kjøp fra juli 2007. I høringsnotatet, side 6, gikk departementet inn for å kriminalisere kjøp av seksuelle tjenester generelt, og ikke avgrense straffebudet til 'kjøp av sex av spesielt utsatte og sårbare mennesker'. Som begrunnelse ble det vist til at kjøp av seksuelle tjenester er *uønsket* uansett årsak til at den enkelte selger dette. Departementet fremhevet at skadevirkningene ikke er begrenset til bestemte grupper, og at også andre enn ofre for menneskehandel *kan* være i en sårbar posisjon. *Likhets hensyn*, sammen med *hensynet til straffebudets effektivitet*, tilsa derfor at det ikke skulle skilles mellom ulike grupper som selger seksuelle tjenester (mine kursiveringer).⁹²⁶

Høyesterett konkluderte med at det ikke var tvilsomt at kjøp av seksuelle tjenester der årsakskravet er oppfylt, er straffbart etter norsk rett, uansett om den som yter tjenesten, er spesielt sårbar eller ikke.

925 Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 8.

926 Avsnitt 28.

Uttalelsene i høringsnotatet som det vises til, er vanskelige å forene med at kriminalisering av kjøp av seksuelle tjenester fra personer som på ingen måte er i en sårbar situasjon, bygger på et legitimt formål. Å vise til at kjøp av seksuelle tjenester er «uønsket» uansett årsak til at den enkelte selger seksuelle tjenester, er ikke noen som helst begrunnelse for kriminaliseringen. Hvis det skulle være fritt frem for lovgiver å kriminalisere handlinger fordi de var «uønskede», ville kravet om at en kriminalisering må forankres i et legitimt formål, ikke ha noen funksjon. Og når kriminaliseringen, som her, griper inn i retten til privatliv, jf. EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102, er det et konstitusjonelt krav at kriminaliseringen må forankres i et legitimt formål.

Videre fremholdes det i høringsnotatet at skadevirkningene for selger ikke er begrenset til bestemte grupper, men at også andre enn ofre for menneskehandel «kan» være i en sårbar posisjon. Dette er riktig. Men det kan ikke tas til inntekt for at kriminalisering av sexkjøp også skal gjelde i tilfeller hvor det er klart at selger ikke er i en sårbar situasjon.

Hva gjelder henvisningen til likhetshensyn, er heller ikke dette et legitimt formål for å straffe sexkjøp i situasjoner hvor selger ikke på noen måte er sårbar. Kravet om likhet går som kjent ut på at like tilfeller skal behandles likt (et forbud mot usaklig forskjellsbehandling). Det er ingen tvil om at det er stor forskjell på å straffe den som kjøper sex fra noen i en sårbar situasjon, og den som kjøper sex fra en person som ikke er i en slik situasjon, og faktisk ønsker å selge seksuelle tjenester.

Det eneste legitime formålet med kriminaliseringen er da effektivitetshensyn, som det vises til i høringsnotatet. Nærmere bestemt kan det by på utfordringer å bevise om den som selger seksuelle tjenester, er i en sårbar situasjon eller ikke.

I foreliggende sak hadde tiltalte kjøpt sex av begge jentene som var over 18 år, også før de fylte 18 år. Det var stor aldersforskjell mellom tiltalte og jentene. Selv om det var tale om såkalt «sugardating», hadde relasjonene et klart preg av at en eldre mann utnytter unge jenter som ønsker penger. Relasjonene hadde et utpreget transaksjonspreg. I et slikt tilfelle mener jeg at det må legges til grunn at formålet med straffebestemmelsen, å beskytte sårbare personer, slår til. Beviskravet i straffesaker skaper ikke noen utfordringer for en slik konklusjon.

Etter min oppfatning burde Høyesterett gjort en grundigere vurdering av det legitime formålet med kriminaliseringen, og vurdert om og i hvilken grad formålet slo til i saken. Videre blir Høyesteretts konklusjon for vidtgående når det konkluderes med at det ikke er tvilsomt at kjøp av seksuelle tjenester der årsakskravet er oppfylt, er straffbart etter norsk rett, uansett om den som yter tjenesten, er spesielt sårbar eller ikke. Sett at domstolene skulle få forelagt seg en tiltale hvor en person har kjøpt seksuelle tjenester fra en ressurssterk person som selger seksuelle tjenester. Det er åpenbart at selger har ønsket å selge seksuelle tjenester. Situasjonen kan

eksempelvis være at kjøper er sårbar og ressurs svak, og ikke har noen annen måte å ha et seksualliv på, for eksempel på grunn av funksjonshemming.⁹²⁷ Å kriminalisere kjøp av seksuelle tjenester er et inngrep i kjøpers privatliv, jf. EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Ut fra de farene kriminalisering utsetter selgerne for,⁹²⁸ er det nærliggende at kriminaliseringen også er et inngrep overfor selgerne. Når det ikke kan påvises at noen legitime formål med kriminalisering slår til, vil bruk av straff være i strid med artiklene. Både kjøpers og selgers menneskerettigheter vil være krenket.

f) HR-2023-604-A

I HR-2023-604-A hadde tiltalte deltatt i en fredelig demonstrasjon i det åpne publikumsområdet i Helse- og omsorgsdepartementet til støtte for miljøsaken. Etter å ha nektet å forlate lokalet ble hun pågrepet og holdt frihetsberøvet i politiarrest i 6 timer og 40 minutter før hun ble løslatt. Hun ble deretter ilagt en bot i forelegg på 6000 kroner for overtredelse av politiloven § 30 nr. 1, jf. § 5, for å ha unnlat å rette seg etter pålegg gitt av politiet. Hun ble frifunnet i tingretten. I lagmannsretten ble hun domfelt. Straffen var en bot på 11 800 kroner, med en subsidiær fengselsstraff på 15 dager.

Tiltalte anket til Høyesterett. Hun gjorde gjeldende at hun måtte frifinnes fordi bruk av straff ville være i strid med EMK artikkel 11.

Høyesterett la innledningsvis til grunn at bruk av straff i denne saken var et inngrep i forsamlingsfriheten vernet i EMK artikkel 11. Ved drøftelsen av forholdsmessighet markerte Høyesterett innledningsvis at «strafferettslige reaksjoner mot lovbrudd under demonstrasjoner som er beskyttet av artikkel 11, krever altså særlig gode grunner ('particular justification') for å kunne anses forholdsmessige. Kravet til særlig gode grunner gjelder også for straffesanksjoner mot sivil ulydighet.»⁹²⁹

Høyesterett gjør deretter en grundig vurdering av proporsjonaliteten av bruk av straff i den konkrete saken.⁹³⁰ Det drøftes og konkluderes med at politiets pålegg

927 Se Sindre Leganger, «Funksjonshemmede Ola Schröder Røyset kjøper sex i Danmark», *Aftenposten*, 20.8.2015, <https://www.aftenposten.no/amagasinet/i/l9EG/funksjonshemmede-ola-schroeder-roeyset-kjooper-sex-i-danmark> (sist besøkt 14.2.24). I Tyskland har partiet Die Grünen tatt til orde for at det offentlige bør dekke funksjonshemmedes kjøp av seksuelle tjenester, slik situasjonen er i Nederland, se *Die Zeit*, «Grüne fordern Sex auf Rezept für Pflegebedürftige», 8.1.2017, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-01/sexualassistenzen-gruene-sex-schwerkranke>, sist besøkt 14.2.24).

928 Nærmere kapittel 8 punkt 8.2.6.

929 Avsnitt 41.

930 Avsnitt 52–76.

ikke var uforholdsmessig. Deretter undersøkes pågripelsen og den etterfølgende frihetsberøvelsen. Et sentralt moment her er at frihetsberøvelsen varte i 6 timer og 40 minutter. Frihetsberøvelsen hadde ikke hjemmel i politiloven § 8, som setter en yttergrense for frihetsberøvelse på 4 timer. Det var heller ikke hjemmel i straffeprosessloven for frihetsberøvelsen.

Høyesterett konkluderte med at «idømmelse av straff i form av bot, sett i lys av den forutgående pågripelsen og frihetsberøvelsen, vil innebære et uforholdsmessig inngrep i As rett til å delta i fredelige forsamlinger og demonstrasjoner, jf. Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11». ⁹³¹

Dommen viser at i de tilfeller EMK-retten foreskriver at det gjøres en forholdsmessighetsvurdering ved bruk av straff i konkrete saker, gjør Høyesterett nettopp det. Dommen illustrerer på en god måte nødvendigheten av at bruk av straff i konkrete saker undergis en vurdering av om det forholdet som rammes av ordlyden (formell rettsstrid), oppfyller kravet til materiell rettsstrid.

9.2.7 Konklusjon og vurdering

Kravet om bruk av straff i konkrete saker og kravet om materiell rettsstrid som vilkår for straff har samme funksjoner og likt innhold. Materiell rettsstrid kan og bør benyttes som et grunnvilkår for straff i strafferettens ansvarslære.

En sentral komponent i kravet om forholdsmessighet er at bruk av straff må vareta et legitimt formål. I de tilfeller formålet med en kriminalisering ikke slår til i et konkret saksforhold, er bruk av straff alltid uforholdsmessig. En undersøkelse av Høyesteretts praksis viser at domstolen i noen tilfeller har forholdt seg til dette grunnleggende prinsippet (Rt. 2000 s. 1455). I andre tilfeller burde det vært gjort grundigere vurderinger av det legitime formålet med kriminaliseringen og vært vurdert i hvilken grad formålet slo til i den konkrete saken (HR-2022-2104-A). Det finnes også eksempler på at straff er brukt selv om det legitime formålet med en kriminalisering ikke slo til i den konkrete saken (HR-2023-1246-A). Det er avdekket flere typetilfeller som viser behovet for et krav om at straff ikke benyttes i tilfeller hvor det legitime formålet med en kriminalisering ikke slår til i en konkret sak. Det er presisert at straff heller ikke kan brukes i de tilfeller hvor et annet formål enn det lovgiver har lagt til grunn for kriminaliseringen, slår til. Det må også vises lojalitet ved tolkingen av det legitime formålet som lovgiver har lagt til grunn for kriminaliseringen.

Det er videre klargjort i hvilken grad Høyesterett ved rettsanvendelsen forholder seg til kravene om egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet ved tolkingen

931 Avsnitt 77.

av straffebud. I tilfeller hvor det er klart at bruk av straff er et inngrep i en grunnlovs- eller konvensjonsbasert frihetsrett, gjør Høyesterett grundige vurderinger av forholdsmessigheten av bruk av straff (HR-2023-604-A). Også i tilfeller hvor Grunnloven eller EMK-retten ikke er trukket inn direkte som rettskilde, er det eksempler på at Høyesterett gjør grundige forholdsmessighetsvurderinger ved bruk av straff (Rt. 2003 s. 687 og Rt. 2012 s. 686). Likevel er det også eksempler på at det ikke gjøres forholdsmessighetsvurderinger – og hvis det var blitt gjort, er det godt mulig at saken ikke ville endt med domfellelse, men med frifinnelse (HR-2019-1715-A).

Større fokus på sammenhengen mellom kravet om materiell rettsstrid og forholdsmessighet vil gi en høyere kvalitet på vurderingen av skyldspørsmålet. Ikke minst vil det medføre flere materielt og juridisk riktige rettsavgjørelser.

9.3 FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPETS BETYDNING VED STRAFFUTMÅLING I KONKRETE SAKER

9.3.1 Tradisjonelt: ensidig fokus på allmennprevensjon ved straffutmåling

I kapittel 5 var temaet hvilke formål som er legitime ved ileggelse av straff. Det ble blant annet påpekt at allmennprevensjon har vært og er et helt sentralt straffutmålingsmoment i det norske rettssystemet. Det ble videre vist til at bruken av allmennprevensjon som straffutmålingsmoment er problematisk – pragmatisk sett fordi det ikke finnes noen kunnskap om hvorvidt bruk av straff, og straffens størrelse, har allmennpreventiv effekt. Prinsipielt sett fordi det å straffe en person for å avskrekke andre fra å begå kriminalitet reiser problemer opp mot menneskeverdet: Staten benytter en person som et redskap/objekt for å oppnå en målsetting.⁹³²

Det ble videre vist til at det i nyere litteratur er uttrykt kritikk mot at et fremtredende formål med straff er allmennprevensjon. Den samme litteraturen løfter frem kravet om forholdsmessighet, og da særlig proporsjonalitet, som det viktigste legitime formålet med bruk av straff, spesielt ved straffutmåling i konkrete saker.⁹³³

I kapittel 8 ble det påvist at ensidig fokus på allmennprevensjon og helt manglende vurderinger av proporsjonalitet ved innføring av minstestraft for voldtekt til samleie i straffeloven § 293 hadde ledet til en uholdbar situasjon ved straffutmåling. Et illustrerende eksempel som ble nevnt, er Rt. 2013 s. 853, hvor en 18 år gammel mann ble dømt til to års fengsel for såkalt sovevoldtekt, jf. straffeloven § 191b. Det faktiske grunnlaget var i korthet at han, mens fornærmede sov, hadde ført

932 Kapittel 5 punkt 5.2.2.

933 Kapittel 5 punkt 5.2.2.

én til tre fingre inn og ut av hennes vagina. Fornærmede våknet ikke av handlingen, som pågikk i om lag ti minutter. Tiltalte og fornærmede hadde tidligere hatt et kjæresteforhold, og fornærmede overnattet hos tiltalte. Grunnlaget for straffutmålingen var uttalelser i lovforarbeider, hvor det ble gitt detaljerte regler for straffutmåling. Blant annet var det uttalt at normalstraffenivået for voldtekter ikke burde være under fengsel i fire år, og at det skulle gjelde også ved sovevoldtekt. Selv om det ikke ble sagt eksplisitt, er det klart at den bærende begrunnelsen for straffskjerpingen var allmennpreventive hensyn. Som påpekt ovenfor har Hansen uttalt at Høyesterett i dommen distanserer seg fra den humane strafferettspleien, som har lange tradisjoner i norsk rett. Etter min vurdering var straffutmålingen så ute av proporsjoner at Høyesterett burde tolket forarbeidene i lys av EMK artikkel 8 og utmålt en vesentlig lavere straff.⁹³⁴ Dette er blitt påpekt av flere, og Straffelovrådet har nå foreslått å oppheve bestemmelsen om minstestraft på tre år for voldtekt til samleie i straffeloven § 292.⁹³⁵

I kjølvannet av blant annet denne dommen er det skjedd en ikke ubetydelig utvikling i Høyesteretts straffutmålingspraksis. Som vi skal se, står kravet om proporsjonalitet ved straffutmåling sentralt i utviklingen.

9.3.2 Ny tendens: større fokus på proporsjonalitet ved straffutmåling

a) HR-2021-2145-A

HR-2021-2145-A gjaldt straffutmåling for en 22 år gammel mann som var dømt for å ha hatt seksuell omgang med ei jente på 15 og et halvt år. De ble kjærester da hun var 15 år og 5 måneder, mens han var 22 år og 7 måneder. De møttes hos felles venner. Begge hadde hatt kjærester tidligere. Forholdet ble oppdaget av politiet da de avhørte jenta som mulig fornærmet i en straffesak som ikke hadde noe med tiltalte å gjøre. Hun fortalte da at hun var kjæreste med tiltalte, og at de hadde hatt seksuell omgang. Tiltalte forklarte seg som henne og erkjente seg skyldig.

I lagmannsretten forklarte A at det hadde vært tungt for begge to etter at saken kom opp. Han hadde kjøpt hus og var engstelig for om han ville miste jobben og huset om han måtte sone. Både hennes mor og hans foreldre hadde hele tiden akseptert forholdet. Jenta forklarte seg i tilrettelagt avhør for politiet. Hun sa at tiltalte betydde mye for henne, og at han bare var snill og god. På spørsmål om hvem som tok initiativ til seksuell omgang, sa hun at «det er hun som sitter her det». De to var fortsatt kjærester. Jenta gikk på videregående skole åtte mil fra der

934 Kapittel 8 punkt 8.3.3.

935 Kapittel 8 punkt 8.3.3.

A bodde. Hun bodde på hybel, men reiste til A og var sammen med ham i helgene og i ferier. Hun ønsket ikke at han skulle i fengsel, og hadde ikke krevd erstatning.

Straffeloven § 302 første punkt slår fast at «[d]en som har seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år, straffes med fengsel inntil 6 år, hvis ikke forholdet også rammes av andre bestemmelser». I tingretten ble tiltalte dømt til fengsel i fem måneder. Etter anke satte lagmannsretten straffen til 120 timer samfunnsstraff. Påtalemyndigheten anket til Høyesterett og gjorde gjeldende at det ikke var grunnlag for samfunnsstraff. Det ble lagt ned påstand om fengsel i 120 dager.

Høyesterett forkastet påtalemyndighetens anke, slik at straffen idømt av lagmannsretten ble stående. Ved drøftelsen av om kriminaliteten kunne møtes med samfunnsstraff, eller om det var nødvendig med fengselsstraff, uttalte Høyesterett: «Straffen må fastsettes slik at det blir forholdsmessighet mellom handling og straff.»⁹³⁶ Dette er, meg bekjent, første gang at Høyesterett så klart og tydelig har gitt uttrykk for kravet om forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff ved straffutmåling. Allmennprevensjon nevnes ikke i domsgrunnene. Tvert om viser Høyesteretts drøftelse at omdreiningspunktet for straffutmålingen er nettopp proporsjonalitet.

Det er også interessant å merke seg at Høyesterett uttaler følgende: «Det vernede rettsgodet i vår sak er integriteten til fornærmede. Sett hen til kjæresteforholdet, som er uten innslag av utnyttelse, samt jentas egne ønsker, må det legges til grunn at inngrepet i hennes integritet er lite. Dette gjør etter mitt syn at samfunnsstraff er en egnet – og forholdsmessig – strafferettslig reaksjon på lovbruddet. Selv om samfunnsstraff med 120 timer er en mildere straff enn fengsel, er også dette en følbart reaksjon.»⁹³⁷ Vi ser her at Høyesterett tar i betraktning at det legitime formålet med bruk av straff i liten grad gjør seg gjeldende i saken. Vi ser også at Høyesterett gjør en vurdering av egnethet ved valg av straffereaksjon. Hvis Høyesterett i denne saken hadde lagt avgjørende vekt på hensynet til allmennprevensjon, er det liten tvil om at straffen ville blitt ubetinget fengsel, med en lengde som den som ble idømt i tingretten.

b) HR-2022-731-A

HR-2022-731-A, som er behandlet i andre sammenhenger ovenfor,⁹³⁸ dreide seg om straffutmåling for en tung rusavhengigs besittelse av fire gram heroin til eget bruk. I tingretten ble tiltalte dømt til fengsel i 54 dager. Tiltalte anket til lagmannsretten. Her ble anken nektet fremmet, samt at begjæring om omgjøring ble nektet.

936 Avsnitt 29.

937 Avsnitt 30.

938 Kapittel 3 punkt 3.3.2.

Tiltalte anket til Høyesterett, som opphevet begge beslutningene.⁹³⁹ Høyesterett viste til at synet på straffereaksjoner for rusavhengige hadde endret seg de senere årene. Etter utvalgets syn burde lagmannsretten vurdert om den straffen som tingretten hadde utmålt, var i samsvar med nyere praksis og det rådende synet på straffereaksjoner for rusavhengige i dag.

Lagmannsretten fastsatte straffen til betinget fengsel i 14 dager. Aktor hadde da lagt ned påstand om at anken skulle forkastes, altså at riktig straff var fengsel i 54 dager.

Påtalemyndigheten anket til Høyesterett. I ankeerklæringen gjorde påtalemyndigheten gjeldende at riktig reaksjon var fengsel i 54 dager. I skranken for Høyesterett la likevel aktor ned påstand om straffutmålingsfrfall, jf. straffeloven § 61. Samtidig opplyste aktor i skranken at påtalemyndigheten etter denne saken normalt ville reagere med påtaleunntatelse i tilsvarende saker.

Ved drøftelsen av straffutmålingen viste Høyesterett innledningsvis til at det var bred politisk enighet i Stortinget om at det er lite hensiktsmessig å straffe rusavhengige for bruk og besittelse av narkotika til eget bruk. Deretter uttalte Høyesterett: «Straffen skal være rimelig og forholdsmessig. Synet på hva som er en riktig straff, er preget av allmenne retts- og verdioppfatninger i samfunnet og vil kunne endre seg over tid. Verdisyn som er uttalt av Stortinget, må anses som et autoritativt uttrykk for den alminnelige rettsfølelsen. Det er på denne bakgrunn bred enighet om at domstolene må følge opp signaler om straffutmåling fra Stortinget som er gitt i forbindelse med en lovgivningsprosess.»⁹⁴⁰

Som vi ser, tas det utgangspunkt i kravet om forholdsmessighet mellom lovbrudd og straff. I prinsippet kunne Høyesterett ha kommet til samme resultat ved å vise til allmennprevensjon. Nærmere bestemt kunne Høyesterett ha sagt at allmennpreventive hensyn, ut fra Stortingets endrede syn på bruk av straff overfor tunge rusavhengige, ikke lenger hadde nevneverdig vekt. En grunn til at Høyesterett benyttet kravet om proporsjonalitet ved straffutmålingen kan være at forsvarer hadde anført at bruk av straff i denne saken var et inngrep i retten til privatliv, jf. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Førstvoterende (med tilslutning av de øvrige dommerne) uttalte at han hadde «vanskelig for å se at straff for befatning med narkotika kan være et inngrep etter artikkel 8».⁹⁴¹ Det ble likevel drøftet om

939 HR-2021-1469-U.

940 Avsnitt 43. Se også lignende i HR-2022-981-A avsnitt 62, som gjaldt utmåling av bøtestraff, hvor utmålingen av bot i utgangspunktet var regulert av et bøtedirektiv: «Men sjølv om bøtedirektivet gjev rettleiing, må Høgsterett fastsetja det retten meiner er korrekt straff. Reaksjonen må stå i forhold til kor alvorleg lovbrøtet er. Allmennpreventive omsyn tilseier ein markert og følbar reaksjon.»

941 Avsnitt 34.

kriminaliseringen og bruk av straffebestemmelsen var i samsvar med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Og siden bestemmelsene ikke bare krever at bruk av straff er forholdsmessig, men også at det samme gjelder straffutmålingen, er det nødvendig å avgjøre straffutmålingen ut fra kravet om forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff.

c) *HR-2022-2225-A*

HR-2022-2225-A gjaldt straffutmåling for overtredelse av straffeloven § 291 bokstav b). Etter en fuktig kveld på byen hadde tiltalte blitt med fornærmede hjem for å sove. Til tross for at hun hadde gjort det klart at det ikke skulle skje noe seksuelt mellom dem, våknet hun av at tiltalte hadde én eller flere fingre inne i skjeden hennes. Handlingen ble straks avbrutt.

I tingretten ble tiltalte dømt til fengsel i to år og elleve måneder. Han anket til lagmannsretten. Her ble straffen skjerpet til fengsel i tre år og tre måneder. Både tiltalte og påtalemyndigheten anket til Høyesterett. Aktor (Riksadvokaten) la ned påstand om fengsel i to år og fem måneder. Høyesterett reduserte straffen i samsvar med aktors påstand.

Som vi har sett ovenfor, hadde Høyesterett i to avgjørelser fra 2013 etablert normalstraffenivået for innføring av én eller flere fingre i skjede: fengsel i tre år og tre måneder.⁹⁴² Et vesentlig premiss for reduksjonen fra tre år og tre måneders fengsel til to år og fem måneder er kravet om forholdsmessighet. Høyesterett startet ikke med å ta utgangspunkt i det etablerte normalstraffenivået fra 2013. I stedet ble det først uttalt at minstestrafen for voldtekt ikke kommer til anvendelse i saker hvor tiltalte har brukt én eller flere fingre. Det ble så vist til en avgjørelse fra 2009⁹⁴³ som gjaldt et ganske annet faktum enn i foreliggende sak (straffutmåling for seksuell omgang med mindreårig datter), hvor Høyesterett hadde uttalt at straffutmåling må skje blant annet «under hensyn til de særlige omstendighetene i den enkelte sak».⁹⁴⁴ Deretter ble det fremholdt: «Det at straffutmålingen også må skje ut fra 'de særlige omstendighetene i den enkelte sak', er et uttrykk for det grunnleggende strafferettslige prinsippet om at straffen skal være rimelig og stå i forhold til forbrytelsen, det såkalte forholdsmessighetsprinsippet, jf. eksempelvis HR-2021-2145-A avsnitt 29.»⁹⁴⁵

942 Rt. 2013 s. 848 avsnitt 19 og Rt. 2013 s. 853 avsnitt 11.

943 Rt. 2009 s. 1412.

944 Avsnitt 22.

945 HR-2022-2225-A avsnitt 17.

Etter å ha referert til lovgivers anvisninger om straff for overtredelse av § 291 bokstav b) og rettspraksis uttalte Høyesterett under overskriften «Anvendelsen av normalstraffenivået – reelle hensyn» at forarbeidene og rettspraksis tilsa at den typen overgrep man stod overfor, skulle straffes strengt. Imidlertid: «Høyesteretts angivelse av et normalstraffenivå innebærer likevel ikke at det strafferettslige forholdsmessighetsprinsippet er satt til side. Det må følgelig også sees hen til de nærmere omstendighetene rundt handlingen og derved til straffverdigheten av det forholdet saken gjelder.»⁹⁴⁶

Etter en konkret vurdering, hvor det blant annet ble lagt vekt på at innføringen av minst én finger i fornærmedes skjede var en kortvarig impulshandling, og at tiltalte gav uttrykk for angert, ble straffen satt til to år og fem måneder.

Uten bruken av kravet om proporsjonalitet mellom forbrytelse og straff ville Høyesterett neppe kunnet komme til dette resultatet. Som nevnt la Høyesterett i Rt. 2013 s. 848 og Rt. 2013 s. 853 til grunn at det skulle gjelde et normalstraffenivå på tre år og tre måneder for slike handlinger. Faktum i sistnevnte avgjørelse er meget likt faktum i foreliggende sak. Høyesterett forsøkte å skille de to sakene i faktum ved å vise til at det i denne saken var tale om en kortvarig impulshandling.

Argumentet er etter min vurdering ikke særlig overbevisende. Begge sakene gjaldt en ung tiltalt (yngre i 2013-saken) og overgrep begått mot en jevnaldrende kvinne. Det var også et vennskapsforhold mellom tiltalte og fornærmede i begge sakene. I begge sakene våknet ikke fornærmede av handlingene. Om det var tale om en impulshandling, er i noen grad subjektivt, men fornærmede hadde gjort det klart før hun sovnet, at det ikke var aktuelt med sex, og tiltalte var klar over det. Videre forsøkte tiltalte å snu fornærmede tilbake da hun snudde seg mot veggen. Mindretallet på én dommer påpekte at disse omstendighetene fratir handlingen impulsreg.⁹⁴⁷ Mindretallet kom til at straffen skulle settes til tre års fengsel.

d) HR-2023-298-A

Tiltalte i HR-2023-298-A hadde ført en elsparkesykkel med en promille på 0,8. Tingretten ila en straff på 14 dager betinget fengsel og en bot på 70 000 kroner (utgangspunkt i 1,5 brutto månedslønn). Tiltalte ble også fradømt retten til å føre førerkortpliktig motorvogn for en periode på 12 måneder. Det ble pålagt full ny førerprøve som vilkår for gjenerverv av førerretten. Tiltalte anket saken, men anken ble forkastet. Tiltalte anket til Høyesterett over reaksjonsfastsettelsen. For Høyesterett la påtalemyndigheten (Riksadvokaten) ned en svært mye lavere

946 Avsnitt 43.

947 Avsnitt 80.

påstand enn påtalemyndigheten tidligere hadde gjort: en bot på 15 000 kroner, subsidiært fengsel i 15 dager og tap av førerretten.

Høyesterett kom til at boten skulle settes til 15 000 kroner, og at det ikke skulle illegges tap av førerrett. Hovedgrunnen til at Høyesterett reduserte straffen så mye, var vektleggingen av forholdsmessighet mellom lovbrudd og straff. Høyesterett viste til at det ved utmålingen av straffen særlig skulle tas hensyn til graden av påvirkning og hvilke farer kjøringen hadde medført. «Dette er i tråd med den betydelige vekt som det i strafferetten generelt legges på forholdsmessighet mellom handling og straff.»⁹⁴⁸ Høyesterett har i tidligere avgjørelser ikke uttalt seg i så klare ordelag om betydningen av forholdsmessighet ved straffutmåling.

Når forholdsmessighetsprinsippet brukes som sentralt premiss ved straffutmålingen, ligger det i dagen at straffen for promillekjøring med elsparkesykkel må settes vesentlig lavere enn for promillekjøring med bil. Potensialet for skade som kan oppstå ved promillekjøring med elsparkesykkel, kan ikke sammenlignes med skadepotensialet ved promillekjøring med bil. Høyesterett viste også til undersøkelser som viser at elsparkesyklister har en høyere risiko for selv å bli skadet, mens risikoen for å skade andre er svært lav.⁹⁴⁹

Det kan umiddelbart fremstå som ganske selvfølgelig at resultatet måtte bli som det ble i denne saken. Det er imidlertid verdt å huske at både tingretten og lagmannsretten utmålte samme straff som for promillekjøring med bil. Det gir mening hvis man ved straffutmålingen legger avgjørende vekt på allmennprevensjon og ikke tar i betraktning forholdsmessighet. Ødmann Borgmo påpeker om dommen at bruk av forholdsmessighetsprinsippet i den konkrete straffutmålingen er en utvikling fra tidligere praksis: «Mitt inntrykk er at prevensjonsbetraktninger har vært dominerende i domspremissene både i tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett.»⁹⁵⁰

9.3.3 Konklusjon og vurdering

Avgjørelsene undersøkt ovenfor viser etter min vurdering en betydelig styrking av forholdsmessighetsprinsippets betydning ved straffutmåling. Den første avgjørelsen som tydelig gir uttrykk for forholdsmessighetsprinsippets betydning, er HR-2021-2145-A. Etter sigende skal det ha vært kontroversielt innad i Høyesterett om nettopp denne nøkkelsetningen skulle inntas i domspremissene: «Straffen må fastsettes slik at det blir forholdsmessighet mellom handling og straff», se avsnitt 29.

948 Avsnitt 16.

949 Avsnitt 20.

950 Borgmo 2023 s. 141.

Etter på ny å ha benyttet forholdsmessighetsprinsippet som styrende for straffutmålingen i HR-2022-731-A kommer den sterke, klare og generelle uttalelsen om at det gjelder et «grunnleggende strafferettslig prinsipp» om at straffen skal være rimelig og stå i forhold til forbrytelsen, «det såkalte forholdsmessighetsprinsippet». Den sterke betoningen av forholdsmessighetsprinsippets betydning ved straffutmåling følges opp i HR-2023-298-A. Her uttales at det ved straffutmåling for promillekjøring med elsparkesykkel særlig skal tas hensyn til graden av påvirkning og hvilke farer kjøringen har medført, og at det er i tråd med «den betydelige vekt som det i strafferetten generelt legges på forholdsmessighet mellom handling og straff», se avsnitt 16.

Når man tar i betraktning at før 2021 og langt tilbake har hensynet til allmennprevensjon vært det fremtredende straffutmålingsprinsippet i Høyesteretts praksis (og rettspraksis ellers), må det sies at vi har vært vitne til en ganske rask og sterk reorientering mot forholdsmessighet som et grunnleggende strafferettslig prinsipp med betydelig vekt ved straffutmåling.

Høyesterett benytter termen «forholdsmessighet». Det er på det rene ut fra avgjørelsene ovenfor at det er tale om proporsjonalitet i snever forstand: at det må være et rimelig forhold mellom lovbruddet og straffen som utmåles. I HR-2021-2145-A brukes også de øvrige kriteriene i forholdsmessighetsvurderingen. Nærmere bestemt vises det til at det vernede rettsgodet i saken var integriteten til fornærmede. Sett hen til kjæresteforholdet, som var uten innslag av utnyttning, samt jentas eget ønske, ble det lagt til grunn at inngrepet i hennes integritet var lite. Det Høyesterett her gjorde, var å ta i betraktning at det legitime formålet med kriminaliseringen i liten grad slo til i denne konkrete saken. Videre ble det vist til at samfunnsstraff var en straffeform som var egnet til å vareta formålet.

Et forhold som er gjennomgående i avgjørelsene ovenfor, er at fokuset på forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff gjorde det mulig å utmåle ganske mye lavere straff enn det som var blitt utmålt i de lavere rettsinstansene.

Med det økte fokuset på forholdsmessighet ved straffutmåling har Høyesterett brakt oss nærmere andre rettssystemer hva gjelder grunnprinsipper for straffutmåling. Som påpekt ovenfor har vi til nå i Norge vært ganske alene om å (direkte) legge stor vekt på allmennpreventive hensyn ved straffutmåling.⁹⁵¹

Utviklingen er etter min vurdering udelt positiv. Forholdsmessighetsprinsippet (herunder en vurdering av det legitime formålet med kriminaliseringen, i hvilken grad straff og straffeform er egnet til å vareta formålet, samt en vurdering av proporsjonalitet) gir klart mer presise og nyanserte parametere enn å vise til graden av allmennprevensjon som skulle gjøre seg gjeldende. Uttalte problemer med bruk

951 Kapittel 5 punkt 5.2.2.

av allmennprevensjon som straffutmålingsmoment er at det er meget vanskelig å si i hvilken grad man realiserer allmennprevensjon ved å ta det i betraktning i en konkret sak om straffutmåling. Videre er det visse prinsipielle betenkeligheter med å straffe en person for å få andre til ikke å begå kriminalitet. Dette har en side til menneskeverdet. Det er også en styrke med fokuset på forholdsmessighet at straffen utmåles langt mer konkret og tilpasset det individuelle saksforholdet enn grovmaskede normalstraffenivåer. Erfaringen har vist at bruk av normalstraffenivåer, særlig innenfor seksuallovbrudd, har båret galt av sted.

Hvorfor har det skjedd en så tydelig dreining mot forholdsmessighet som grunnprinsipp for straffutmåling? En forklaring kan være at menneskerettighetene har hatt innflytelse. Som vi har sett ovenfor, har EMD i flere avgjørelser lagt vekt på utmålt straff ved vurderinger av om inngrep i rettigheter vernet i konvensjonen har vært forholdsmessige. I en del dommer, særlig fra den senere tid, er proporsjonal straffutmåling tillagt stor vekt i retning av krenkelse.⁹⁵² Både i HR-2022-731-A og i HR-2022-981-A var bruk av straff et inngrep i konvensjonsbeskyttede rettigheter, henholdsvis i EMK artikkel 8 og 11.

Det er grunn til å merke seg at Riksadvokaten har vært en sentral premisseleverandør i etableringen av forholdsmessighetsprinsippet ved straffutmåling. I HR-2022-731-A hadde underordnet påtalemyndighet helt frem til og med anken til Høyesterett lagt ned påstand om fengsel i 54 dager for en tung rusmisbrukers besittelse av fire gram heroin. I skranken for Høyesterett la derimot Riksadvokaten ned påstand om straffutmålingsfracfall. Riksadvokaten opplyste også i skranken at påtalemyndigheten i ettertid normalt ville reagere med påtaleunntatelse i tilsvarende saker. Høyesterett utmålte straffen i samsvar med Riksadvokatens påstand. I HR-2022-2225-A ser vi det samme: Straffen for overtredelse av § 291 bokstav b) (sovevoldtekt ved fingring) var av lagmannsretten satt til fengsel i tre år og tre måneder. Riksadvokaten la ned påstand om fengsel i to år og fem måneder, og Høyesterett avsa dom i samsvar med påstanden. I HR-2023-298-A la Riksadvokaten ned en svært mye lavere påstand enn påtalemyndigheten tidligere hadde gjort: en bot på 15 000 kroner, subsidiært fengsel i 15 dager og tap av førerretten. Høyesterett utmålte en bot på 15 000 kroner og ikke tap av førerretten. I prinsippet er Høyesterett ubundet av påtalemyndighetens påstand om straff, jf. straffeprosessloven § 38 annet ledd. Det er likevel på det rene at Riksadvokatens anførsler om forholdsmessighet ved straffutmålingen har hatt god klangbunn hos Høyesterett.

952 Kapittel 5 punkt 5.2.2.

Del IV

Domstolskontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff



10. I hvilken grad kontrollerer Den europeiske menneskerettsdomstol forholdsmessigheten av bruk av straff?

10.1 INNLEDNING

Fokuset i kapittel 5 til 8 har vært hvilken betydning kravet om forholdsmessighet har når lovgiver vurderer å kriminalisere atferd. I kapittel 9 var spørsmålet hvilken betydning forholdsmessighetsprinsippet har når domstolene ilegger straff i konkrete saker. I dette kapittelet skal vi se nærmere på i hvilken grad EMD kontrollerer nasjonale myndigheters bruk av straff.

Som påpekt innledningsvis⁹⁵³ har kravet om forholdsmessighet ulike funksjoner, og da også ulikt innhold for ulike aktører. Hva gjelder det konstitusjonelle kravet til vurdering av lovgivning, er lovgiver det primære pliktsubjektet. Grunnen er at i en demokratisk rettsstat er varetakelse av frihet og menneskeverd som det klare utgangspunkt lagt til det organet som har størst demokratisk legitimitet. Det får som konsekvens at det er den nasjonale, demokratisk legitimerede lovgiveren som må gjøre den primære og mest inngående vurderingen av forholdsmessighet når det utformes regler om bruk av straff. Ved bruk av straff i konkrete saker er det primært den nasjonale domstolen som skal vurdere om bruk av straff vil være forholdsmessig, samt, hvis det blir domfellelse, hva som er en forholdsmessig straff.

Når det gjelder nasjonal domstolskontroll av kriminaliseringer, er et sentralt premiss at den dømmende makt ikke har noen demokratisk legitimitet. Likevel følger det av maktfordelingsprinsippet (og konstitusjonell sedvanerett) at domstolene må ha en viss rett og plikt til å kontrollere den lovgivende makts vurdering av forholdsmessigheten av kriminaliseringer. Nasjonale domstoler utøver dermed

953 Kapittel 1 punkt 1.3 og 1.4.

en subsidiær kontroll av forholdsmessigheten av lovgivers kriminaliseringer. Innretningen på og innholdet i denne domstolskontrollen er tema i kapittel 11.

EMKs krav om forholdsmessighet retter seg mot statens myndigheter, jf. EMK artikkel 1. Kravet om forholdsmessighet fungerer for EMD som en folkerettslig begrensning av nasjonal myndighetsutøvelse. Siden EMD er en folkerettsdomstol (og ikke en overnasjonal domstol), er det klart at det må være tale om en begrenset prøvelse. Det gjelder særlig ved overprøving av demokratisk fattede vedtak om kriminaliseringer i medlemsstatene, men også når EMD overprøver nasjonale domstolars vurderinger av forholdsmessigheten av kriminaliseringer, og bruk av straff i konkrete saker.

Hovedspørsmålet i dette kapittelet er altså i hvilken grad EMD kontrollerer forholdsmessigheten av medlemsstatenes bruk av straff. Spørsmålet behandles i punkt 10.3. En forutsetning for å få nødvendig innsikt i EMDs kontroll med forholdsmessigheten av bruk av straff er at man har oversikt over hvordan EMD generelt kontrollerer forholdsmessigheten av myndighetsinngrep. Det er temaet i punkt 10.2.

10.2 BAKGRUNN OG KONTEKST

10.2.1 Innledning

Hvordan har så EMD innrettet sin prøvelse av forholdsmessigheten av myndighetsinngrep? For å besvare spørsmålet må de generelle rammene for EMDs prøvelse av nasjonale vurderinger av forholdsmessighet trekkes opp.

Som på alle områder innen rett og rettsanvendelse: EMDs kontroll av nasjonale myndigheters vurderinger av forholdsmessighet har vært, er og vil også i fremtiden være i bevegelse. For at rettsregler og (domstolars tolkinger av reglene) skal ha legitimitet, må reglene utformes og tolkes i lys av institusjonelle, politiske og bredere samfunnsmessige strømninger og realiteter. Spano har påpekt dette poenget når det gjelder EMDs prøvelse av om medlemsstatene har krenket konvensjonen, herunder når domstolen kontrollerer om medlemsstatene har respektert kravet om forholdsmessighet. Nærmere bestemt deler Spano domstolens forhold til medlemsstatene i to faser, «the substantive embedding phase» og «the procedural embedding phase».⁹⁵⁴

I punkt 10.2.2 rettes fokuset mot EMDs tidligere, generelt nokså grundige kontroll av forholdsmessighet. I punkt 10.2.3 er temaet hvorfor det ble reist kritikk mot en slik kontroll. I punkt 10.2.4 presenteres hvordan EMD imøtekom kritikken, med et skifte fra en materiell kontroll til en prosessuell kontroll av forholdsmessigheten av myndighetsinngrep. Materiell og prosessuell kontroll er to ytterpunkter.

954 Spano 2018 s. 475–478 og 480–494.

I punkt 10.2.5 gjøres det derfor en nyansering av motsetningene materiell og prosessuell forholdsmessighetskontroll.

10.2.2 «The substantive embedding phase» (grundig materiell kontroll av forholdsmessighet)

Den første fasen, «the substantive embedding phase», omfatter domstolens virksomhet om lag de første 40 årene etter at den ble etablert (1959).⁹⁵⁵ Et særtrekk for denne perioden er at EMD ikke sjelden gikk langt i å overprøve nasjonale myndigheters lovgivning og rettsanvendelse. EMDs tilnærming ble lenge akseptert. Et eksempel på at domstolen gikk langt i overprøving av nasjonale domstolers vurdering av forholdsmessigheten av et inngrep, er von Hannover mot Tyskland.⁹⁵⁶ Faktum var her i korthet at tyske ukeblader hadde publisert bilder av prinsesse Caroline von Hannover: Noen bilder viste henne på en skiferie, noen viste henne sammen med en europeisk prins da de gikk ut av en av hennes eiendommer, noen at hun spilte tennis. Én billedserie viste at prinsessen snublet og holdt på å falle inne på en strandklubb i Monte Carlo.

Den tyske forfatningsdomstolen hadde ikke gitt prinsessen medhold i at bildene krenket hennes rett til privatliv. Publiseringen av bildene var innenfor pressens yringsfrihet. Forfatningsdomstolen hadde over lang tid utviklet en nokså finmasket praksis for avveilingen mellom privatliv og yringsfrihet. Blant annet var sentrale kriterier om bildene var tatt mens objektet oppholdt seg på et avgrenset eller privat sted («secluded place»), og om personen som var avbildet, var en «figure of contemporary society ‘par excellence’» («absolute Person der Zeitgeschichte»).⁹⁵⁷ Den tyske forfatningsdomstolens avveiling mellom retten til privatliv og yringsfrihet var grundig.

EMD kom derimot til at publiseringen av bildene krenket prinsessens rett til privatliv etter EMK artikkel 8. Domstolen gjennomførte her en nokså grundig materiell overprøving av om inngrepet var forholdsmessig. Vurderingen var klart mer overfladisk enn de vurderingene som var blitt gjort av den tyske konstitusjonsdomstolen. Det er også (i 2024) oppsiktsvekkende å se at EMD går langt i å sette seg i nasjonale domstolers sted og være uenig i nasjonale domstolers tolking av nasjonal rett:

The Court finds it hard to agree with the domestic courts’ interpretation of section 23(1) of the Copyright (Arts Domain) Act, which consists in describing a person as such as a figure of contemporary society ‘par excellence’. Since that definition affords the person very limited protection of their private life or the

955 Spano 2018 s. 475–478.

956 Sak nr. 59320/00, dom 24. juni 2004.

957 Avsnitt 25 og avsnitt 54.

right to control the use of their image, it could conceivably be appropriate for politicians exercising official functions. However, it cannot be justified for a 'private' individual, such as the applicant, in whom the interest of the general public and the press is based solely on her membership of a reigning family, whereas she herself does not exercise any official functions. In any event the Court considers that, in these conditions, the Act has to be interpreted narrowly to ensure that the State complies with its positive obligation under the Convention to protect private life and the right to control the use of one's image.⁹⁵⁸

EMDs dom ble kritisert både i mediene⁹⁵⁹ og i juridisk litteratur. I litteraturen ble det blant annet påpekt at EMD hadde gått for langt i å overprøve den nasjonale (konstitusjonelle) domstolens tolking av den tyske konstitusjonen.⁹⁶⁰

10.2.3 Kritikk mot for grundig kontroll av forholdsmessighet

Utover på 2000-tallet kom det kritikk fra flere medlemsland av EMDs materielle overprøving av forholdsmessigheten av nasjonale myndigheters inngrep. Ett eksempel er reaksjonene på EMDs dom i *Hirst mot Storbritannia*.⁹⁶¹ EMD kom her til at lovgivning i Storbritannia som fratok alle som var dømt til en ubetinget fengselsstraff, stemmeretten ved valg, var i strid med kravet til forholdsmessighet (innfortolket av EMD) i EMK protokoll 1 artikkel 3. Artikkelen har overskriften «Right to free elections» og har følgende ordlyd: «The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.»

Ved vurderingen av forholdsmessigheten av inngrepet gikk EMD relativt langt i selv å gjøre en forholdsmessighetsvurdering av inngrepet (materiell kontroll). Det er lite spor av at nasjonale myndigheters vurdering av om forholdsmessigheten av inngrepet (prosessuell kontroll) har betydning.⁹⁶² Dommen vakte negative reaksjo-

958 Avsnitt 72.

959 Michael Hanfeld, «Europas Richter Hebeln die Pressefreiheit aus», *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 24.6.2004, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kino/monaco-siegt-europas-richter-hebeln-die-pressefreiheit-aus-1156894.html> (sist besøkt 14.2.24).

960 For en sammenstilling av oppfatninger i litteraturen, se Markus Heinker, *Die Auswirkungen des «Caroline-Urteils» des EMGR auf die Rechtsprechung von BGH und BVerfG*, 2015 (54 s.), punkt III: «Aufnahme der Entscheidung des EMGR in der Literatur», <https://www.grin.com/document/293918> (sist besøkt 14.2.24). Se også Sachs 2018 s. 145 med videre henvisninger.

961 Sak nr. 74025/01, storkammerdom 6. oktober 2005.

962 Avsnitt 76–85. I avsnitt 79 er EMD noe inne på en prosessuell prøving. I samme retning Hooper 2015 s. 383. Hooper skriver at EMD i *Hirst* «based its considerations to refuse the benefit of the margin of appreciation on an extremely limited understanding of the legislative agenda, and in turn overlooked in many respects what Parliament does in a wider constitutional sense».

ner i Storbritannia. Blant annet uttalte daværende statsminister David Cameron om dommen at det fikk ham til å «feel physical ill to contemplate giving the vote to prisoners».⁹⁶³ Kjernen i kritikken var at EMD hadde satt til side en demokratisk fattet beslutning i Storbritannia om at innsatte ikke skulle ha stemmerett. I 2011 stemte et flertall i parlamentet (234 mot 22) for å opprettholde den absolutte regelen om at den som var dømt til en ubetinget fengselsstraff, ble fratatt stemmeretten ved valg.⁹⁶⁴

EMD har også fått kritikk fra andre medlemsstater i Europarådet for inngripende avgjørelser. Et eksempel er dommer hvor domstolen har kommet til at den franske etterforskningsdommeren ikke er uavhengig.⁹⁶⁵ Et annet eksempel er dommer mot Tyskland som har konkludert med at det tyske systemet med forvaring/sikring var i strid med EMK artikkel 3.⁹⁶⁶ Et tredje er domfellelser av Sveits for praksis med utvisning av utenlandske statsborgere som er dømt for kriminalitet.⁹⁶⁷

Medlemsstatenes kritikk av EMD for å gå for langt i overprøving av medlemsstatene i Europarådet manifesterte seg ved flere «High Level Conferences», hvor domstolen møtte representanter fra medlemsstatene. I deklarasjonen som ble avgitt da en slik konferanse ble avholdt i Brighton i 2012, ble det uttalt at «the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions».⁹⁶⁸ Videre at medlemsstatene «[w]elcomes the development by the Court in its case law of principles such as subsidiarity and

963 *The Times*, «Cameron sickened by prisoner vote», 3.11.2010, <https://www.thetimes.co.uk/article/cameron-sickened-by-prisoner-vote-j3zf67bbm2> t (sist besøkt 14.2.24).

964 Rui 2013 s. 52 med videre henvisninger. Se også Donald/Leach 2016 s. 5–8 om øvrig sterk kritikk mot EMD fra ulike hold i Storbritannia.

965 Se Jean-Claude Mignon, «Opening Speech», *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (Brighton Declaration)*, 14.4.2012, http://assembly.coe.int/President/Mignon/Discours/2013/21012013_OpeningSpeech_EN.htm (sist besøkt 14.2.24) og Thomas Vampouille, «L'indépendance du Procureur en France Remise en Cause», *Le Figaro*, 23.11.2010, <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2010/11/23/01016-20101123ARTFIG00563-la-cedh-remet-en-cause-le-statut-du-parquet.php> (sist besøkt 14.2.24).

966 *Der Spiegel*, «Unionspolitiker Kritisieren Rüge aus Strassburg», 14.1.2011, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/sicherungsverwahrung-unionspolitiker-kritisieren-ruege-aus-strassburg-a-739444.html> (sist besøkt 14.2.24) og Dietmar Hipp, «Im Zweifel für die Dauerhaft», *Der Spiegel*, 8.2.2011, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/streit-ueber-sicherungsverwahrung-im-zweifel-fuer-die-dauerhaft-a-744298.html> (sist besøkt 14.4.24).

967 *Neue Züricher Zeitung*, «Schweiz im gleichen Fall schon zum zweiten Mal gerügt», 11.10.2011, <https://www.nzz.ch/----ld.675521?reduced=true> (sist besøkt 14.2.24) og Allegra Stratton, «Ministers to urge changes to European court of human rights», *The Guardian*, 25.12.2011, <https://www.theguardian.com/law/2011/dec/25/changes-european-court-human-rights> (sist besøkt 14.2.24). Se også Donald/Leach 2016 s. 8–10.

968 Europarådet, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (Brighton Declaration)*, 19.–20. april 2012 avsnitt 11.

the margin of appreciation, and encourages the Court to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgments».⁹⁶⁹ Det ble konkludert med at «for reasons of transparency and accessibility, a reference to the principle of subsidiarity and the doctrine of margin of appreciation as developed in the Court's case law should be included in the Preamble to the Convention [...]».⁹⁷⁰ Dette ble gjort med protokoll 15. Her fremgår at følgende skal tas inn i fortalen til EMK: «Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.»⁹⁷¹

10.2.4 «The procedural embedding phase» (prosessuell kontroll av forholdsmessighet)

En del av domstolens imøtekommelse av kritikken⁹⁷² var å gjøre endringer av måten forholdsmessigheten av inngrep prøves på. Endringen kan spissformulert beskrives som et paradigmeskifte.⁹⁷³ Nærmere bestemt flyttet Strasbourg fokuset ved kontroll av forholdsmessighet fra det materielle til det prosessuelle (det Spano omtaler som «the procedural embedding phase»). Nå, vel 10 år etter Brighton-erklæringen og

969 Europarådet, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (Brighton Declaration)*, 19.–20. april 2012 avsnitt 12a.

970 Europarådet, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (Brighton Declaration)*, 19.–20. april 2012 avsnitt 12b.

971 Europarådet, «Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», 24.VI.2013 artikkel 1.

972 Robert Spano (daværende dommer fra Island i EMD), «The European Court of Human Rights: Anti-Democratic or Guardian of Fundamental Values?», *UK Human Rights Blog*, 19.11.2014 uttaler: «I submit that if one carefully analyses recent cases of the Strasbourg Court, for example in *Animal Defenders* and *SAS v. France*, the so-called Burqa case, one might see a trend towards a more foreseeable and rational application of the margin of appreciation in line with a more robust concept of subsidiarity inspired by the Brighton Declaration of 2012, adopted under the UK Presidency in the Council of Europe, especially where difficult areas of economic and social policy are concerned» (min kursivering), <https://ukhumanrightsblog.com/2014/11/19/the-european-court-of-human-rights-anti-democratic-or-guardian-of-fundamental-values-judge-robert-spano/> (sist besøkt 14.2.24). Se også Kleinlein 2019 s. 92 og 100.

973 Rui 2013 s. 54; Saul 2015 s. 746 og Arnardóttir 2018 s. 225, 227 og 234. Spano 2014 s. 491 hevder at «this development does not introduce, in essence, any novel feature into Strasbourg jurisprudence, but constitutes rather a further refinement or reformulation of pre-existing doctrines, influenced by recent declarations of the Member States, especially as regards the necessity to reinforce the subsidiary nature of the Strasbourg Court».

etter at subsidiaritetsprinsippet og statenes skjønnsmargin er tatt inn i EMKs forale, er det stort sett unison enighet om (i hvert fall på et overordnet plan) at det er riktig å beskrive EMDs kontroll av nasjonale vurderinger av forholdsmessighet som en prosessuell kontroll.⁹⁷⁴ Med det menes at domstolen viker tilbake for selv å gjøre grundige vurderinger av om inngrepet er egnet, nødvendig og proporsjonalt. I stedet fokuseres det på om, hvordan og i hvilken utstrekning nasjonale myndigheter har gjennomført en vurdering av inngrepets forholdsmessighet.

Grunnen til denne tilnærmingen er at EMDs funksjon er å gjennomføre en subsidiær kontroll av medlemsstatenes etterlevelse av konvensjonen (subsidiaritetsprinsippet).⁹⁷⁵ Det er medlemsstatene som har det primære ansvaret for å etterleve EMK, jf. EMK artikkel 1. Ved en slik subsidiær kontroll er det i varierende grad nødvendig å tilstå nasjonalstatene et visst skjønn ved implementeringen av konvensjonens artikler (statens skjønnsmargin / «margin of appreciation»).⁹⁷⁶ I tilfeller hvor nasjonal lovgiver først har vurdert forholdsmessigheten ved et inngrep, og deretter nasjonale domstoler har kontrollert forholdsmessigheten ved inngrepet og/eller nasjonal lovgivers vurdering av forholdsmessigheten, fremstår EMDs prøvelse av forholdsmessigheten således som «atter subsidiær».

974 Bl.a. De Schutter / Tulkens 2008 s. 212 og 215–216; Rui 2013 s. 48–54; Spano 2014 s. 498–499; Arnardóttir 2017 s. 9–35; Gerards/Brems 2017 sammenfatningsvis s. 1–13; Arnardóttir 2018 s. 228–231 og 233–234 og Spano 2018 bl.a. på s. 480–481: «[T]he significance of process-based review lies in its shift of the Court's primary methodological focus from its own independent assessment of the 'Conventionality' of the domestic measure towards an examination of whether the issue has been properly analysed by the domestic decision-maker in conformity with already embedded principles and the States' obligations to secure Convention rights to peoples within their jurisdictions. In other words, process-based review is the mechanism by which the Court implements the principle of subsidiarity in practice.» Se også note 31 på s. 481 i artikkelen for videre henvisninger til den omfattende litteraturen om subsidiaritet og skiftet fra en indre, materiell kontroll til en ytre, prosessuell kontroll. Også Kleinlein 2019 s. 91–110. Se videre nylig Gerards 2023 s. 370–373 med videre henvisninger til litteratur.

975 Nærmere Saul 2015 s. 748–752.

976 Bl.a. presisert av EMD i *Garib mot Nederland*, sak nr. 43494/09, storkammerdom 6. november 2017 avsnitt 137: «The Court next draws attention to its fundamentally subsidiary role. The Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the Court. The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight.»

10.2.5 Nyansering av motsetningene materiell og prosessuell forholdsmessighetskontroll

Skillet mellom en indre, materiell kontroll og en ytre, prosessuell kontroll gir uttrykk for to ytterligheter. Når man undersøker EMDs prøvinger av forholdsmessighet grundigere, trer flere nyanser frem.

Appleby/Carter har, for analytiske formål, identifisert noen stiliserte typer kontroll når domstolene kontrollerer forholdsmessigheten av lovvedtak.⁹⁷⁷ Den første typen kontroll er «full restraint».⁹⁷⁸ Her gjør domstolen aldri prøvelser av forholdsmessigheten av lovgivning. Rasjonalet med en slik posisjon er at lovgivers beslutning per definisjon er forholdsmessig, fordi den er truffet av lovgiver og har demokratisk legitimitet. Meg bekjent er det ingen liberale rettsstater med maktfordeling hvor domstolene ikke på noen måte fører en viss kontroll med forholdsmessigheten av inngrep overfor borgerne.

Det andre typetilfellet er «non-evaluative restraint». Her gjør domstolene en viss minimumskontroll av forholdsmessigheten. Kontrollen er innrettet mot om det har vært et visst minimum av forholdsmessigheten fra lovgivers side. Det må finnes visse holdepunkter for at forholdsmessigheten er vurdert. Domstolen går derimot ikke inn i vurderinger av om forholdsmessighetsvurderingen bygger på riktig (eller klart uriktig) faktum. Det gjøres heller ingen vurderinger av om vurderingene av forholdsmessigheten på noen måte er (grovt) urimelige eller irrasjonelle. Vurderingstemaet er om lovgiver i det hele tatt har gjort noen form for forholdsmessighetsvurdering.⁹⁷⁹ En så tilbaketrukket prøvelse er det uvanlig å komme over i EMDs praksis, men det har forekommet.⁹⁸⁰ Kavanagh hevder at domstoler i Storbritannia gjennomgående gjør en slik begrenset kontroll med forholdsmessigheten av inngrep.⁹⁸¹

Det tredje typetilfellet er «process evaluation». Her gjennomfører domstolen en grundig prosessuell kontroll av lovgivers vurderinger av forholdsmessigheten. Nærmere bestemt undersøkes det om lovgiver har vurdert alle relevante fakta og all ekspertkompetanse som er blitt fremlagt i forbindelse med vedtakelse av loven. Det undersøkes også om relevante fakta og andre forhold av betydning for forholdsmessighetsvurderingen er innhentet. Det som ikke omfattes, er en kontroll

977 Appleby/Carter 2021 s. 272–281.

978 Appleby/Carter 2021 s. 272–281.

979 Appleby/Carter 2021 s. 273.

980 Det eneste eksempelet er meg bekjent *Mouvement Raëlien mot Sveits*, sak nr. 16354/06, stor-kammerdom 13. juli 2012 avsnitt 67–75. Dommen behandles nærmere i Rui 2013 s. 43–48. Dommen gjaldt ikke bruk av straff.

981 Kavanagh 2014 s. 479, hvor det konkluderes med at domstoler i Storbritannia «have adopted a minimalist and hands-off approach; they have not probed the quality or sufficiency of the parliamentary engagement with human rights to any great degree».

av kvaliteten på de materielle vurderingene og analysene som ble gjort av lovgiver, og på konklusjonene som ble trukket av lovgiver.⁹⁸² Sagt med andre ord er det her tale om en grundig ytre, prosessuell kontroll, men ingen indre, materiell kontroll. Appleby/Carter viser til flere eksempler på at EMDs kontroll av forholdsmessigheten følger disse linjene.⁹⁸³

Det fjerde typetilfellet er «process evaluation + unreasonableness review». Testen går ut på en grundig prosessuell prøvelse av lovgivers vurdering av forholdsmessigheten, slik som i typetilfelle tre. Men her gjøres det i tillegg en viss indre, materiell kontroll. Hvis forholdsmessigheten av inngrepet fremstår som «unreasonable», kan domstolen konkludere med at lovgivningen er uforholdsmessig.⁹⁸⁴

Hvor grundig indre materiell prøvelse er det så tale om? Appleby/Carter viser til den såkalte Wednesbury-testen, som er utviklet av domstolene i Storbritannia. For at forholdsmessighet skal statuere, kan det se ut som at forfatterne mener at det være tale om «a decision that is so unreasonable no reasonable person could arrive at it».⁹⁸⁵ Et eksempel på at terskelen for uforholdsmessighet er nådd, er «a teacher being dismissed for having red hair».⁹⁸⁶ Det er selvfølgelig liten realitet i en så begrenset materiell prøvelse.

Det femte typetilfellet Appleby/Carter opererer med, er «no restraint».⁹⁸⁷ Her gjennomfører domstolene en full indre, materiell kontroll med lovgivers vurdering

982 Appleby/Carter 2021 s. 274–275.

983 Appleby/Carter 2021 s. 276–278, hvor det blant annet vises til *Evans mot Storbritannia* (sak nr. 6339/05, dom 10. april 2007) og *Animal Defenders International mot Storbritannia* (sak nr. 48876/08, storkammerdom 22. april 2013) som eksempler på en slik ren (men grundig) prosessuell kontroll av forholdsmessigheten. Se også Kavanagh 2014 s. 476: «Thus, when the Strasbourg court says that ‘the quality’ of parliamentary scrutiny is important in determining the proportionality of the measure, this does not necessarily mean that it will examine the quality of individual statements made by MPs in the course of the legislative deliberation. In fact, the Strasbourg court (like its domestic counterparts in the UK) tends to focus on the decision-making quality and its democratic pedigree, rather than assessing the merits of the individual arguments advanced in support of the policy. Strasbourg is generally concerned with whether the implications for Convention rights have been considered, debated and evaluated by the national state authorities.» Se også Saul 2015 s. 753–759 og 772–774. Betegnende i *Animal Defenders mot Storbritannia* avsnitt 108: «It emerges from that case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it [...]. The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation.»

984 Appleby/Carter 2021 s. 279–280.

985 Appleby/Carter 2021 s. 280 note 89.

986 Harbo 2015a s. 112 med videre henvisninger. Harbo påviser at denne svært høye terskelen senere er blitt noe modifisert i rettspraksis, se s. 113–116.

987 Appleby/Carter 2021 s. 281.

av forholdsmessighet. Domstolene setter seg i lovgivers sted og gir ikke lovgiver noen form for spillerom. Dette er en teoretisk posisjon; ingen domstoler i et system med maktfordeling kan i så stor grad gripe inn i og sensurere lovgivers kompetanse.

Appleby/Carters fem typetilfeller gir heller ikke et helt dekkende bilde av domstolers (herunder EMDs) forskjellige tilnærminger til kontroll av forholdsmessighet. Én fremgangsmåte som benyttes av EMD, er det Spano benevner som «legislative proportionality».⁹⁸⁸ Den går ut på at EMD oppstiller visse innholdsmessige, materielle krav til nasjonal lovgivning som normalt (i prinsippet) må være tilfredsstillende for at et inngrep skal være forholdsmessig. En annen fremgangsmåte er at domstolen oppstiller kriterier som skal tas i betraktning av nasjonale myndigheter når det gjøres inngrep i form av lovgivning eller bruk av lovgivningen i konkrete saker. EMD gjennomfører så en kontroll av om de materielle kravene og kriteriene som er oppstilt av domstolen, er tatt i betraktning av nasjonale domstoler ved vurderingen av forholdsmessighet.⁹⁸⁹

Ytterligere en fremgangsmåte kan betegnes som en «mixed approach». Den går ut på at domstolen gjør en kombinasjon av ytre, prosessuell kontroll og indre, materiell kontroll.⁹⁹⁰

Det er også grunn til å ha *in mente* at det er forskjeller på hvordan domstolenes kontroll av forholdsmessighetet gjøres, og hvor grundig og intens kontrollen er. Nærmere bestemt kan en grundig prosessuell prøvelse være mer intens enn en tilbaketrukket materiell prøvelse.

Med dette som bakgrunn og kontekst skal vi se nærmere på EMDs prøvelser av forholdsmessigheten ved bruk av straff.

10.3 EMDS KONTROLL MED FORHOLDSMESSIGHETEN AV BRUK AV STRAFF

10.3.1 Overordnet: Bruk av straff skjerper kontrollen av forholdsmessighet

Som overordnet retningslinje for forholdsmessighetsvurderingen har det betydning for EMDs vurdering av forholdsmessighet hvilken type inngrep som er benyttet. EMD har uttalt i flere avgjørelser at bruk av straff er samfunnets strengeste reaksjon mot et individ, og at straff kun skal benyttes som et siste

988 Bl.a. Gerards 2023 s. 373 med videre henvisninger.

989 Gerards 2023 s. 369 benevner dette som «Standards-Based Argumentation Informed by Precedent and Reasoning by Analogy».

990 Gerards 2023 s. 373.

virkemiddel, når alle andre, mindre inngripende virkemidler ikke er tilstrekkelige (*ultima ratio*).⁹⁹¹

I storkammerdommen Perincek mot Sveits⁹⁹² var klager blitt ilagt bøter og subsidiær fengselsstraff på 30 dager for å ha benektet Tyrkias folkemord på armerne. Et moment i EMDs vurdering av forholdsmessigheten var alvorligheten av inngrepet (severity of the interference). EMD uttalte følgende:

In *Lehideux and Isorni* [...] the Court noted, as it has done in many other cases under Article 10 of the Convention, that a criminal conviction was a serious sanction, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies. The same applies here: *what matters is not so much the severity of the applicant's sentence but the very fact that he was criminally convicted, which is one of the most serious forms of interference with the right to freedom of expression* (min kursivering).

Uttalelsen viser at EMD vektlegger at bruk av straff er et sterkt inngrep, og at det er formende for vurderingen av forholdsmessigheten av inngrepet. Flere andre dommer underbygger at det overordnet er formende for forholdsmessighetsvurderingen hvilken type inngrep det er tale om, og at inngrep i form av straff stiller særlig strenge krav til forholdsmessigheten av inngrepet.⁹⁹³ I tilfeller hvor straffen

991 Bl.a. *Beizaras og Levickas mot Litauen*, sak nr. 41288/15, dom 14. januar 2020 avsnitt 111: «The Court has acknowledged that criminal sanctions, including against the individuals responsible for the most serious expressions of hatred, inciting others to violence, could be invoked only as an *ultima ratio* measure.» Se også *Lehideux og Isorni mot Frankrike*, sak nr. 55/1997/839/1045, storkammerdom 23. september 1998 avsnitt 57.

992 Sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015.

993 Bl.a. *S. A. S. mot Frankrike*, sak nr. 43825/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 152: «As to the fact that criminal sanctions are attached to the ban, this no doubt increases the impact of the measure on those concerned. It is certainly understandable that the idea of being prosecuted for concealing one's face in a public place is traumatising for women who have chosen to wear the full-face veil for reasons related to their beliefs.»; *Kudreviscius mot Litauen*, sak nr. 37553/05, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 146: «Where the sanctions imposed on the demonstrators are criminal in nature, they require particular justification [...]. A Peaceful demonstration should not, in principle, be rendered subject to the threat of a criminal sanction [...] and notably to deprivation of liberty [...]. Thus, the Court must examine with particular scrutiny the cases where sanctions imposed by the natural authorities for non-violent conduct involve a prison sentence»; *Bedat mot Sveits*, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 81; *Bouton mot Frankrike*, sak nr. 22636/19, dom 13. januar 2022 avsnitt 46 og 51–55; *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 89; *Lings mot Danmark*, sak nr. 15136/20, dom 12. april 2022 avsnitt 59; *Patricio Monteiro Tele de Abreau mot Portugal*, sak nr. 42713/15, dom 17. juni 2022 avsnitt 46–47; *Rabczewska mot Polen*, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 63 og *M.A. og andre mot Frankrike*, sak nr. 63664/19, dom 25. juli. 2024 avsnitt 140–146.

for inngrepet kan være frihetsberøvelse, tillegges det ekstra vekt i retning av skjerpede krav til kontroll av forholdsmessighet.⁹⁹⁴

10.3.2 Legitimt formål

En undersøkelse av sentrale dommer fra EMD viser at domstolen går ganske grundig til verks når det kontrolleres om bruk av straff er forankret i et legitimt formål. En sentral avgjørelse er storkammerdommen *S. A. S. og andre mot Frankrike*.⁹⁹⁵ Spørsmålet her var om en generell kriminalisering av å bære heldekende religiøst hodeplagg (nikab) på offentlig sted var i strid med EMK artikkel 8 (retten til privatliv) og artikkel 9 (retten til religionsfrihet). Ved drøftelsen av om inngrepet varetok legitime formål, uttalte EMD at angivelsen av legitime formål i EMK artikkel 9 «is exhaustive and that their definition is restrictive». Etter å ha observert at domstolen ofte hadde vært summarisk i vurderingene av om inngrep varetok legitime formål, var det nødvendig med en «in-depth examination».⁹⁹⁶ Domstolens analyse av om og i hvilken grad kriminaliseringen varetok legitime formål, er grundig. Det er ikke spor av at domstolen overlater noe av vurderingen til statens skjønnsmargin. Når det gjelder det første formålet staten hadde anført som grunn for kriminaliseringen, «public safety», mente domstolen at det så ut som at formålet ikke var tillagt stor vekt av lovgiverne ved vedtakelsen av straffebudet. Det var likevel visse spor av en slik argumentasjon i lovforarbeidene, slik at domstolen aksepterte at formålet hadde vært ett av flere legitime formål med kriminaliseringen.

Et annet formål som staten mente var legitimt, var respekten for likhet mellom menn og kvinner. Domstolen uttalte at likestilling kunne være et legitimt formål for inngrep i konvensjonsrettigheter. Likevel kunne likestilling mellom menn og kvinner ikke være et legitimt formål med denne kriminaliseringen.⁹⁹⁷

Staten hadde også angitt hensynet til menneskeverdet («human dignity») som et legitimt formål med kriminaliseringen. Domstolen var imidlertid klar på at

994 *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 89.

995 Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 155–157.

996 Avsnitt 114.

997 Avsnitt 119: «The Court takes the view, however, that a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women – such as the applicant – in the context of the exercise of the rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms.»

«human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places».⁹⁹⁸

Også i storkammerdommen *Perincek mot Sveits*⁹⁹⁹ kom EMD til at ett av formålene staten hadde grunnnet inngrepet på, ikke var legitimt. Faktum var her, som nevnt, at *Perincek* var blitt straffedømt for å ha fornektet folkemordet i Armenia og ilagt bot, med en subsidiær fengselsstraff på 30 dager. Sveitsiske myndigheter anførte at et legitimt formål med bruk av straff var «the prevention of disorder» i EMK artikkel 10 nr. 2. EMD uttalte at hvis dette skulle være et relevant formål, måtte det påvises at klagers uttalelser faktisk ledet til «disorder», eller at de var egnet til det. Domstolen hadde ikke fått fremlagt opplysninger om at uttalelsene hadde medført noen «disorder». Og viktigere, nasjonale domstoler hadde ikke nevnt noe om at uttalelsene hadde medført «disorder» eller fare for det. Domstolen kom derfor til at «the prevention of disorder» var et illegitimt formål med bruk av straff i denne saken.

Flere andre dommer viser at domstolen følger samme linje ved vurderingen av om en kriminalisering (og øvrige inngrep) har et legitimt formål: Det gjøres en snæver («restrictive») vurdering av om inngrepet varetar legitime formål. Domstolen etterprøver og drøfter inngående om formålene som er angitt som grunnlag, er legitime. Det er ingen dommer hvor legitimiteten av formålet med bruk av straff er tema, hvor det fremgår direkte eller indirekte at staten har noen skjønnsmargin.

10.3.3 Forholdsmessighet

a) Innledning

For å komme EMDs kontroll av forholdsmessigheten ved bruk av straff nærmere inn på livet har jeg undersøkt det jeg mener er et representativt materiale av dommer fra EMD. Dommene kan, grovt sett, deles inn i tre kategorier: dommer hvor det gjøres en grundig prosessuell kontroll, dommer hvor det gjøres en «mixed approach», og noen dommer hvor kontrollen av forholdsmessighet ligger nær en materiell kontroll. Kategoriene behandles i bokstav b) til d) nedenfor. I bokstav e) trekkes det noen konklusjoner og gjøres noen vurderinger. Herunder er

998 Avsnitt 120: «The Court is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy. It notes in this connection the variability of the notions of virtuousness and decency that are applied to the uncovering of the human body. Moreover, it does not have any evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others.»

999 Sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 152–154.

et sentralt spørsmål om det kan identifiseres noen forhold som kan gi kunnskap om hvilke faktorer som er styrende for EMDs valg av tilnærming ved kontroll av forholdsmessigheten.

b) Dommer hvor det gjøres en grundig prosessuell kontroll

For en god del av dommene som gjelder kontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff, er det dekkende å beskrive EMDs kontroll som utelukkende eller i det alt vesentlige prosessuelt innrettet. Et eksempel er dommen Stübing mot Tyskland.¹⁰⁰⁰ Da klager var tre år, ble han plassert på barnehjem, og senere i fosterhjem. Han tok fosterfamiliens slektsnavn. Han hadde ikke mer kontakt med sin biologiske familie. Da klager var 21 år (2000), reetablerte han kontakt med sin biologiske familie. Han og hans biologiske søster, som da var 16 år, innledet et forhold. Fra 2001 hadde de regelmessige samleier. I perioden 2001 til 2005 fikk de fire barn. Etter det fjerde barnet steriliserte søsteren seg. De tre eldste barna ble plassert hos fosterfamilier.

I 2002 ble klager dømt for 16 tilfeller av incest. Han fikk en betinget fengselsstraff. I 2004 ble han dømt for ett tilfelle av incest. Straffen ble ti måneder fengsel. I 2005 ble han igjen dømt for to tilfeller av incest, til en fengselsstraff på ett år og to måneder. Også søsteren ble tiltalt for incest. Retten la til grunn at hun hadde en personlighetsforstyrrelse, og at hun var svært avhengig av klager. Hun kunne bare delvis holdes ansvarlig for sine handlinger. Hun ble derfor ikke ilagt noen straff.

Klager tok saken inn for forfatningsdomstolen og påstod at straffebudet mot incest hadde krenket hans rett til selvbestemmelse, altså en del av retten til privatliv. Forfatningsdomstolen gav ikke klager medhold (dissens 7–1). Drøftelsen var meget grundig. Domstolen kom først til at de formålene kriminaliseringen var begrunnet med, i sum var legitime. Det ble særlig fremhevet at straffebudet mot incest tok sikte på å beskytte mot at avhengighetsforhold i familiære relasjoner ble utnyttet. Videre ble det trukket frem at det i familierelasjoner var vanskelig å skille mellom overgrep og utøvelse av den seksuelle selvbestemmelsesretten. Det ble også lagt en viss vekt på eugeniske forhold.

Forfatningsdomstolen kom også til at kriminaliseringen var egnet til å vareta de legitime formålene, at den ikke gikk lenger enn nødvendig, og at den var proporsjonal. Den dissenterende dommeren kom til at kriminaliseringen ikke kunne forankres i et legitimt formål. Etter hans oppfatning kunne ikke eugeniske vurderinger ligge til grunn for en kriminalisering. Det var ikke holdepunkter i loven eller forarbeidene for at straffebestemmelsen hadde som formål å beskytte seksuell

¹⁰⁰⁰ Sak nr. 43547/08, dom 12. april 2012.

selvbestemmelsesrett. Etter hans oppfatning var formålet med kriminaliseringen å beskytte moral, noe han mente ikke var et legitimt formål.

EMDs kontroll av forholdsmessigheten var prosessuelt innrettet: Domstolen viste til at den nasjonale forfatningsdomstolen hadde gjort meget grundige vurderinger av forholdsmessigheten. Det ble spesielt fremhevet at et sentralt formål med kriminaliseringen slo til i denne saken: Søsteren hadde personlighetssvekkelser, hun var bare delvis ansvarlig for sine handlinger, og hun var svært avhengig av tiltalte. EMD uttalte deretter at domfellelsen i den konkrete saken «appear not to be unreasonable». Det kan settes spørsmålsteget ved om resultatet ville blitt ikke krenkelse dersom sakens faktum var annerledes, for eksempel dersom det var tale om en frivillig seksuell relasjon mellom to ressurssterke personer som var adoptivsøsken. I et slikt tilfelle slår de legitime formålene med kriminaliseringen som forfatningsdomstolen fremhevet, i begrenset grad til.

Et annet eksempel på at EMD gjør en (i det vesentlige) prosessuell kontroll av forholdsmessigheten ved bruk av straff, er Thörn mot Sverige.¹⁰⁰¹ Thörn var blitt skadet i en trafikkulykke og hadde store smerter. Han hadde forgjeves forsøkt ulike former for smertelindrende medikamenter. Legene hadde foreslått metadon (opioid), men han ønsket ikke å bruke det på grunn av bivirkninger. Medisinsk cannabis (Sativex) var tilgjengelig i Sverige, men ikke på blå resept. Thörn hadde ikke økonomi til å gå på denne medisinen.

Thörn begynte derfor å dyrke cannabis til eget bruk. Da han begynte å bruke det, fikk han en radikal forbedring av livskvaliteten: Han klarte å jobbe fulltid, ta vare på familien og ellers leve et relativt normalt liv. Han tok ca. 0,2 gram om morgenen og kvelden i kaffe.

Thörn ble tiltalt for produksjon og besittelse av narkotika samt for bruk. Han ble frifunnet i tingretten (mot fagdommerens stemme) med grunnlag i nødrett («emergency situation»). I ankedomstolen ble han dømt til betinget fengsel og en bot på ca. 1170 euro. Det ble lagt til grunn at det ikke var tale om en nødrettssituasjon.

Thörn anket dommen til svensk høyesterett. Han ble her kun dømt for produksjon av narkotika, og ikke for besittelse og bruk. Domstolen mente at produksjon konsumerte de to øvrige forholdene. Boten ble redusert til ca. 520 euro, og det ble ikke idømt en betinget fengselsstraff. Domstolen gjorde en grundig drøftelse av om Thörn kunne frifinnes på grunnlag av nødrett etter nasjonal lovgivning. Et avgjørende argument var at frifinnelse med grunnlag i nødrett krevde at det var tale om en situasjon som for lovgiver hadde vært uforutsett. Det var det ikke i denne saken. Lovgiver hadde ved kriminaliseringen av cannabis gjort en avveining mellom det legitime formålet med kriminaliseringen, som var kontroll av bruk av

1001 Sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022.

narkotika, på den ene siden, og behov for tilgang til smertelindring på den annen. Nødrett kunne bare komme på tale i en nødsituasjon, for eksempel hvis han ikke hadde hatt tilgang til ordinære helsetjenester.

Ved straffutmålingen ble det vist til at den cannabisen han hadde produsert, hadde svært lite av virkestoffet THC. Det var liten mulighet for å bli ruset på det Thörn hadde produsert, og risikoen for at det skulle ende opp i hendene på andre, var tilnærmet ikke-eksisterende. Det ble også lagt stor vekt på Thörns spesielle situasjon.

Thörn klaget til EMD og påstod at domfellelsen innebar en krenkelse av retten til privatliv i EMK artikkel 8. EMD påpekte innledningsvis at Thörn ikke hadde fremmet anførsler om krenkelse av EMK artikkel 8 da nasjonale domstoler behandlet straffesaken. Nasjonale domstoler hadde dermed ikke gjort en direkte vurdering av om Thörn ikke skulle vært ilagt straff på grunn av EMK artikkel 8. Derimot hadde de nasjonale domstolene gjort vurderinger av om de individuelle forholdene som gjaldt Thörns privatliv, var blitt tatt i betraktning og tillagt stor nok vekt ved straffutmålingen. EMD gikk grundig gjennom svensk høyesteretts drøftelse av de personlige forholdene (behov for smertelindring), som ledet til en klar nedsettelse av straffen. EMD påpekte at det også var relevant i forholdsmessighetsvurderingen at selv om Thörn ble straffet for produksjon av cannabis, fikk han våren 2017 (mens straffesaken pågikk) foreskrevet en medisin som gav effektiv smertelindring. Under henvisning til at staten i denne saken hadde en vid skjønnsmargin, konkluderte EMD med at det ikke hadde skjedd en krenkelse av EMK artikkel 8. EMDs kontroll av forholdsmessigheten er i denne saken fullt ut prosessuelt innrettet. Men det er tale om en grundig slik prøvelse.

I Lings mot Danmark¹⁰⁰² var Lings, som var lege, blitt dømt for to tilfeller av medvirkning til selvmord og ett tilfelle av forsøk på medvirkning til selvmord, til en straff av 60 dager betinget fengsel. Konkret hadde han gitt råd til eldre, terminalt syke om hvordan de kunne avslutte sine liv ved hjelp av medikamenter. Han hadde også publisert på internett en skriftlig guide til hvordan man kunne begå selvmord. Publikasjonen var ikke forbudt i Danmark, og straffesaken omfattet ikke publikasjonen. Et flertall på tre dommere i Høyesterett fastsatte straffen til 60 dager betinget fengsel. De la vekt på at det var et visst systematisk preg over de straffbare handlingene. I formildende retning kom at Lings var nesten 78 år. Et mindretall på to dommere mente passende straff var 30 dager betinget fengsel.

Lings brakte saken inn for EMD. Han påstod at domfellelsen krenket hans rett til ytringsfrihet i EMK artikkel 10. EMD anla en tydelig prosessuell kontroll. Etter å ha gått grundig gjennom domspremissene mente EMD at dansk høyesterett

1002 Sak nr. 15136/20, dom 12. april 2022.

hadde «made a thorough judicial review of the applicable law in the light of the Convention».¹⁰⁰³

I tillegg til disse tre dommene er det flere eksempler på at EMD anlegger en prosessuelt orientert vurdering av forholdsmessigheten ved bruk av straff.¹⁰⁰⁴

c) Dommer hvor det gjøres en «mixed approach»

For en del av dommene er det dekkende å si at EMDs kontroll av forholdsmessigheten følger en «mixed approach». Leseren må ha *in mente* at det ved kategoriseringen av dommene kan være flytende overganger mellom kategoriene og delte meninger om hva som er en ren prosessuell kontroll, og hva som skal karakteriseres som en «mixed approach».

Et eksempel på at EMD gjør en «mixed approach» ved vurderingen av om bruk av straff i en konkret sak er forholdsmessig, er storkammerdommen Perincek mot Sveits.¹⁰⁰⁵ Det er saken hvor klager var blitt ilagt bøter og subsidiær fengselsstraff på 30 dager for å ha benektet Tyrkias folkemord på armenerne. Perincek påstod at bruken av straff var i strid med EMK artikkel 10. I dommen oppstilte EMD en rekke momenter som nasjonale myndigheter skal benytte i avveiingen mellom EMK artikkel 10 og EMK artikkel 8. Utlegningen av momentene er svært detaljert og løper over 24 sider. EMD tok deretter stilling til om og eventuelt i hvilken grad nasjonale myndigheter har vurdert forholdsmessigheten ut fra kriteriene. I denne saken hadde nasjonale domstoler i svært liten grad gjort slike vurderinger.

EMD mente da at de selv måtte gjøre en vurdering av forholdsmessigheten av inngrepet:

Taking into account all the elements analysed above – that the applicant’s statements bore on a matter of public interest and did not amount to a call for hatred or intolerance, that the context in which they were made was not marked by heightened tensions or special historical overtones in Switzerland, that the statements cannot be regarded as affecting the dignity of the members of the Armenian community to the point of requiring a criminal-law response in Switzerland, that there is no international-law obligation for Switzerland to

1003 Avsnitt 58.

1004 For eksempel *A. D. T. mot Storbritannia*, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 34–39 og *Bouton mot Frankrike*, sak nr. 22636/19, dom 13. oktober 2022 avsnitt 50–67. Prøvelsen her er prosessuelt innrettet. Likevel har den et klart materielt islett: Siden det ble ilagt en streng strafferettslig reaksjon, ble kravene til den nasjonale begrunnelsen for slik bruk av straff betydelig skjerpet.

1005 Sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015.

criminalise such statements, that the Swiss courts appear to have censured the applicant for voicing an opinion that diverged from the established ones in Switzerland, and that the interference took the serious form of a criminal conviction – the Court concludes that it was not necessary, in a democratic society, to subject the applicant to a criminal penalty in order to protect the rights of the Armenian community at stake in the present case.¹⁰⁰⁶

Dette er en grundig indre, materiell vurdering av forholdsmessigheten av bruken av straff.

Storkammerdommen S. A. S. mot Frankrike¹⁰⁰⁷ er et annet eksempel på at EMD gjør en kombinasjon av en prosessuell og en materiell kontroll av forholdsmessigheten. Dette er saken hvor en kvinne påstod at en ny lov som kriminaliserte å bære bekledning som dekker ansiktet (burka, nikab), krenket blant annet EMK artikkel 8. I kontrollen av forholdsmessigheten av kriminaliseringen vurderte EMD først om det legitime formålet offentlig sikkerhet («public safety») kunne begrunne kriminaliseringen. Her var EMD uenig med nasjonale myndigheter: Det uttales at et totalforbud mot å bære burka/nikab på offentlig sted bare vil være forholdsmessig begrunnet i offentlig sikkerhet hvis det foreligger en generell trussel mot offentlig sikkerhet. Staten hadde ikke påvist at dette var tilfellet i Frankrike. Dermed ble det konkludert med at totalforbudet mot å ikle seg burka/nikab på offentlig sted forankret i hensynet til offentlig sikkerhet var uproporsjonalt.

EMD vurderte så forholdsmessigheten av kriminaliseringen opp mot det andre legitime formålet som var anført av staten: å sikre visse minimumskrav til sosialt samliv i det offentlige rom. Drøftelsen av om kriminaliseringen var forholdsmessig for å vareta dette formålet, er i det vesentlige materielt innrettet. Først ble det vist til at forbudet rammet bare en liten del av befolkningen. Det kunne da fremstå som overdrevent å møte bruken med et kriminalisert totalforbud mot å ha på seg burka/nikab i det offentlige rom. Et annet problem med forbudet var at det kunne medføre at kvinner ble isolert, og at det grep inn i deres rett til å vise sin religiøse tro. Det var derfor forståelig at de kvinnene det angikk, kunne oppfatte forbudet som en trussel mot deres identitet. Videre viste EMD til at en rekke nasjonale og internasjonale aktører innen beskyttelse av fundamentale rettigheter hadde konkludert med at et totalforbud mot bekledningen i det offentlige rom var uforholdsmessig.

På den annen side påpekte EMD at forbudet kun var innrettet mot bekledning som dekket til ansiktet. Og selv om det var tale om en straffesanksjon, hadde

1006 Avsnitt 280.

1007 Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014.

lovgiver valgt en lite alvorlig straffereaksjon: en bot på maksimalt 150 euro, med en mulighet for domstolene til heller å pålegge lovbryteren å delta på et statsborgerskapskurs («citizenship course»). Det mest tungtveiende argumentet for domstolen ser ut til å ha vært statens ønske om å «protect a principle of interaction between individuals, which in its view is essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society».¹⁰⁰⁸ EMDs kontroll av forholdsmessigheten har en viss prosessuell innretning, men er i kjernen materiell.

I storkammerdommen *Bedat mot Sveits*¹⁰⁰⁹ var *Bedat*, som var journalist, blitt ilagt en strafferettslig bot for å ha omtalt opplysninger som var omfattet av taushetsplikt, i en avisartikkel. Etter sveitsisk rett var det straffbart for journalister å viderefremde opplysninger som var omfattet av slik taushetsplikt. EMD kom til at bruk av straff i dette tilfellet ikke var en krenkelse av retten til ytringsfrihet i EMK artikkel 10. Ved vurderingen av forholdsmessigheten av inngrepet i ytringsfriheten etablerte EMD en rekke kriterier som skal vurderes av nasjonale myndigheter ved avveiingen mellom inngrep i ytringsfriheten og retten til upartisk domstolsbehandling for tiltalte, tiltaltes rett til privatliv og uskyldspresumsjonen. EMDs kontroll av nasjonale domstolars bruk av kriteriene har i all hovedsak en prosessuell innretning.¹⁰¹⁰

Det er flere dommer hvor EMD på tilsvarende måte gjør en dels prosessuell, dels materiell kontroll av forholdsmessigheten av bruk av straff.¹⁰¹¹

d) Dommer med en materielt preget kontroll av forholdsmessigheten

Fra nyere praksis er det særlig tre dommer hvor det gjøres en materielt preget vurdering av forholdsmessigheten. Den dommen hvor en materiell kontroll av forholdsmessigheten kanskje er mest fremtredende, er *Lacatus mot Sveits*.¹⁰¹² Det var saken hvor myndighetene i Genève kanton hadde gjort en generell og ubegrenset kriminalisering av tigging på offentlig sted. Klager ble ilagt bøter med

1008 Avsnitt 153.

1009 Sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 55–82.

1010 Avsnitt 55–82.

1011 For eksempel *Morice mot Frankrike*, sak nr. 29369/10, storkammerdom 23. april 2015 (krenkelse); *Kudrevicius og andre mot Latvia*, sak nr. 37553/05, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 142–182 (ikke krenkelse); *Patricio Monteiro Telo De Abreu mot Portugal*, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 35–48 (krenkelse); *Rabczewska mot Polen*, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 46–65 (krenkelse) og *Allée mot Frankrike*, sak nr. 20725/20, dom 18. januar 2024 (krenkelse).

1012 Sak nr. 14965/15, dom 19. januar 2021.

subsidiær fengselsstraff. Siden hun ikke hadde midler til å betale bøtene, sonet hun en fengselsstraff på fem dager. Klager var rom. Hun fikk ikke jobb og så seg nødt til å tigge for å tjene til livets opphold.

I straffesaken gjorde hun gjeldende at forbudet mot tigging var i strid med retten til privatliv i EMK artikkel 8. Saken gikk til forfatningsdomstolen, uten at klager fikk medhold. Forfatningsdomstolen viste til flere tidligere avgjørelser hvor det var blitt drøftet om forbudet mot tigging var i strid med konstitusjonen og EMK artikkel 8. I de tidligere dommene var det blitt gjort ganske grundige vurderinger av det legitime formålet med kriminaliseringen. Nødvendigheten av inngrepet var også blitt adressert. Forfatningsdomstolen hadde vist til at det var tale om et absolutt forbud. Nærmere bestemt var det ingen geografiske eller tidsmessige begrensninger av forbudet. Straffebudet var heller ikke begrenset til pågående og offensiv tigging. Det ble videre vist til at det ikke var mulig å søke om tillatelse om tigging for personer på gjennomreise eller med ulovlig opphold. Forfatningsdomstolen understreket at domstolens prøvelse var subsidiær. Siden det gjaldt lokale forhold, og siden forbudet hadde en politisk dimensjon, hadde lokale myndigheter en skjønnsmargin. Forfatningsdomstolen viste også til at lovgivningen i Genève åpnet for å søke om sosialstønad for personer som ikke hadde midler å livnære seg på. Retten gjaldt også for utlendinger uten oppholdstillatelse, dog med noen begrensninger. Domstolen la til grunn at denne lovgivningen medførte at forbudet mot tigging ikke fratok personer som tigget, retten til å få penger til livsopphold.¹⁰¹³

EMDs vurdering av forholdsmessighetsvurderingen er ikke innrettet mot en prosessuell overprøvelse av nasjonale myndigheters vurdering av forholdsmessigheten. EMD viste først til at klager var i en svært vanskelig situasjon. Det ble uttalt at det ikke var noen grunn for domstolen til å tvile på at tiggingen var en måte å overleve på for henne. Videre ble det lagt vekt på at klager ble ilagt en streng sanksjon. Siden hun ikke hadde penger til å betale boten, måtte hun sone en fengselsstraff.

Hva gjaldt statens behov for inngrepet, uttalte domstolen at de legitime formålene bak kriminaliseringen av tigging ikke var særlig sterke. Det ble uttrykt tvil om kriminalisering av tigging var et effektivt tiltak mot menneskehandel. Når det gjaldt hensynet til offentligheten («l'intérêt public»), ble det vist til at kriminaliseringen ikke var begrenset til aggressiv eller pågående tigging. Domstolen viste også til at FN's spesialrapportør innenfor feltet ekstrem fattigdom og menneskerettigheter hadde uttalt at å forby tigging for å gjøre fenomenet mindre synlig, og for å gjøre investeringer i et område mer attraktivt, ikke var legitime formål som kunne begrunne et forbud.

1013 Avsnitt 18.

Til slutt drøftet domstolen om det fantes mindre inngripende tiltak enn kriminalisering som kunne benyttes for å oppnå det samme eller et lignende resultat. Det ble vist til at majoriteten av medlemsstater i Europarådet som var blitt undersøkt (38 land), hadde en mer nyansert tilnærming til forbud mot tigging. Det ble fremhevet at forfatningsdomstolen ikke hadde gjort noen reelle vurderinger av om man kunne nådd samme eller tilsvarende resultat med mindre inngripende lovgivning. Dette er det eneste tilløpet i dommen til en prosessuell vurdering.

EMD konkluderte med at sanksjonen som klager ble ilagt, ikke var forholdsmessig verken ut fra formålet om å bekjempe organisert kriminalitet eller formålet om å beskytte interessene til forbipasserende, beboere eller næringslivet. På grunn av klagers sårbare situasjon, hvor hun ikke hadde annet alternativ enn å tigge, mente domstolen at bruk av straff grep inn i hennes menneskeverd.

Med grunnlag i EMDs klare generelle dreining fra en materiell til en prosessuell kontroll fremstår den nesten utelukkende materielle kontrollen av forholdsmessighet her som oppsiktsvekkende.

Den andre relativt ferske dommen hvor EMD går langt i en materiell kontroll av forholdsmessigheten, er *Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*.¹⁰¹⁴ Organisasjonen er en arbeidstakerorganisasjon som organiserer et titalls offentlige markeringer per år. På grunn av covid-19 innførte sveitsiske myndigheter den 16. mars 2020 strenge smitteverntiltak. Det ble gjort ved at den utøvende makt utferdiget forskrifter. Her ble det lagt ned totalforbud mot offentlige og private arrangementer. Mange offentlige etablissementer måtte stenge, blant annet butikker, restauranter, muséer og kinoer. Kolonialbutikker, banker, bensinstasjoner og hoteller kunne holde åpent. Overtredelse kunne straffes med bøter og fengsel inntil tre år. Den 20. mars ble tiltakene i hovedsak videreført, men det ble tillatt med forsamlinger på fem personer (eller mindre). Tiltakene stod ved lag frem til den 26. april.

Den 29. april ble det gjort lettelse i restriksjonene, med virkning fra den 11. mai. Blant annet fikk butikker, restauranter, muséer og biblioteker åpne. Undervisningen i skolene ble tatt opp igjen. Det ble derimot ikke gjort lettelse i restriksjonene mot forsamlinger. Den 20. mai besluttet myndighetene at religiøse feiringer (private og offentlige) kunne gjenopptas med virkning fra 28. mai.

Den 26. mai gjorde klager gjeldende for domstolene at de hadde måttet avlyse en markering av 1. mai, og at dette var en krenkelse av EMK artikkel 11.

Den 27. mai ble det besluttet at det med virkning fra 30. mai igjen var tillatt med forsamlinger, da maksimalt på 30 personer. Fra 30. juni skulle det være tillatt med private og offentlige forsamlinger på inntil 300 personer, herunder politiske

1014 Sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022.

markeringer og demonstrasjoner. Forsamlinger på mer enn 1000 personer forble forbudt frem til utgangen av august.

Klager gjorde gjeldende for EMD at forbudet mot offentlige markeringer og demonstrasjoner hadde vært i strid med EMK artikkel 11. Ved kontrollen av forholdsmessigheten viste EMD til at nasjonale domstoler ikke hadde vurdert forholdsmessighet. Grunnen var at det fremgikk av den forskriften som gjaldt tiltak i kultursektoren, at det ikke var adgang til å bruke rettsmidler mot avgjørelser truffet i medhold av forskriften.¹⁰¹⁵

EMD gjorde så en materiell vurdering av forholdsmessigheten av det straffesanksjonerte forbudet mot offentlige forsamlinger. Klagerne hadde vist til at mens forbudet mot demonstrasjoner bestod, var det tillatt å være på arbeidsplassen, selv om flere hundre ansatte kunne være samlet der. EMD uttalte at staten ikke hadde svart på klagers spørsmål om hvorfor slik aktivitet var tillatt, mens det var forbudt med forsamlinger i friluft, selv om man hadde beskyttelsestiltak mot smitte. EMD slo så fast at en betingelse for at et inngrep skulle være forholdsmessig, var at det kunne utelukkes at et mindre inngripende tiltak ikke ville fungere for å vareta det legitime formålet. Det ble videre fremhevet at organisasjonen varetok sentrale verdier i samfunnet, at det var tale om et absolutt forbud mot offentlige forsamlinger, at forbudet ble opprettholdt lenge, at forbudet mot offentlige markeringer grep inn i organisasjonens kjernevirksomhet, og at overtredelser av forbudet kunne bli møtt med svært strenge straffesanksjoner.¹⁰¹⁶

Den tredje dommen hvor EMD gjør en materielt preget kontroll med forholdsmessigheten, er Rouillan mot Frankrike.¹⁰¹⁷ Klager hadde bakgrunn som vens-treradikal terrorist på 1980-tallet. Han hadde sonet en straff på 25 års fengsel og ble løslatt på prøve i 2012. Klager hadde i et radioprogram uttalt seg i positive ordelag om personene som gjennomførte terrorangrepet i Paris og Seine-Saint-Denis i november 2015. I dette angrepet ble 130 personer drept, inkludert 90 på Bataclan-teateret. I tillegg ble 416 personer såret, hvorav 100 alvorlig. Han sa blant annet at han syntes terroristene var modige, og at det var feil å si at de hadde opp-trådt feigt. Klager ble dømt til en fengselsstraff på 18 måneder, hvorav 10 måneder var betinget.

1015 Denne regelen ble kjent forfatningsstridig av den sveitsiske forfatningsdomstolen den 24. mai 2021, se avsnitt 57.

1016 Avsnitt 85–90. Saken ble fremmet for storkammerbehandling, og storkammeret avsa dom den 27. november 2023 (*Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022). EMD konkluderte med at saken skulle avvises fordi klager ikke hadde uttømt nasjonale rettsmidler, noe som er et vilkår for å få klagen realitetsbehandlet, jf. EMK artikkel 35. Kammerdommen sier likevel sitt om EMDs vurdering av sakens materielle side.

1017 Sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022.

Klager påstod at domfellelsen krenket EMK artikkel 10. Ved forholdsmessighetskontrollen var EMD i stor grad enig med den nasjonale domstolen om at ytringene ikke nyter vern under EMK artikkel 10. Da EMD kom til den sanksjonen som ble ilagt, skiftet det: Domstolen uttalte at straffesanksjoner i form av fengselsstraff for å reagere mot en ytring fremsatt i en politisk debatt kun er akseptabelt i helt ekstraordinære tilfeller. Som eksempel ble det nevnt direkte oppfordring til bruk av vold. Klager sonet straffen i form av elektronisk overvåking i seks måneder og tre dager. EMD konkluderte med at en slik straff var uforholdsmessig, og i tilfelle måtte begrunnes grundigere av nasjonale domstoler hvis den skulle være forholdsmessig.

Det finnes også noen andre eksempler fra dommer som ligger noe lenger tilbake i tid, på at domstolen har gjort en materielt preget kontroll av forholdsmessigheten i saker som gjelder bruk av straff.¹⁰¹⁸

10.3.4 Konklusjoner og vurderinger

EMD kontrollerer statenes bruk av straff. I noen saker er kontrollen innrettet mot selve kriminaliseringen av atferd (S. A. S., og i nokså stor grad *Lacatus*), men i de fleste sakene som er undersøkt, kontrollerer EMD om bruken av straff i en konkret sak er forholdsmessig.

Vurderingen av om bruken av straff forfølger et legitimt formål, kommer generelt sjelden på spissen for EMD. Men i de sakene det skjer, gjør EMD grundige vurderinger av om statens formål med bruken av straff er legitime. Det vurderes også i hvilken grad de legitime formålene gjør seg gjeldende. Ved disse vurderingene er det ikke direkte spor av subsidiaritet eller skjønnsmargin. Tilnærmingen har gode grunner for seg. For det første er inngrep uten et legitimt formål vilkårlige. For det annet har domstolen ofte håndfast materiale å vurdere formålet med bruk av straff opp mot. For det tredje er det i en forholdsmessighetsvurdering nødvendig å angi presist hva som er det legitime formålet med et inngrep: Det er det legitime formålet med inngrepet som egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet vurderes opp mot.

Vi har videre sett at EMD alltid i det minste gjør en grundig prosessuell kontroll av forholdsmessigheten ved bruk av straff, og ikke en tilbaketrunket eller begrenset

1018 *Dudgeon mot Storbritannia*, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 45–63 (krenkelse); *Norris mot Irland*, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988 avsnitt 39–47 (krenkelse); *Lehideux og Isorni mot Frankrike*, sak nr. 24662/94, storkammerdom 23. september 1998 avsnitt 51–58 (krenkelse); *Pretty mot Storbritannia*, sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002 avsnitt 68–78 (ikke krenkelse) og *Vajnai mot Ungarn*, sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008 avsnitt 48–58.

kontroll. Det gjelder også i tilfeller hvor EMD tilstår staten en vid skjønnsmargin. At det ikke er tale om en tilbaketrukket eller begrenset kontroll, er presisert blant annet i *Perincek mot Sveits*.¹⁰¹⁹

Videre er det avdekket at EMD i en god del storkammersaker går lenger og gjør en viss materiell vurdering av forholdsmessigheten. Kvantitativt i det utvalget jeg har gjort, er det flere dommer hvor det gjøres en «mixed approach», enn dommer hvor det gjøres en ren prosessuell kontroll av forholdsmessigheten, uten materielle innslag. Det er også flere eksempler på at det gjøres grundige, materielle prøvinger av forholdsmessigheten av bruk av straff. Tatt i betraktning den generelle utviklingen i EMD fra vekt på materiell kontroll til hovedfokus på prosessuell kontroll kan dette fremstå som noe overraskende. Én forklaring kan være at inngrep i form av straff står i en særstilling; det er samfunnets sterkeste inngrep overfor borgerne.

Hva er så bestemmende for hvor grundig EMD kontrollerer forholdsmessigheten av medlemsstatenes bruk av straff? Selv om det ikke er mulig å gi noen helt konsistente og absolutte svar, er det klart at graden av skjønn som er overlatt til statene (statenes skjønnsmargin), har betydning for innretningen og intensiteten av forholdsmessighetskontrollen: Jo videre skjønnsmargin, jo mer tilbakeholden er EMD med prøvelsen av forholdsmessigheten, og vice versa.¹⁰²⁰ Skjønnsmarginen er av EMD selv blitt beskrevet som «a tool to define relations between the domestic authorities and the Court».¹⁰²¹ Omfanget av statens skjønnsmargin

varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, *its importance for the individual*, the *nature of the interference and the object pursued by the interference*. The margin will tend to be narrower where the right at stake is *crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights* [...]. Where a *particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake*, the margin allowed to the State will be restricted [...]. Where, however, there is *no consensus* within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the

1019 Sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 196: «The Court's task is not to take the place of the competent national authorities but to review the decisions that they made under Article 10. This does not mean that the Court's supervision is limited to ascertaining whether these authorities exercised their discretion reasonably, carefully and in good faith. The Court must rather examine the interference in the light of the case as a whole and determine whether it was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it were relevant and sufficient. In doing so, the Court has to satisfy itself that these authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and relied on an acceptable assessment of the relevant facts.»

1020 Bl.a. Kleinlein 2019 s. 96 og Aall 2022 s. 168–180, begge med videre henvisninger.

1021 *A og andre mot Storbritannia*, sak nr. 3455/05, storkammerdom 19. februar 2009 avsnitt 184.

interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider [...] (min kursivering).¹⁰²²

Dette er generelle momenter. De gir erfaringsmessig ikke alltid sikre svar på omfanget av statens skjønnsmargin i konkrete saker.¹⁰²³ Av og til får man inntrykk av at det som overordnet er styrende for EMDs prøvelse, er i hvilken grad en kontroll av nasjonalstatens myndighetsutøvelse er kontroversielt i den konkrete saken.¹⁰²⁴

Et moment som peker seg ut i det gjennomgåtte materialet, er inngrepets karakter («the nature of the interference»). En fellesnevner for de to sakene hvor EMD går langt i en materiell prøvelse av forholdsmessigheten, er at kriminaliseringene som ble kontrollert, var generelle og ubegrensede. I Lacatus uttalte domstolen at straffebudet «indiscriminately sanctions all those who resort to begging. The Court takes the view that a blanket ban on a given behaviour, like that in the present case, is a radical measure that requires a strong justification and particularly strict scrutiny by the courts authorised to weigh up the relevant interests as stake [...]».¹⁰²⁵

I Communauté Genevoise hadde sveitsiske myndigheter i perioden mellom 17. mars og 30. mai 2020 på grunn av restriksjoner mot korona i praksis forbudt alle former for slike demonstrasjoner som foreningen hadde som nedfelt formål å gjennomføre. EMD uttalte at det var tale om et «outright prohibition of a certain type of conduct is a drastic measure which requires strong reasons to justify it and

1022 *S og Marper mot Storbritannia*, sak nr. 30562/04 og 30566/04, storkammerdom 4. desember 2012 avsnitt 102.

1023 Se for eksempel Rt. 2004 s. 1737 (*TV Vest*). Her la flertallet (fire dommere) til grunn at staten hadde en vid skjønnsmargin, se avsnitt 62–65. Mindretallet (en dommer) kom derimot til at skjønnsmarginen var snever (avsnitt 75 og 81). Da saken nådde EMD, ble det lagt til grunn at staten ikke hadde en vid skjønnsmargin, se *TV Vest og Rogaland pensjonistparti mot Norge*, sak nr. 21132/05, dom 11. desember 2008 avsnitt 64–67. Se også Molbæk-Steensig 2023 s. 84 med videre henvisninger, som uttaler om skjønnsmarginen: «What, however, has been confusing scholars continuously since the 1990s, is its exact role in adjudication.» Se også s. 107 med videre henvisninger, hvor det vises til at skjønnsmarginen er blitt beskrevet som «as slippery and elusive as an eel», «an 'empty rhetorical device'» og «a convenient way to dispose of cases».

1024 Molbæk-Steensig 2023 undersøker forholdet mellom bruken av termen «statens skjønnsmargin» og graden av handlingsrom for staten, og konkluderer på s. 107 med at «there is no direct relationship between the two, but there is an indirect one in the sense that the margin of appreciation is more likely to be used in 'hard cases' where there is no obvious solution because there is no settled case law».

1025 *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 101.

calls for particularly thorough scrutiny by the courts empowered to weigh up the interests at stake». ¹⁰²⁶ Videre uttalte domstolen at

a blanket measure of this kind requires strong reasons to justify it and calls for particularly thorough scrutiny by the courts empowered to weigh up the interests at stake. Even assuming that such a reason existed – namely the need to tackle the global COVID-19 pandemic effectively – it transpires from the Court’s examination of the exhaustion of domestic remedies [...] that no such scrutiny was performed by the courts, including the Federal Supreme Court. Thus, the balancing exercise between the competing interests at stake, required by the Court for the purposes of assessing the proportionality of such a drastic measure, was not carried out [...]. This is especially worrying in terms of the Convention in that the blanket ban remained in place for a significant length of time. ¹⁰²⁷

Det fremgår av sammenhengen i begge dommene at momentet er blitt tillagt stor vekt i retning av at bruken av straff ikke var forholdsmessig. Resonnementet har gode grunner for seg. For det første er slike kriminaliseringer av en absolutt karakter. Det har formodningen mot seg at en absolutt og unntaksfri kriminalisering ikke går lenger enn nødvendig, og at den er proporsjonal. ¹⁰²⁸ For det annet åpner slike kriminaliseringer i prinsippet ikke for forholdsmessighetsvurderinger ved bruk av straff i konkrete saker.

Et forhold som er like viktig som skjønnsmarginen for prøvingen av forholdsmessighetsvurderingen, er hvordan nasjonale myndigheter har vurdert forholdsmessigheten. Hvis nasjonale myndigheter ikke har gjort en vurdering av forholdsmessigheten (eller gjort en klart utilstrekkelig vurdering), vil EMD konstatere krenkelse, selv om skjønnsmarginen er vid. I visse tilfeller, som i *Perincek* mot Sveits, kan det være at EMD da selv gjør en forholdsmessighetsvurdering og konstaterer krenkelse. ¹⁰²⁹ Det man oftest ser, er imidlertid at EMD konstaterer en prosessuell krenkelse av konvensjonen («procedural violation»). ¹⁰³⁰ Og jo grund-

1026 *Communauté Genevoise d’Action Syndicale mot Sveits*, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 85.

1027 Avsnitt 86.

1028 Se likevel M.A.3664/19, dom 25. juli 2024 avsnitt 163–167, hvor EMD aksepterte en absolutt kriminalisering av kjøp av seksuelle tjenester. EMD uttalte at myndighetene løpende måtte vurdere nødvendigheten av et absolutt forbud, se avsnitt 167.

1029 Sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 279–280.

1030 Se bl.a. «Partly Concurring and partly Dissenting Opinion of Judge Nussberger» i *Perincek*, under «Points of dissent with the majority’s approach»: «I do not agree that there has been a substantive violation of freedom of expression in the present case. In my view there has only been a procedural violation, which is due to the lack of legal certainty and the lack of balancing of the rights involved.»

ger nasjonale myndigheter har vurdert forholdsmessigheten, jo mer skjønnsmargin gis til medlemsstatene.¹⁰³¹

At kvaliteten og grundigheten av den nasjonale forholdsmessighetsvurderingen har betydning for EMDs prøvelse, har gode grunner for seg. Hvis statene ikke har gjort vurderinger av forholdsmessigheten ved bruk av straff, fremstår inngrepet som vilkårlig. Grundige forholdsmessighetsvurderinger med kvalitet trekker derimot klart i retning av at inngrepet er forholdsmessig. Å legge vekt på kvaliteten og grundigheten av de nasjonale forholdsmessighetsvurderingene er også godt i samsvar med EMDs prosessuelle kontroll av forholdsmessigheten. Nasjonale myndigheter har da fulgt regelen i EMK artikkel 1 om at det er medlemsstatene som har det primære ansvaret for å implementere konvensjonen.

Et unntak ser ut til å måtte gjøres i de tilfeller det er tale om generelle og absolutte kriminaliseringer, jf. ovenfor. Ved slike former for inngrep ser det ikke ut til å ha nevneverdig betydning hvor grundig nasjonal lovgiver eller domstol har vurdert forholdsmessigheten. I *Lacatus* hadde den sveitsiske forfatningsdomstolen i flere avgjørelser gjort grundige forholdsmessighetsvurderinger av kriminaliseringen, men uten at det ble tillagt særlig betydning av EMD.

1031 Se bl.a. *Perincek mot Sveits*, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 198–199: «If the balancing exercise has been carried out by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for theirs [...]. More recently, in *Aksu v. Turkey* ([GC], nos. 4149/04 and 41029/04, § 67, ECHR 2012), the Grand Chamber elaborated further on this latter requirement, holding that if the balance struck by the national authorities was unsatisfactory, in particular because the importance or scope of one of the rights at stake was not duly considered, the margin of appreciation would be a narrow one.» Se også *Lings mot Danmark*, sak nr. 15136/20, dom 12. april 2022 avsnitt 58. Se videre *Spano* 2021 s. vi: «In case of an application against it, a state's position before the Court is stronger if the domestic institutions themselves already addressed the issue of the proportionality of the interference with the applicant's right. If a prior assessment at the national level is lacking, a violation may be found simply because the respondent government did not demonstrate a proportionality assessment at the domestic level»; *Aall* 2022 s. 174 og *Kjølbros* 2023 s. 854: «Ved vurdering af omfanget af statens skønsmargin tillægges den nationale proces betydning, herunder lovgivningsprosessen og retsanvendelsen, og hvis det fremgår, at der er foretaget en grundig og indgående vurdering og afvejning af nødvendigheden, både generelt i forbindelse med lovgivningens tilblivelse og den konkrete anvendelse af reglerne, taler det for en større skønsmargin.»



11. Norske domstolers kontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff

11.1 INNLEDNING

Temaet i dette kapitlet er norske domstolers kontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff. I punkt 11.2 er temaet Høyesteretts kontroll med kriminaliseringer. I punkt 11.3 behandles Høyesteretts kontroll med bruk av straff i konkrete saker. I punkt 11.4 trekkes konklusjoner, og det gjøres noen vurderinger.

11.2 HØYESTERETTS KONTROLL MED KRIMINALISERINGER

Den eneste avgjørelsen hvor Høyesterett har gjort en relativt grundig prøvelse av forholdsmessigheten av en kriminalisering, er HR-2022-731-A. Et av spørsmålene her var om kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til eget bruk av narkotika var forholdsmessig. Høyesterett kom til at kriminaliseringen forfulgte et legitimt formål, og at den var forholdsmessig. Avgjørelsen er behandlet ovenfor. Som det fremgår der, er mitt standpunkt at kriminaliseringen ikke forfulgte et legitimt formål. Og når en kriminalisering ikke kan forankres i et legitimt formål, er den heller ikke forholdsmessig. Saken ble brakt inn for EMD, med påstand om krenkelse av EMK artikkel 8. Klagen ble avvist av enedommer uten begrunnelse. Siden avgjørelsen ikke er begrunnet, er det ikke mulig å vite hvorfor saken ble avvist. Jeg mener at det er grunnlag for å sette spørsmålsteget ved riktigheten av avgjørelsen.¹⁰³²

Siden Høyesterett er vår øverste domstol hva gjelder tolkingen av Grunnloven, er det opp til Høyesterett selv å fastlegge innretning, metode, fremgangsmåte og intensitet når det gjelder kontrollen av kriminaliseringer. Som på andre områder i jussen varierer oppfatningen om dette og lignende spørsmål over tid. Det er også personavhengig. Høyesterett må ved kontrollen av kriminaliseringer i alle tilfeller minst oppfylle minstekravene som følger av EMK-retten.¹⁰³³

1032 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.2 d) ii).

1033 Kapittel 10 punkt 10.3.

11.3 HØYESTERETTS KONTROLL MED BRUK AV STRAFF I KONKRETE SAKER

Som påvist i kapittel 9 må norske domstoler kontrollere om bruk av straff i konkrete saker er forholdsmessig. I norsk rett gjøres vurderingen av forholdsmessighet i tilknytning til spørsmålet om materiell rettsstrid. Kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff i konkrete saker og vilkåret om materiell rettsstrid har samme funksjoner og likt innhold.¹⁰³⁴

Undersøkelsen i kapittel 9 viser at Høyesterett har forholdt seg til kravet om at bruk av straff må ha et legitimt formål i konkrete saker (Rt. 2000 s. 1455).¹⁰³⁵ Derimot har domstolen i en nyere avgjørelse ikke forholdt seg til dette (HR-2023-1246-A).¹⁰³⁶ Hva gjelder vurderingen av om bruk av straff i konkrete saker er egnet, nødvendig og proporsjonalt, er bildet også sammensatt. I noen saker gjøres det slike vurderinger (Rt. 2003 s. 687,¹⁰³⁷ Rt. 2012 s. 686¹⁰³⁸ og HR-2023-604-A¹⁰³⁹), i andre saker ikke (HR-2019-1715-A¹⁰⁴⁰ og HR-2022-2104-A¹⁰⁴¹).

Det er også konkludert ovenfor med at norske domstoler må prøve om straffutmålingen i konkrete saker er forholdsmessig. Tradisjonelt har det vært et ganske ensidig fokus på allmennprevensjon ved straffutmåling.¹⁰⁴² De siste tre årene er det derimot en tendens at det er klart større fokus på forholdsmessighet (da proporsjonalitet) ved straffutmåling.¹⁰⁴³

Høyesterett må naturligvis ved kontroll av forholdsmessighet ved bruk av straff minst oppfylle minstekravene som følger av EMK-retten.¹⁰⁴⁴

1034 Kapittel 9 punkt 9.2.2.

1035 Kapittel 9 punkt 9.2.5 a) iii).

1036 Kapittel 9 punkt 9.2.5 a) iv).

1037 Kapittel 9 punkt 9.2.6 b).

1038 Kapittel 9 punkt 9.2.6 c).

1039 Kapittel 9 punkt 9.2.6 f).

1040 Kapittel 9 punkt 9.2.6 d).

1041 Kapittel 9 punkt 9.2.6 e).

1042 Kapittel 9 punkt 9.3.1.

1043 Kapittel 9 punkt 9.3.2.

1044 Kapittel 10 punkt 10.3.

Del V

Avslutning



12. Sammenfatning

Frihet er den fremste verdien i en liberal demokratisk rettsstat, da også i strafferetten. Straff er det mest inngripende tiltaket i borgernes frihet som staten har til disposisjon. Når frihet er den fremste verdien, og når bruk av straff er det mest inngripende tiltaket staten har til disposisjon, må en liberal demokratisk rettsstat ha grenser for bruk av straff.¹⁰⁴⁵

Forholdsmessighetsprinsippet utgjør, sammen med legalitetsprinsippet og skyldprinsippet, de tre grunnleggende kravene til en legitim strafferett i en liberal, demokratisk rettsstat. Forholdsmessighetsprinsippet i strafferetten har rettslig forankring på konstitusjonelt nivå. I tillegg kommer forholdsmessighetsprinsippet til anvendelse ved kriminalisering, da gjennom kriminaliseringsprinsippene. Ved bruk av straff i konkrete saker gjelder et ulovfestet krav i strafferetten om materiell rettsstrid.¹⁰⁴⁶ Kravet om forholdsmessighet og materiell rettsstrid er i stor grad to sider av samme sak.¹⁰⁴⁷

Bruk av straff i form av kriminalisering og straff i konkrete saker vil ofte være et inngrep i en konstitusjonelt beskyttet rettighet. De gangene så ikke er tilfellet, gjelder krav om forholdsmessighet i kraft av kriminaliseringsprinsippene. Ved bruk av straff i konkrete saker gjelder et krav om forholdsmessighet i kraft av kravet om materiell rettsstrid.¹⁰⁴⁸

I tillegg til konstitusjonell og menneskerettslig forankring har prinsippet solid grunnlag i et stort antall nasjonale europeiske konstitusjoner samt i tallrike andre jurisdiksjoner.¹⁰⁴⁹ Mens lovkravet stiller *formelt* krav til maktfordeling, demokratisk legitimitet og forutberegnelighet ved inngrep, har forholdsmessighetsprinsippet som funksjon å stille visse *materielle begrensninger* mot statens adgang til å gripe inn i frihetsrettene.

Kravene om lov og forholdsmessighet gir altså lovgiver kompetanse til å gripe inn i og begrense en konstitusjonelt vernet frihetsrett. Hvis kravene tilfredsstilles av lovgiver, er inngrepet legitimt. Samtidig er inngrepet legitimt kun så lenge

1045 Kapittel 1 punkt 1.1.

1046 Kapittel 1 punkt 1.2.

1047 Kapittel 9 punkt 9.2.2.

1048 Kapittel 3 punkt 3.3.4.

1049 Kapittel 4 punkt 4.1.

lovgivers inngrep gjøres i samsvar med og innenfor rammene av lovs- og forholdsmessighetskravet. Kravene har således både en *legitimerende* og en *begrensende funksjon*. I og med at forholdsmessighetsprinsippet ikke bare begrenser og legitimerer adgangen til å kriminalisere, men også gir visse retningslinjer for hvordan en kriminalisering skal utformes for å være forholdsmessig, har prinsippet en *retningsgivende funksjon*. Prinsippet har også en fjerde funksjon: Det gir et *bidrag til å strukturere og systematisere de mange rettsreglene i strafferetten*.¹⁰⁵⁰ Forholdsmessighetsprinsippet består av fire komponenter. For at et inngrep skal være forholdsmessig, må det kunne forankres i et legitimt formål, det må være egnet til å vareta og fremme det legitime formålet, det må ikke gå lenger enn nødvendig, og det må være proporsjonalt.¹⁰⁵¹

I del II er fokuset hvilken betydning kravet om forholdsmessighet har ved kriminalisering. Hva gjelder kravet om legitimt formål, må *straffen som reaksjon* ha et legitimt formål. Når det skal angis hva som er et legitimt formål med straff, må det anlegges en nyansert tilnærming. Sett fra lovgivers perspektiv er allmennprevensjon det legitime formålet med straff. Ved konkret bruk av straff i domstolene må straff av hver enkelt person forankres på et individuelt nivå. Man kan ikke ilegge et individ straff uten at det er rettslig berettiget å gjøre det opp mot denne konkrete personen. I dette perspektivet er straffen et forholdsmessig og individuelt svar på forbrytelsen. Straffen har da som formål å fungere som en forholdsmessig reaksjon på forbrytelsen. Når det kommer til straffegjennomføringen, har verken allmennprevensjon eller forholdsmessig gjengjeldelse noen egentlig betydning. Begrunnelsen for straff på dette stadiet er å forhindre at vedkommende begår nye forbrytelser, altså individualprevensjon.¹⁰⁵² Maksimumsstraffer på 30 års fengsel (eller mer) er ikke forenlig med at straffen skal være forankret i et legitimt formål.¹⁰⁵³ Forvaringsinstituttet er problematisk opp mot kravene til legitimt formål ved bruk av straff.¹⁰⁵⁴

Kravet om legitimt formål får også stor betydning for lovgivers adgang til å *kriminalisere*. Kriminalisering med grunnlag i formål som er i strid med grunnleggende frihetsretter, er ikke mulig.¹⁰⁵⁵ Det samme gjelder kriminaliseringer som gjøres kun for å tilfredsstille folkeopinionens følelser.¹⁰⁵⁶ Videre finnes det rettslige grenser for kriminalisering uten noe formål, eller med et formål som er svært

1050 Kapittel 4 punkt 4.2.

1051 Kapittel 4 punkt 4.3.

1052 Kapittel 5 punkt 5.2.2.

1053 Kapittel 5 punkt 5.2.3.

1054 Kapittel 5 punkt 5.2.4.

1055 Kapittel 5 punkt 5.3.2 b).

1056 Kapittel 5 punkt 5.3.2 c).

vidt angitt.¹⁰⁵⁷ Skadefølgeprinsippet i norsk rett begrenser hvilke formål en kriminalisering kan bygge på. Prinsippet er på denne måten en presisering og utdyping av hva som kan være legitime formål med straff. Skadefølgeprinsippet har for det første en funksjon for lovgiver selv. I så måte kan prinsippet, sammen med de øvrige kriminaliseringsprinsippene, ses på som en form for «selvbinding» fra lovgivers side. Lovgiver har påpekt at prinsippet gir «betydelig veiledning» ved spørsmål om kriminalisering. Avvik fra prinsippet krever «en særskilt tungtveiende begrunnelse». Lovgiver har utviklet flere underkategorier og typetilfeller som presiserer innholdet i prinsippet. Skadefølgeprinsippet og dets underkategorier fungerer som tungtveiende presumsjoner for hvilken type atferd som kan, og ikke kan, kriminaliseres. Siden kravet gjelder for lovgiver, er det lovgiver som har bevis- og begrunnelsesbyrden.¹⁰⁵⁸

Skadefølgeprinsippet stiller for det første et krav om skadelige konsekvenser for at kriminalisering skal være berettiget. Norsk strafferett er på flere punkter i et spenningsforhold til dette kravet.¹⁰⁵⁹ For det annet krever skadefølgeprinsippet at atferden som kriminaliseres, må skade beskyttelsesverdige rettsgoder. Det kan også påvises flere eksempler på at vår strafferett ikke er i overensstemmelse med dette kravet.¹⁰⁶⁰

For at bruk av straff skal være forholdsmessig, må den være egnet til å vareta det legitime formålet. Det gjelder både selve kriminaliseringen¹⁰⁶¹ og straffen som reaksjon.¹⁰⁶² Bruk av straff må ikke gå lenger enn nødvendig. For det første krever forholdsmessighetsprinsippet at kriminalisering er nødvendig, det vil si at man ikke kan oppnå det samme med andre virkemidler enn kriminalisering. For det annet følger det av nødvendighetskravet at en kriminalisering som utgangspunkt ikke må gå lenger enn nødvendig. Også dette kravet er det flere eksempler på at lovgiver har overskredet.¹⁰⁶³ Bruk av straff må også være proporsjonalt.

I del III er temaet hvilken betydning forholdsmessighetsprinsippet har ved bruk av straff i konkrete saker. Forholdsmessighetsprinsippet har en viktig betydning for skyldspørsmålet i straffesaker. Nærmere bestemt er kravet om forholdsmessighet og kravet om materiell rettsstrid som vilkår for straff to sider av samme sak.¹⁰⁶⁴

1057 Kapittel 5 punkt 5.3.2 d).

1058 Kapittel 5 punkt 5.3.3 b).

1059 Kapittel 5 punkt 5.3.3 d).

1060 Kapittel 5 punkt 5.3.3 e).

1061 Kapittel 6 punkt 6.2.

1062 Kapittel 6 punkt 6.3.

1063 Kapittel 7 punkt 7.3.

1064 Kapittel 9 punkt 9.2.2.

Kravet om materiell rettsstrid/forholdsmessighet bør anses som et grunnvilkår for illeggelse av straff.¹⁰⁶⁵

I del IV er temaet i hvilken grad domstolene kontrollerer kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff. Først undersøkes det i hvilken grad EMD kontrollerer forholdsmessigheten ved bruk av straff. Et hovedfunn er at på tross av at EMD generelt har beveget seg fra en materiell kontroll til en prosessuell kontroll av forholdsmessigheten, er det fortsatt en ganske klar materiell innretning på prøvelsene i saker hvor det er tale om bruk av straff.¹⁰⁶⁶ Deretter er spørsmålet i hvilken grad norske domstoler kontrollerer forholdsmessigheten ved bruk av straff. Hva gjelder kontroll av kriminaliseringer, har det skjedd kun én gang.¹⁰⁶⁷ Når det gjelder kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff i konkrete saker, er Høyesteretts praksis ikke konsekvent.¹⁰⁶⁸

1065 Kapittel 9 punkt 9.2.3.

1066 Kapittel 10 punkt 10.3.

1067 Kapittel 11 punkt 11.2.

1068 Kapittel 11 punkt 11.3.



13. Vurderinger og perspektiver

Forholdsmessighetsprinsippet er tradisjonelt blitt viet lite oppmerksomhet av lovgiver. Lovgiver i denne konteksten er de som utreder og foreslår nye kriminaliseringer for Stortinget, altså lovutvalg og departementer. Situasjonen står i klar kontrast til andre rettssystemer, hvor vurderinger av forholdsmessighet står sentralt når det vurderes å kriminalisere atferd.¹⁰⁶⁹

Manglende fokus på forholdsmessighet ved kriminalisering har medført at vi i norsk strafferett har en god del kriminaliseringer som neppe vil passere en forholdsmessighetsprøvelse. De går for langt i å gripe inn i borgernes frihetsretter. Det groveste eksempelet er kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse av narkotika til eget bruk. Et samstemt Storting har gitt klart uttrykk for at rusavhengige skal hjelpes og ikke straffes.¹⁰⁷⁰ En kriminalisering som gjøres uten at den kan forankres i et av parlamentet angitt legitimt formål, er vilkårlig og utgjør myndighetsmisbruk.

Skadefølgeprinsippet presiserer kravet om at en kriminalisering må forankres i et legitimt formål. Nærmere bestemt stiller det krav om at det må påvises skadelige konsekvenser av atferd for å kriminalisere. Det er påvist flere eksempler på at kravet ikke er iaktatt. Ett er kriminaliseringen av deltakelse i terrororganisasjon, jf. straffeloven § 136a.¹⁰⁷¹ Et annet er straffebedene som rammer deltakelse i væpnet konflikt i utlandet (§ 145) og rekruttering til militær virksomhet, som omfattes av § 145 (§ 146).¹⁰⁷² Videre eksempler er kriminaliseringen av medlemskap i kriminell sammenslutning (§ 199 og straffeprosessloven § 222e),¹⁰⁷³ kriminaliseringen av forsøk på medvirkning¹⁰⁷⁴ samt kriminaliseringen av (absolutt) utjenlige forsøk.¹⁰⁷⁵

Skadefølgeprinsippet stiller også krav om at atferd som kriminaliseres, må skade beskyttelsesverdige rettsgoder. «Rettsgode» i denne boken er definert som

1069 Kapittel 1 punkt 1.5.

1070 Kapittel 5 punkt 5.3.2 d) ii).

1071 Kapittel 5 punkt 5.3.3 d) ii).

1072 Kapittel 5 punkt 5.3.3 d) iii).

1073 Kapittel 5 punkt 5.3.3 d) iv).

1074 Kapittel 5 punkt 5.3.3 d) v).

1075 Kapittel 5 punkt 5.3.3 d) vi).

den overordnede verdien eller det overordnede abstrakte godet som en kriminalisering har som formål å beskytte. Som oftest kommer ikke en straffebestemmelses retts gode direkte til uttrykk i straffebestemmelsen. Grunnen er at straffebestemmelsene ofte beskytter noe mer presist angitt. For eksempel beskytter tyveribestemmelsen (§ 321) mot borttakelse av gjenstander og underslagsbestemmelsen (§ 324) mot urettmessig forføyning over betrodde midler. Begge bestemmelser beskytter imidlertid eiendomsretten som det legitime rettsgodet. Rettsgodene som de enkelte straffebestemmelsene tar sikte på å verne, vil ofte fremgå av kapitteloverskriften i straffelovens spesielle del. Som eksempler kan nevnes lovens kapittel 17 (vern av Norges selvstendighet og andre grunnleggende nasjonale interesser), kapittel 24 (vern av personlig frihet og fred) og kapittel 29 (vern av tilliten til penger og visse dokumenter).

Hvilke rettsgoder er av en slik kvalitet at de kan beskyttes med kriminalisering? Slik jeg ser det, har *Frände* gitt et godt svar:

Ett demokratiskt och pluralistiskt samhälle, som det finska, kan inte som skyddsinteressen acceptera andra värden än de som direkt eller indirekt tjänar den enskildes rätt till självförverkligande eller självbestämmande. Det viktigaste tecknet på att ett visst skyddsintresse innehar egenskapen att kunna befrämja individens självförverkligande är att skyddsintresset i fråga ingår i GL eller i konventionerna om mänskliga rättigheter. Med andra ord skall de rättsprinciper som utgör basen för hur objekten värderas vara förankrade i de grundläggande fri- och rättigheterna.¹⁰⁷⁶

Med et slikt syn blir beskyttelse av individets grunnleggende menneskerettigheter det eneste legitime formålet for kriminalisering. En begrensning av statens legitime formål med bruk av straff til beskyttelse av individets grunnleggende frihetsretter er best i samsvar med de overordnede verdiene i en demokratisk rettsstat: frihet og menneskeverd.¹⁰⁷⁷

Tallrike kriminaliseringer står i et tvilsomt forhold til kravet om at kriminaliseringen må forankres i et beskyttelsesverdig retts gode.¹⁰⁷⁸ Videre er det gitt mange eksempler på kriminaliseringer som er vanskelige å forene med kravene til egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet. Et gjennomgående trekk er at forholdsmessigheten ikke er vurdert av lovutvalg og departement. I stedet vurderes kriminaliseringsspørsmål opp mot andre størrelser, som straffverdighet,

1076 *Frände* 2004 s. 23.

1077 Kapittel 5 punkt 5.3.3 e) i).

1078 Kapittel 5 punkt 5.3.3 e) ii) til v).

samfunnsskadelighet,¹⁰⁷⁹ allmenn- og individualprevensjon,¹⁰⁸⁰ at man ønsker å gå foran som et foregangsland,¹⁰⁸¹ at man ønsker å sende et signal,¹⁰⁸² mv.

Man kunne kanskje tenkt seg at en fordel med ikke å forholde seg til krav om forholdsmessighet ved kriminalisering er at man oppnår en mer effektiv strafferett, som gir bedre beskyttelse for de rettsgodene man ønsker å beskytte strafferettslig. Det er imidlertid lite som tyder på at det er en sammenheng mellom vidtgående kriminaliseringer og mer effektiv beskyttelse av rettsgoder. Det er derimot verdt å merke seg at når det gjøres vidtgående kriminaliseringer, og kravene til legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet ikke er iaktatt, blir grensene for det straffbare uklare. Et eksempel er kriminaliseringen av korrupsjon i straffeloven § 387. Rosseland Sandhaug skriver at selv 15 år etter at korrupsjonsbestemmelsene trådte i kraft, har man sett relativt få korrupsjonssaker for domstolene. Hun uttaler videre:

Det kan ikke utelukkes at korrupsjonsbestemmelsens ubestemte utforming bidrar til å begrense sakstilfanget. Påtalemyndigheten skal bare ta ut tiltale i saker hvor de mener de kan bevise skyld ut over enhver rimelig tvil. Dersom utilbørighetsvilkåret fremstår som svært uklart eller uforutsigbart, er det naturlig nok vanskelig for påtalemyndigheten å vurdere om skyld kan bevises utover enhver rimelig tvil. Dersom de er i tvil, må de henlegge saken, og slike påtaleavgjørelser er ikke offentlig tilgjengelige. Det er et paradoks at man har utformet korrupsjonsbestemmelsene med en rettslig standard for å unngå vanskelige bevissspørsmål, med den effekt at det oppstår vanskelige bevissspørsmål.¹⁰⁸³

Jeg er enig i disse betraktningene.

På tross av at det er påvist en god del svikt når det gjelder kravet om forholdsmessighet ved kriminalisering, er bildet ikke udelt negativt. Et eksempel på at det gjøres grundige vurderinger av forholdsmessighet ved kriminalisering, er Rusreformutvalgets vurdering av kriminalisering av bruk og besittelse til eget bruk av narkotika.¹⁰⁸⁴ Et annet eksempel er Straffelovrådets utredning av kriminalisering av medlemskap i en kriminell sammenslutning.¹⁰⁸⁵ Et tredje er Straffelovrådets vurderinger av kriminalisering av krenkelser av den seksuelle selvbestemmelsesretten.¹⁰⁸⁶

1079 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.1 c) iii).

1080 Nærmere kapittel 5 punkt 5.3.1 c) iv).

1081 Nærmere kapittel 7 punkt 7.2.2 d).

1082 Kapittel 5 punkt 5.3.3 i).

1083 Rosseland Sandhaug 2020 s. 136.

1084 Kapittel 5 punkt 5.3.3 e) iii) (3).

1085 Kapittel 5 punkt 5.3.3 d) iv).

1086 Kapittel 5 punkt 5.3.3 e) ii) (4).

Et fjerde er lovutvalget om negativ sosial kontroll, æresrelatert vold, tvangsekteskap og psykisk vold.¹⁰⁸⁷ Det er interessant å merke seg at fokuset på forholdsmessighet i disse fire lovutvalgene er av nyere dato. Samlet sett kan man kanskje si at det er en trend ved vurderinger av kriminaliseringer at forholdsmessighetsprinsippet vies en klart større oppmerksomhet enn tidligere.

Hva gjelder kravet om forholdsmessighet / materiell rettsstrid og bruk av straff i konkrete saker, viser undersøkelsen av rettspraksis at Høyesterett i varierende grad forholder seg til kravet om at bruk av straff må være forholdsmessig i hver konkrete sak ved tolking av straffebud. Kravet om at straff i konkrete saker må forankres i et legitimt formål, ble klart tilsidesatt i HR-2023-1246-A (dronesaken).¹⁰⁸⁸ Hva gjelder kravene til egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet har vi sett at de ikke overholdes av Høyesterett i HR-2019-1715-A (sexdukke) og HR-2022-2104-A (sugar-dating). I HR-2023-604-A (Extinction rebellion) ble derimot forholdsmessigheten vurdert. I sistnevnte tilfelle var det nærliggende å vurdere forholdsmessigheten på grunn av den nære tilknytningen til retten til demonstrasjonsfrihet i EMK artikkel 11. I de to førstnevnte er det imidlertid vanskeligere å forklare hvorfor det ikke ble gjort noen vurderinger av forholdsmessighet. Mens tendensen hos lovgiver (i hvert fall utvalg og departement) er økt fokus på forholdsmessighet, er tendensen hva gjelder bruk av straff i konkrete saker, kanskje den motsatte i Høyesterett.

Forholdsmessighetsprinsippet har også betydning ved straffutmåling i konkrete saker. Tradisjonelt har prinsippet hatt en tilbaketrasket rolle, men den siste tiden har det vært et større fokus på proporsjonalitet i Høyesterett ved straffutmåling.¹⁰⁸⁹ Det er et viktig og riktig korrektiv til det nokså ensidige fokuset det har vært på allmennprevensjon ved straffutmåling.

Domstolene skal i gitte tilfeller gjøre en subsidiær kontroll av om lovgivers kriminaliseringer er forholdsmessige. På grunn av EMKs stilling i norsk rett må domstolen innrette forholdsmessighetsprøvelsen slik at den minst er på linje med EMDs praksis, i de tilfeller kriminaliseringen griper inn i en konvensjonsbeskyttet rettighet. Det er en del forhold som taler for at nasjonale domstolers prøving av forholdsmessighet bør gå lenger enn den prøvelsen som gjøres i EMD. For det første følger det av EMK artikkel 1 at det er nasjonale myndigheter som har det primære ansvaret for å implementere konvensjonsrettighetene. For det annet er fokuset i EMDs prosessuelle prøvelse av forholdsmessighet innrettet mot de vurderingene av forholdsmessighet som er gjort av nasjonale myndigheter. Som påpekt ovenfor er EMD en folkerettsdomstol som gjør en subsidiær (prosessuell) kontroll av

1087 NOU 2024: 13 s. 111–120, s. 148, s. 151–152 og s. 212–216.

1088 Kapittel 9 punkt 9.2.5 a) iv).

1089 Kapittel 9 punkt 9.3.2.

forholdsmessigheten. Dette tilsier at nasjonale domstolars kontroll av forholdsmessigheten systematisk bør være grundigere enn det som gjøres av EMD.¹⁰⁹⁰

Det vil føre for langt her å gå dyp inn i spørsmålet om hvor grundig nasjonale domstolars prøvelse av kriminaliseringer bør være. En ytterlighet er å se det slik at kriminaliseringer er Stortingets oppgave, og at domstolene for alle praktiske tilfeller alltid skal respektere vurderingene som er gjort av lovgiver. En så svak kontroll tar etter min oppfatning ikke høyde for at kriminaliseringer griper inn i friheten til enkeltmennesker, og at kriminalisering er statens sterkeste virkemiddel for styring av atferd. Den vil heller ikke kunne gjennomføres uten å krenke minstevernet som følger av EMK-retten.¹⁰⁹¹ Kriminalisering er dermed noe litt annet enn et utslag av Stortingets prioriteringer og vurderinger av ren politisk karakter. I Rt. 2013 s. 1345 uttalte dommer Skoghøy i en dissens blant annet følgende om domstolenes prøving av forholdsmessigheten av inngrep i form av kvotereguleringer:

Etter min oppfatning taler gode grunner for at norske domstoler ved proporsjonalitetsvurderingen etter protokoll 1 artikkel 1 normalt bør være noe tilbakeholdne med å overprøve Stortingets og regjeringens prioriteringer av politisk karakter. I vår sak er det imidlertid ikke tale om å overprøve Stortingets og regjeringens politiske prioriteringer, *men spørsmål om hvilke krav som skal stilles til myndighetenes opptreden overfor borgerne, og hvordan politiske målsetninger skal avveies mot borgernes rettsikkerhet. Ved avgjørelsen av slike spørsmål er det liten grunn til å innrømme politiske myndigheter noe særlig spillerom for skjønn*¹⁰⁹² (min kursivering).

Jeg synes at en slik tilnærming til prøving av forholdsmessigheten ved kriminaliseringer har gode grunner for seg.

I Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) ble tematikken om domstolenes kompetanse til å prøve grunnlovmessigheten av lover berørt. Førstvoterende uttalte blant annet:

Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til

1090 Bl.a. Spano 2015 s. 1–10: «At the same time the principle of subsidiarity envisages that national courts have ample latitude in formulating their own concept of the margin of appreciation, which takes account of their respective constitutional traditions. This is the essence of a constructive conversation between the Strasbourg Court and national courts.»

1091 Kapittel 10 punkt 10.3.

1092 Avsnitt 259.

vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt-1952-1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.¹⁰⁹³

Ut fra disse linjene er det i hvert fall ikke tale om noen tilbakeholden prøvelse i de tilfeller en kriminalisering griper inn i grunnlovsbeskyttede rettigheter. Grunnlovens gjennomslagskraft vil være betydelig, og Stortingets vurdering av grunnlovmessigheten vil ikke ha stor vekt.

Selv om det kanskje ikke har så stor betydning, mener jeg at det i strafferettsdogmatikken bør opereres med materiell rettsstrid (i stor grad sammenfallende med forholdsmessighet)¹⁰⁹⁴ som et grunnvilkår for straff, på lik linje med legalitet og skyld. En slik systematisering av strafferettens mange regler viser at strafferettens grunnprinsipper er forankret konstitusjonelt. Å oppstille et grunnkrav om forholdsmessighet tydeliggjør at det prinsipielt alltid skal gjøres vurderinger av om atferd som rammes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud (formell rettsstrid, formell typisitet), skal straffes. Den tradisjonelle nedtoningen av normativiteten i strafferetten har ikke vært av det gode.¹⁰⁹⁵ Strafferetten står ikke i noen særstilling sammenlignet med alle de andre rettsområdene, hvor lovens formelle vilkår må suppleres av forholdsmessighetsvurderinger før det gjøres inngrep i borgerens rettsfære. Kanskje tvert imot, når man tar i betraktning at bruk av straff er samfunnets sterkeste inngrep i en persons frihet. Straffbarhetsvilkåret materiell rettsstrid, som for de fleste praktiske formål sammenfaller med forholdsmessighetsprinsippet, tydeliggjør at det alltid må gjøres normative vurderinger før en person dømmes til samfunnets strengeste reaksjon.

1093 S. 5–6.

1094 Kapittel 9 punkt 9.2.2.

1095 Kapittel 1 punkt 1.5.



Register

LOVER, FORSKRIFTER MV.

Lover

Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler mv.

Lov 11. juni 1993 nr. 76 om endringer i Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 m.v.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 7. april 2003 nr. 79 om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)

Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel

Lov 6. mars 2009 nr. 11 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering

Lov 5. mars 2014 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering

Forskrifter

Forskrift 30. april 1993 nr. 318 om hva som er dopingmidler

Forskrift 15. august 2014 nr. 1076 om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territoriale integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet

Danmark

Lov om arbeidsgiveres adgang til at pålægge lønmodtagere forevisning af coronapas, test for covid-19 m.v., lov nr. 2098 af 25/11/2021

KONVENSJONER, TRAKTATER/FORORDNINGER, DIREKTIVER MV.

EU

Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive)

Rådets forordning (EU) Nr. 833/2014 af 31. juli 2014 om restriktive foranstaltninger på baggrund af Russlands handlinger, der destabiliserer situationen i Ukraine

Europarådet

Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg 24.VI.2013

FORARBEIDER, OFFENTLIGE DOKUMENTER, RUNDSKRIV, RETNINGSLINJER, RAPPORTER MV.

Forarbeider, utredninger mv.

NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under utforming

Innst. O. nr. 52 (1984–1985) Innstilling fra justiskomiteen om privat lovframlegg frå stortingsrepresentantane Helen Bøsterud, Ragna Berget Jørgensen og Åge Hovengen om endring av straffelova § 211

NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Straffelovkomisjonens delutredning IV

Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) Om lov om endringer i straffeloven m v (hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger)

Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) Om lov om endringer i straffeloven m v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)

NOU 1992: 23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovkomisjonens delutredning V

NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd – Straffelovkomisjonens delutredning VI

Riksadvokatens rundskriv, «Narkotikasaker – kvantumets betydning for den rettslige bedømmelse og bruk av forelegg», nr. 1/1998

Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)

NOU 2002: 4 Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning VII

NOU 2002: 22 En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring

Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven)

Innst. O. nr. 72 (2004–2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)

Innst. O. nr. 66 (2004–2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffelova (eige straffebod om kjønnslege skildringar som gjer bruk av barn)

Ot.prp. nr. 53 (2005–2006) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og utleveringsloven (gjennomføring av FN-konvensjonen mot korrupsjon)

Justis- og politidepartementet, høringsnotat, snr. 2007/03007 ES, juli 2007

Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlingar, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Ot.prp. nr. 48 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)

Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

- Innst. O. nr. 73 (2008–2009) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
- Prop. 97 L (2009–2010) Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd)
- Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
- Prop. 107 L (2012–2013) Endringer i legemiddeloven (utvidet forbud mot dopingmidler m.m.)
- Innst. 315 L (2012–2013) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om endringer i legemiddeloven (utvidet forbud mot dopingmidler m.m.)
- Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat med forslag til kriminalisering av fremmedkrigere, høringsnotat, snr. 14/3893, juli 2014
- Justis- og beredskapsdepartementet, høringsnotat, «Høring – skjerpet straff for flere lovbrudd og styrket vern av fornærmede ved lovbrudd begått i fellesskap», desember 2016
- Prop. 44 L (2015–2016) Endringer i straffeloven mv. (militær virksomhet i væpnet konflikt m.m.)
- Prop. 62 L (2015–2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.)
- NOU 2016: 27 Ny lovgivning mot hvitvasking og terrorfinansiering II 120 L (2016–2017) Endringer i straffeloven mv. (smitteoverføring og allmennfarlig smittespredning)
- Innst. 247 S (2016–2017) Innstilling fra justiskomiteen om Opptappingsplan mot vold og overgrep (2017–2021)
- NOU 2017: 1 Markeder for finansielle instrumenter – Gjennomføring av MiFID II og MiFIR
- Prop. 40 L (2017–2018) Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)
- Prop. 96 LS (2018–2019) Endringer i verdipapirhandelloven mv. (prospekt, markedsmisbruk, tilsyn og sanksjoner) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 596/2014 og (EU) 2017/1129
- NOU 2019: 26 Rusreform – fra straff til hjelp
- Helse- og omsorgsdepartementet, «Veileder til kommunene om lokale karantenerregler eller innreiserestriksjoner i forbindelse med utbruddet av Covid-19», 29. mars 2020
- Riksadvokaten, «Pandemisituasjonen – Riksadvokatens midlertidige direktiver for straffesaksbehandlingen», 30. mars 2020
- NOU 2020: 4 Straffelovrådets utredning nr. 1 – Kriminalisering av deltakelse i og rekruttering til kriminelle grupper
- Prop. 92 L (2020–2021) Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og straffeloven m.m. (rusreform – opphevelse av straffansvar m.m.)
- Prop. 190 L (2020–2021) Endringer i straffeprosessloven og straffeloven (kriminalisering av deltakelse i kriminelle sammenslutninger)
- Innst. 612 L (2020–2021) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og straffeloven m.m. (rusreform – opphevelse av straffansvar m.m.) og om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Jan Bøhler, Per Olaf Lundteigen, Kjersti Toppe og Trygve Slagsvold Vedum om at rusavhengige ikke skal straffefølges

Riksadvokaten, «Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk – relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker», 9. april 2021

NOU 2022: 21 Strafferettslig vern av den seksuelle selvbestemmelsesretten – Forslag til reform av straffeloven kapittel 26

Brev fra Riksadvokaten til Agder statsadvokatembeter, 13. mai 2022

NOU 2024: 13 Lov og Frihet. Negativ sosial kontroll, æresmotivert vold, tvangsekteskap, kjønnslemlestelse, psykisk vold og ufrivillig utenlandsopphold – juridiske problemstillinger og forslag til regeverksendringer

Europarådet

Europarådet, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (Brighton Declaration), 19.–20. april 2012

RETTSAVGJØRELSER

Høyesterett

Rt. 1956 s. 587

Rt. 1958 s. 479

Rt. 1973 s. 433

Rt. 1975 s. 397

Rt. 1977 s. 1207

Rt. 1979 s. 1492

Rt. 1986 s. 660

Rt. 1993 s. 916

Rt. 1994 s. 1328

Rt. 1995 s. 530

Rt. 1997 s. 1821

Rt. 2000 s. 1455

Rt. 2002 s. 1618

Rt. 2003 s. 312

Rt. 2003 s. 687

Rt. 2004 s. 1392

Rt. 2004 s. 1737

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 934

Rt. 2005 s. 1319

Rt. 2005 s. 1567

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 2006 s. 431

Rt. 2006 s. 466

Rt. 2007 s. 183

Rt. 2007 s. 1056
Rt. 2007 s. 1807
Rt. 2008 s. 1491
Rt. 2009 s. 130
Rt. 2009 s. 780
Rt. 2009 s. 1412
Rt. 2009 s. 1684
Rt. 2010 s. 287
Rt. 2010 s. 481
Rt. 2010 s. 1455
Rt. 2011 s. 1
Rt. 2011 s. 172
Rt. 2011 s. 469
Rt. 2011 s. 1455
Rt. 2012 s. 313
Rt. 2012 s. 387
Rt. 2012 s. 686
Rt. 2012 s. 752
Rt. 2012 s. 921
Rt. 2012 s. 1211
Rt. 2013 s. 789
Rt. 2013 s. 848
Rt. 2013 s. 853
Rt. 2013 s. 963
Rt. 2013 s. 1345
Rt. 2014 s. 238
Rt. 2014 s. 786
Rt. 2014 s. 934
Rt. 2014 s. 1105
Rt. 2014 s. 1161
Rt. 2014 s. 1292
Rt. 2015 s. 93
Rt. 2015 s. 155
Rt. 2015 s. 995
Rt. 2015 s. 1345
HR-2016-1286-A
HR-2016-1354-U
HR-2016-1458-A
HR-2016-1836-A
HR-2016-1856-A
HR-2016-2228-A
HR-2016-2554-P
HR-2017-1245-A
HR-2017-1840-A

HR-2018-387-U
HR-2018-875-A
HR-2018-1781-A
HR-2018-1784-A
HR-2019-563-A
HR-2019-599-A
HR-2019-900-A
HR-2019-1204-U
HR-2019-1218-A
HR-2019-1715-A
HR-2019-1234-A
HR-2020-1682-A
HR-2020-1724-A
HR-2020-2019-A
HR-2020-2126-A
HR-2021-580-A
HR-2021-797-A
HR-2021-1453-S
HR-2021-1469-U
HR-2021-1857-U
HR-2021-2104-A
HR-2021-2249
HR-2021-2580-A
HR-2022-731-A
HR-2022-981-A
HR-2022-1271-A
HR-2022-1278-A
HR-2022-1299-A
HR-2022-1317-A
HR-2022-2104-A
HR-2023-298-A
HR-2023-604-A
HR-2023-1063-A
HR-2023-1246-A
HR-2023-1638-A
HR-2023-2193-A
HR-2023-2392-A
HR-2024-761-A

Tyskland

BVerfGE 90, 145 (Cannabis-Beschluss)

2 BvR 392/07, Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008

Den europeiske menneskerettighetsdomstol

- Dudgeon mot Storbritannia, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981
- Salabiaku mot Frankrike, sak nr. 10519/83, dom 7. oktober 1988
- Norris mot Irland, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988
- Modinos mot Kypros, sak nr. 15070/89, dom 22. april 1993
- C. R. mot Storbritannia, sak nr. 20190/92, dom 22. november 1995
- S. W. mot Storbritannia, sak nr. 20166/92, dom 22. november 1995
- Laskey og andre mot Storbritannia, sak nr. 21627/93; 21628/93; 21974/93, dom 19. februar 1997
- Lehideux og Isorni mot Frankrike, sak nr. 55/1997/839/1045, storkammerdom 23. september 1998
- Osman mot Storbritannia, sak nr. 23452/94, dom 28. oktober 1998
- A. D. T. mot Storbritannia, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000
- Phillips mot Storbritannia, sak nr. 41087/98, dom 7. mai 2001
- Pretty mot Storbritannia, sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002
- Christine Goodwin mot Storbritannia, sak nr. 28957/95, storkammerdom 11. juli 2002
- Janosevic mot Sverige, sak nr. 34619/97, dom 23. juli 2003
- Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige, sak nr. 36985/97, dom 23. juli 2003
- M. C. mot Bulgaria, sak nr. 39272/98, dom 4. desember 2003
- von Hannover mot Tyskland, sak nr. 59320/00, dom 24. juni 2004
- Sidrabas og Dziautas mot Litauen, sak nr. 55480/00; 59330/00, dom 27. juli 2004
- Siliadin mot Frankrike, sak nr. 73316/01, dom 26. juli 2005
- Hirst mot Storbritannia, sak nr. 74025/01, storkammerdom 6. oktober 2005
- Evans mot Storbritannia, sak nr. 6339/05, dom 10. april 2007
- Vajnai mot Ungarn, sak nr. 33629/06, dom 8. juli 2008
- TV Vest og Rogaland pensjonistparti mot Norge, sak nr. 21132/05, dom 11. desember 2008
- A og andre mot Storbritannia, sak nr. 3455/05, storkammerdom 19. februar 2009
- Gillan og Quinton mot Storbritannia, sak nr. 4158/05, dom 12. januar 2010
- Mikolajova mot Slovakia, sak nr. 4479/03, dom 18. januar 2011
- Gillberg mot Sverige, sak nr. 41723/06, storkammerdom 3. april 2012
- Stübing mot Tyskland, sak nr. 43547/08, dom 12. april 2012
- Mouvement Raëlien mot Sveits, sak nr. 16354/06, storkammerdom 13. juli 2012
- James, Wells og Lee mot Storbritannia, sak nr. 25119/09; 57715/09; 57877/09, dom 18. september 2012
- S og Marper mot Storbritannia, sak nr. 30562/04; 30566/04, storkammerdom 4. desember 2012
- Michaud mot Frankrike, sak nr. 12323/11, dom 6. desember 2012
- V. C. mot Slovakia, sak nr. 18968/07, dom 8. november 2012
- Animal Defenders International mot Storbritannia, sak nr. 48876/08, storkammerdom 22. april 2013
- Vinter og andre mot Storbritannia, sak nr. 66069/09; 130/10; 3896/10, storkammerdom 9. juli 2013
- Söderman mot Sverige, sak nr. 5786/08, storkammerdom 12. november 2013
- Paulet mot Storbritannia, sak nr. 6219/08, dom 13. mai 2014
- S. A. S. mot Frankrike, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014

Svinarenko og Slyadnev mot Russland, sak nr. 32541/08; 43441/08, storkammerdom 17. juli 2014

Morice mot Frankrike, sak nr. 29369/10, storkammerdom 23. april 2015

Khoroshenko mot Russland, sak nr. 41418/04, dom 30. juni 2015

Bouyid mot Belgia, sak nr. 23380/09, storkammerdom 28. september 2015

Kudrevicius mot Litauen, sak nr. 37553/05, storkammerdom 15. oktober 2015

Perincek mot Sveits, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015

Bedat mot Sveits, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016

Murray mot Nederland, sak nr. 10511/10, storkammerdom 26. april 2016

Hutchinson mot Storbritannia, sak nr. 57592/08, storkammerdom 17. januar 2017

Paradiso og Campanelli mot Italia, sak nr. 25358/12, storkammerdom 24. januar 2017

Stoyanov mot Bulgaria, sak nr. 19557/05, avvisningsavgjørelse 4. april 2017

Garib mot Nederland, sak nr. 43494/09, storkammerdom 6. november 2017

Merabishvili mot Georgia, sak nr. 72508/13, storkammerdom 28. november 2017

G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, sak nr. 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018

Lopez Ribalda og andre mot Spania, sak nr. 1874/13; 8567/13, storkammerdom 17. oktober 2019

Kavala mot Tyrkia, sak nr. 28749/18, dom 10. desember 2019

Beizaras og Levickas mot Litauen, sak nr. 41288/15, dom 14. januar 2020

Hudorovic og andre mot Slovenia, sak nr. 2486/14; 25140/14, dom 10. mars 2020

Sabuncu og andre mot Tyrkia, sak nr. 23199/17, dom 10. november 2020

Lacatus mot Sveits, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021

Vavricka og andre mot Tsjekia, sak nr. 47621/13, storkammerdom 8. april 2021

Communauté Genevoise d'Action Syndicale mot Sveits, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022

Lings mot Danmark, sak nr. 15136/20, dom 12. april 2022

Patricio Monteiro Telo de Abreu mot Portugal, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022

Rouillan mot Frankrike, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022

Y. G. mot Russland, sak nr. 8647/12, dom 30. august 2022

Thörn mot Sverige, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022

Rabczewska mot Polen, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022

Aker mot Norge, sak nr. 39680/22, avgjørelse 6. oktober 2022

Bouton mot Frankrike, sak nr. 22636/19, dom 13. oktober 2022

Mørck Jensen mot Danmark, sak nr. 60785/19, dom 18. oktober 2022

Macaté mot Litauen, sak nr. 61435/19, storkammerdom 23. januar 2023

Allée mot Frankrike, sak nr. 20725/20, dom 18. januar 2024

M.A. og andre mot Frankrike, sak nr. 63664/19, dom 25. juli 2024

EU-domstolen

Ordre van Vlaamse Balies og andre, C-694/20, storkammerdom 8. desember 2022



Litteratur

- Alexy 2002 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002
- Ambos 2016 Kai Ambos, «Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft. Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016 s. 177–194
- Andenæs 1940 Johs. Andenæs, «Av medvirkningslæren i norsk rett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1940 s. 237–280
- Andenæs 1942 Johs. Andenæs, *Straffbar unnløtelse. Et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Tanum, Oslo 1942
- Andenæs 1974 Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 2. utgave, Akademisk forlag, Oslo 1974
- Andenæs 1992 Johs. Andenæs, *Formuesforbrytelsene*, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1992
- Andenæs 1996 Johs. Andenæs, *Formuesforbrytelsene*, 6. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1996
- Andenæs/Andorsen 2008 Johs. Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, Universitetsforlaget, Oslo 2008
- Andenæs/Fliflet 2017 Johs. Andenæs / Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2017
- Andenæs/Myhrer 2009 Johs. Andenæs / Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2009
- Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther 2016 Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget, Oslo 2016
- Andorsen 1992 Kjell V. Andorsen, «Strafferettslig samtykke», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1992 s. 305–475, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-1992-03-04-01>
- Andorsen 1995 Kjell V. Andorsen, «Bokanmeldelse Nils Jareborg: *Straffrättens ansvarslära*. Iustus Förlag, Uppsala 1994», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1995 s. 745–751
- Andorsen 2005 Kjell V. Andorsen, *Rettsvillfarelse i strafferetten*, Fagbokforlaget, Bergen 2005
- Andorsen 2013 Kjell Andorsen, «Ytring. De store spørsmål. Eller: Forbrytelsesbegrep og ansvarsspørsmål i strafferetten», *Tidsskrift for strafferett*, 2013 s. 161–164, <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9537-2013-02-01>
- Appleby/Carter 2021 Gabrielle Appleby / Anne Carter, «Parliaments, Proportionality and Facts», *Sydney Law Review*, 2021 s. 259–285

- Arnardóttir 2017 Oddny Mjöll Arnardóttir, «The ‘Procedural Turn’ under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance», *Human Rights Law Review*, 2017 s. 9–35, <https://doi.org/10.1093/icon/mox008>
- Arnardóttir 2018 Oddny Mjöll Arnardóttir, «The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights», *Journal of International Dispute Settlement*, 2018 s. 223–239, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idx002>
- Asp mfl. 2009 Petter Asp / Nikolaos Bitzilekis / Sergiu Bogdan / Thomas Elholm / Luigi Foffani / Dan Frände / Helmut Fuchs / Maria Kaiafa-Gbandi / Jocelyne Leblois-Happe / Adán Nieto Martín / Cornelius Prittowitz / Helmut Satzger / Elisavet Symeonidou-Kastanidou / Ingeborg Zerbes, «A Manifesto on European Criminal Policy. European Criminal Policy Initiative», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009 s. 707–716
- Asp/Ulväng/Jareborg 2013 Petter Asp / Magnus Ulväng / Nils Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, 2. upplagan, Iustus, Uppsala 2013
- Bäcker/Burchard 2022 Matthias Bäcker / Christoph Burchard: *Strafverfassungsrecht*, Siebert Mohr, Tübingen 2022
- Barak 2012 Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012
- Barak 2015 Aharon Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge 2015
- Basten 2021 John Basten, «Review Essay. Understanding Proportionality Analysis», *Sydney Law Review*, 2021 s. 119–131
- Baumbach 2014 Trine Baumbach, *Strafferet og menneskeret*, Karnov Group, København 2014
- Baumbach/Elholm 2022 Trine Baumbach / Thomas Elholm, *Strafferettens almindelige del. Det strafferetlige ansvar*, Djøf Forlag, København 2022
- Becker 2024 Christian Becker: «Strafrechtsmetaphysik oder Verfassungsrechtspositivismus? Überlegungen anlässlich der ‘strafverfassungsrechtlichen’ Kritik der Rechtsgutslehre», *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2024 s. 241–256
- Berg 2018 Fredrik Berg, «Noen problemstillinger i grenselandet mellom direkte korrupsjon og påvirkningshandel», *Lov og Rett*, 2018 s. 277–290, <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-05-03>
- Bernt/Doublet 1998 Jan Fridthjof Bernt / David Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister. En innføring*, Fagbokforlaget, Bergen 1998
- Billis/Knust/Rui 2021 Emmanouil Billis / Nandor Knust / Jon Petter Rui, *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Bloomsbury Publishing, Oxford/New York/Dublin 2021

- Borgmo 2023 August Ødmann Borgmo, «Promillekjøring med elsparkesykkel: kommentar til HR-2023-298-A», *Jussens Venner*, 2023 s. 136–150, <https://doi.org/10.18261/jv.58.2.3>
- Borowsky 2014 Martin Borowsky, «Titel VII Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta», i Jürgen Meyer (red.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. utgave, Helbing Lichtenhahn Verlag, Baden-Baden 2014 s. 718–832
- Brems/Lavrysen 2015 Eva Brems / Laurens Lavrysen, «‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’. Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2015 s. 139–168, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu040>
- Bumke 2017 Christian Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017
- Burchard 2016 Christoph Burchard, «Strafverfassungsrecht. Vorübergegangen zu einem Schlüsselbegriff», i Klaus Tiedemann / Ulrich Sieber / Helmut Satzger / Christoph Burchard / Dominik Brodowski (red.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel, Nomos*, Baden-Baden 2016 s. 27–63
- Bøckman Finstad / Salomonsen 2015 Fredrik Bøckman Finstad / Torunn Salomonsen, «Fra Valle til Brussel. Om EU-rettens betydning for norsk strafferett», *Tidsskrift for strafferett*, 2015 s. 396–427, <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9537-2015-04-03>
- Bårdsen 2015 Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol», i Tore Schei / Jens Edvin A. Skoghøy / Torill M. Øie (red.), *Lov, sannhet, rett. Norges Høyesterett 200 år*, Universitetsforlaget, Oslo 2015 s. 291–316
- Chordia/Mason 2020 Shira Chordia / Anthony Mason, *Proportionality in Australian Constitutional Law*, The Federation Press, Alexandria 2021
- Christoffersen 2009 Jonas Christoffersen, *Fair Balance. Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Brill/Nijhoff, Leiden 2009
- Christoffersen 2015 Jonas Christoffersen, «Menneskerettens proportionalitetsprinsipp», *Ugeskrift for retsvæsen*, 2015 s. 1–7
- Cornils 2014 Matthias Cornils, «§ 5 Schrankendogmatik», i Christoph Grabenwarter (red.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, s. 193–253, Nomos, Baden-Baden 2014
- Couriakis/Polyzoidou 2021 Nestor Courakis / Vagia Polyzoidou, «The Principle of Proportionality. Tracing its Historical Evolution», i Emmanouil Billis / Nandor Knust / Jon Petter Rui (red.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Bloomsbury Publishing, Oxford, NewYork/Dublin 2021 s. 101–122

- Coward 2015 Kirsti Coward, «Tanker om straffutmåling – etter 16 år i Høyesterett», *Jussens Venner*, 2015 s. 81–88, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2015-01-02-05>
- Da Silva / Coimbra 2018 Vasco Pereira da Silva / José Duarte Coimbra, «Grundrechte in Portugal», i Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (red.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band X, Grundrechte in West-, Nord- und Südeuropa, C.F. Müller, Heidelberg 2018 s. 649–687
- De Schutter / Tulkens 2008 Olivier de Schutter / Françoise Tulkens, «Rights in Conflict. The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution», i Eva Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland 2008, s. 169–216
- Deinlein 1934 Adam Deinlein, *Bereicherungsabsicht bei den Aneignungsdelikten*, Hammelburg, Erlangen 1934
- Donald/Leach 2016 Alice Donald / Phillip Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2016
- Dorsen/Rosenfeld/Sajó/Baer 2003 Norman Dorsen / Michel Rosenfeld / András Sajó / Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, Second Edition, Thomson West, St. Paul 2003
- Doyle 2018 Oran Doyle, «Das Irische Menschenrechtssystem», i Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (red.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band X, Grundrechte in West-, Nord- und Südeuropa, C.F. Müller, Heidelberg 2018 s. 233–261
- Ducoulombier 2018 Peggy Ducoulombier, «1. Grundrechte in Frankreich», i Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (red.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band X, Grundrechte in West-, Nord- und Südeuropa, C.F. Müller, Heidelberg 2018 s. 3–67
- Dupré 2014 Catherine Dupré, «Article 1 – Human Dignity», i Steve Peers / Tamara Hervey / Jeff Kenner / Angela Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford/Portland 2014
- Elholm 2021 Thomas Elholm, «The Emotional Component of Proportionality», i Emmanouil Billis / Nandor Knust / Jon Petter Rui (red.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Bloomsbury Publishing, Oxford/New York/Dublin 2020 s. 79–99
- Emberland 2022 Marius Emberland, «Stiller EMK nå krav om skyld ved straff?», *Lov og Rett*, 2022 s. 97–116
- Engländer 2015 Armin Engländer, «Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2015 s. 616–634
- Epping 2017 Volker Epping, *Grundrechte*, 7. Auflage, Springer, Berlin 2017
- Eskeland/Høgberg 2017 Ståle Eskeland / Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2017

- Finanger 2023 Jens Frydenlund Finanger, Kommentar til verdipapirhandelloven, Karnov Group, Oslo 24.2.2023
- Fischer 2021 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 68. utgave, C.H. Beck, München 2021
- Fletcher 2007 George P. Fletcher, The Grammar of Criminal Law. American, Comparative and International, Volume One, Foundations, Oxford University Press, Oxford 2007
- Flaatten 2014 Sverre Flaatten, «Linedansere. Straffens strateger og det legale herredømme», Jussens Venner, 2014 s. 1–37, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2014-01-01>
- Franklin 2012 Christian Franklin, «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning», Jussens Venner, 2012 s. 296–317, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2012-05-01>
- Frände 2004 Dan Frände, Allmän straffrätt, 3. utgave, Forum iuris, Helsingfors 2004
- Frøberg 2010 Thomas Frøberg, «Prinsippstyring av strafferettspolitikken», Kritisk juss, 2010 s. 38–63, <https://doi.org/10.18261/ISSN2387-4546-2010-01-05>
- Frøberg 2014 Thomas Frøberg, Rettslig prinsippargumentasjon, Gyldendal juridisk, Oslo 2014
- Frøberg 2015 Thomas Frøberg, «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», Jussens Venner, 2015 s. 46–71, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2015-01-02-03>
- Frøberg 2020 Thomas Frøberg, Alminnelig strafferett i et nøtteskall, 2. utgave, Gyldendal, Oslo 2020
- Gerards 2013 Janneke Gerards, «How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights?», International Journal of Constitutional Law, 2013 s. 466–490, <https://doi.org/10.1093/icon/mot004>
- Gerards 2023 Janneke Gerards, «Moving Away from Open Judicial Balancing Review. The European Court of Human Rights' Approach as Illustrated by Its Case Law Relevant to the Covid-19 Pandemic», The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2023 s. 365–383, <https://doi.org/10.1163/15718034-bja10096>
- Gerards/Brems 2017 Janneke Gerards / Eva Brems (red.), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases, Cambridge University Press, Cambridge 2017
- Glosemeyer Havrevold / Berg 2023a Vilde Glosemeyer Havrevold / Fredrik Berg, «Korrupsjonens egenart – fordel i anledning utøvelse av stilling», Tidsskrift for strafferett, 2023 s. 27–35, <https://doi.org/10.18261/strafferett.23.1.3>
- Glosemeyer Havrevold / Berg 2023b Volde Glosemeyer Havrevold / Fredrik Berg, «Merknader til Stoltenberg og Horns kommentar til artikkel i Tfs nr. 1/2023», Tidsskrift for strafferett, 2023 s. 279–280, <https://doi.org/10.18261/strafferett.23.3.6>

- Grimm 2007 Dieter Grimm, «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», *Toronto Law Journal*, 2007 s. 383–397, <https://doi.org/10.1353/tlj.2007.0014>
- Gröning/Husabø/Jacobsen 2019 Linda Gröning / Erling Johannes Husabø / Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk straffrett*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2019
- Gröning/Husabø/Jacobsen 2023 Linda Gröning / Erling Johannes Husabø / Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk straffrett*, 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2023
- Hagerup 1888 Francis Hagerup, «Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1888 s. 1–58
- Hagerup 1911 Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, Aschehoug, Kristiania 1911
- Hansen 2013 Rune Bård Hansen, «Fra utuktig omgang til sovevoldtekt – straffutmåling på ville veier», *Lov og Rett*, 2013 s. 688–701, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2013-10-05>
- Hansen 2022 Rune Bård Hansen, «Straff som fortjent for seksuallovbrudd? En kommentar til Magnus Matningsdal», *Lov og Rett*, 2022 s. 59–62, <https://doi.org/10.18261/lor.61.1.6>
- Harbo 2015a Tor-Inge Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston 2015
- Harbo 2015b Tor-Inge Harbo, «Forholdsmessighet i kontekst. Forholdsmessighetsvurderinger i norsk forvaltnings- og forfatningsrett», *Lov og Rett*, 2015 s. 513–535, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2015-09-02>
- Harris/O'Boyle/Bates/Buckley 2014 David J. Harris / Michael O'Boyle / Ed P. Bates / Carla M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2014
- Hart 1968 H. L. A. Hart, *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford 1968
- Hassemer 1974 Winfried Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Hamburg 1974
- Hassemer 2003 Winfried Hassemer, «Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?», i Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohler (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, Baden-Baden 2003 s. 57–64
- Haukeland Fredriksen 2007 Halvard Haukeland Fredriksen, «Domstolens prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning», *Jussens Venner*, 2007 s. 295–305
- Haukeland Fredriksen 2013 Halvard Haukeland Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, 2013 s. 371–399, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2013-06-01>

- Haukeland Fredriksen / Mathisen 2022 Halvard Haukeland Fredriksen / Gjermund Mathisen, EØS-rett, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2022
- Havre 2015 Merete Havre, Varetekstfengsling og proporsjonalitetsprinsippet. En balansetest, Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2015
- Hefendehl 2003 Roland Hefendehl, «Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm», i Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohler (red.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos, Baden-Baden 2003 s. 119–132
- Hendriks-Lundh 2023 Monique Hendriks-Lundh, «Banning Childlike Sex Dolls. Sex Dolls that Appear as Children», Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 2023 s. 90–108, <https://doi.org/10.7146/ntfk.v110i2.138260>
- Hofmann 2017 Herwig C. H. Hofmann, «General Principles of EU Law and EU Administrative Law», i Catherine Barnard / Steve Peers (red.), European Union Law, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2017 s. 198–226
- Hollenbach 2013 David Hollenbach, «Human Dignity. Experience and History, Practical Reason and Faith», i Christopher McCrudden (red.), Understanding Human Dignity, British Academy, Oxford 2013, s. 123–139
- Holmøyvik 2012 Eirik Holmøyvik, Maktfordeling og 1814, Fagbokforlaget, Bergen 2012
- Holmøyvik/Michalsen 2015 Eirik Holmøyvik / Dag Michalsen, Lærebok i forfatningshistorie, Pax forlag, Oslo 2015
- Hooper 2015 Hayley J. Hooper, «The Use of Parliamentary Materials by Courts in Proportionality Judgments», i Murray Hunt / Hayley J. Hooper / Paul Yowell (red.), Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit, Bloomsbury Publishing, Oxford/Portland 2015 s. 363–384
- Hruschka 2015 Joachim Hruschka, Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik, Verlag Karl Alber, Freiburg/München 2015
- Huber 2016 Peter Huber, «The Principle of Proportionality», i Werner Schroeder (red.), Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation, Bloomsbury Publishing, Oxford 2016 s. 98–112
- Hurwitz 1955 Stephan Hurwitz, Den danske kriminalret, del 2, Speciel del, G.E.C Gads Forlag, København 1955
- Husabø 2018 Erling Johannes Husabø, Terrorisme i norsk strafferett. Ein analyse av straffelova kapittel 18, Fagbokforlaget, Bergen 2018
- Høgberg 2010 Benedikte Moltumyr Høgberg, Forbud mot tilbakevirkende lover, Universitetsforlaget, Oslo 2010

- Høgberg/Salomonsen 2010 Benedikte Moltumyr Høgberg / Torunn Salomonsen, «Voldtektslovgivning på ville veier? Straffeloven § 192», *Tidsskrift for strafferett*, 2010 s. 211–253, <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9537-2010-03-02>
- Høivik 2021 Knut Høivik, *Foretaksstraff og korrupsjon. En utredning for Justis- og beredskapsdepartementet*, 26. mai 2001
- Hörnle 2021 Tatjana Hörnle, «Grosse Erzählungen der Strafrechtsentwicklung», i Marc Engelhart / Hans Kudlich / Benjamin Vogel (red.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag. Teilband I*, Duncker & Humblot, Berlin 2021 s. 45–56
- Jackson 2015 Vicki C. Jackson, «Constitutional Law in an Age of Proportionality», *The Yale Law Journal*, 2015 s. 3094–3196
- Jacobsen 2009 Jørn R. T. Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlige strafferetten*, Fagbokforlaget, Bergen 2009
- Jacobsen 2014 Jørn Jacobsen, «'I selve dybdene af den menneskelige bevidsthed om ret og moral'. Straffelova av 1902 og den tyske skullstriden», i Sverre Flaatten / Geir Heivoll (red.), *Straff, lov og historie. Historiske perspektiver på straffeloven av 1902*, Akademisk publisering, Oslo 2014 s. 44–85
- Jacobsen 2017 Jørn Jacobsen, *Hagerup og den strafferettslige ansvars læra*, Fagbokforlaget, Bergen 2017
- Jacobsen 2018 Jørn Jacobsen, «Straffansvaret for å overlate pornografi til barn», *Tidsskrift for strafferett*, 2018 s. 102–130, <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2018-02-03>
- Jacobsen 2019 Jørn Jacobsen, *Valdtektsstraffebudet. Gjeldande rett og spørsmålet om reform*, Fagbokforlaget, Bergen 2019
- Jacobsen 2023 Jørn Jacobsen, «Kapittel 1. 'Seksuell autonomi' som rettsgode for seksualstraffelovgivning», i Jørn Jacobsen (red.), *Fra rettsgode til straff*, Karnov Group, Oslo 2023 s. 15–48
- Jacobsen 2024a Jørn Jacobsen, *Lovkommentar til straffeloven*, Karnov Group, Oslo 30.1.2024
- Jacobsen 2024b Jørn Jacobsen: *Power, Principle and Progress. Kant and the Republican Philosophy of Nordic Criminal Law*, Fagbokforlaget, Bergen 2024
- Jahn 2016 Matthias Jahn, «Strafverfassungsrecht. Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrecht», i Klaus Tiedemann / Ulrich Sieber / Helmut Satzger / Christoph Burchard / Dominik Brodowski (red.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden 2016 s. 63–87
- Jahre/Ryel 1995 Hans Petter Jahre / Marius Ryel, «Kommentar til straffeloven § 317», i Anders Bratholm / Magnus Matningsdal (red.), *Straffeloven kommentarutgave, del 2, Forbrydelser*, Universitetsforlaget, Oslo 1995 s. 842–864

- Jareborg 1985 Nils Jareborg, «Straffets syfte och berättigande», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1985, s. 1–17, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-1985-01-01>
- Jensen 2023 Stine-Karethe Jensen, «Skillet mellom tilleggsrett og straff for skattesvik», *Skatterett*, 2023 s. 223–243, <https://doi.org/10.18261/skatterett.41.3.2>
- Jescheck/Weigend 1996 Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996
- Kaspar 2014 Johannes Kaspar, *Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2014
- Kaufmann/Hassemer/Neumann 2011 Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. überarbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2011
- Kavanagh 2014 Aileen Kavanagh, «Proportionality and Parliamentary Debates. Exploring Some Forbidden Territory», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014 s. 443–479, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqu013>
- Kinander 2013 Morten Kinander, «Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk», *Jussens Venner*, 2013 s. 155–192, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2013-03-01>
- Kindhäuser 2020 Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2020
- Kingreen/Poscher 2017 Thorsten Kingreen / Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, 33. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2017
- Kjerschow 1930 Peder Kjerschow, *Almindelig borgerlig straffelov og lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttreden*, Aschehoug, Oslo 1930
- Kjølbrot 2023 Jon Fridrik Kjølbrot, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. For praktikere*, 6. udgave, Djøf Forlag, København 2023
- Kleinlein 2019 Thomas Kleinlein, «The Procedural Approach of the European Court of Human Rights. Between Subsidiarity and Dynamic Evolution», *International and Comparative Law Quarterly*, 2019 s. 91–110, <https://doi.org/10.1017/S0020589318000416>
- Knieapfel/Höpfel/Kern 2016 Diethelm Knieapfel / Frank Höpfel / Robert Kern, *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Manz Verlag, Wien 2016
- Kubiciel Michael Kubiciel, «Entgrenzungen des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2019 s. 1115–1125, <https://doi.org/10.1515/zstw-2019-0039>
- Kühl 2001 Kristian Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Nomos, Baden-Baden 2001 s. 7–45
- Kühl 2017 Kristian Kühl, «Strafrecht und Moral. Trennendes und verbindendes», *Journal of Criminology and Criminal Law*, 2017 s. 230–241

- Lagodny 1996 Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Mohr Siebeck, Tübingen 1996
- Lagodny 2016 Otto Lagodny, «Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016 s. 672–680
- Lam 2020 Crystal Ho-Yee Lam, «Kan det foreligge medvirkningsansvar uten en straffbar hovedgjerning?», *Tidsskrift for strafferett*, 2020 s. 423–439, <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2020-04-06>
- Lang 2020 Andrej Lang, «Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court», i Mordechai Kremnitzer / Talya Steiner / Andrej Lang (red.), *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge University Press, Cambridge s. 22–133
- Langsted/Waaben 2015 Lars Bo Langsted, Waaben. *Strafferettens almindelige del. Ansvarslæren*, 6. reviderede udgave, Karnov Group, København 2015
- Lascurain 2016 Juan Antonio Lascurain, «Constitutional Control of Criminal Law», i Adan Nieto Martin / Marta Munoz de Morales Romero (red.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Springer, Berlin 2016, s. 297–325
- Lenaerts/Gérard 2018 Koen Lenaerts / Phillipe Gérard, «2. Grundrechte in den Benelux-Staaten», i Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (red.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band X, Grundrechte in West-, Nord- und Südeuropa*, C.F. Müller, Heidelberg 2018, s. 69–120
- Lernestedt 2003 Claes Lernestedt, *Kriminalisering. Problem och principer*, Iustus, Uppsala 2003
- Macklem/Rogerson 2017 Patrick Macklem / Carol Rogerson, *Canadian Constitutional Law*, Fifth edition, Emond Publishing, Toronto 2017
- Madsen 2020 Lasse Lund Madsen, *Strafferett I. Ansvar*, Djøf Forlag, København 2020
- Magnus Lagabøtes Landslov 1274 Magnus Lagabøtes landslov. Oversettelse ved Jo Rune Ugulen Kristiansen, Nasjonalbiblioteket, Oslo 2024
- Manes 2016 Vittorio Manes, «Die Herausforderungen regulativer Strafrechtsmodelle zwischen Verfassung und europäischen Gerichten», i Klaus Tiedemann / Ulrich Sieber / Helmut Satzger / Christoph Burchard / Dominik Brodowski (red.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel, Nomos, Baden-Baden* 2016 s. 401–409
- Matningsdal 2010 Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, Fagbokforlaget, Bergen 2010

- Matningsdal 2021 Magnus Matningsdal, «Ubalanse i straffnivå ved seksuallovbrudd», *Lov og Rett*, 2021 s. 519–520, <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2021-09-02>
- Matningsdal 2023 Magnus Matningsdal, *Lovkommentar. Straffeloven 2005, Juridika*, Oslo 1.7.2023
- Maurach/Schroeder/
Maiwald 2009 Reinhart Maurach / Friedrich-Christian Schroeder / Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 10. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2009
- McBride 1999 Jeremy McBride, «Proportionality and the European Convention on Human Rights», i Evelyn Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Bloomsbury Publishing, Oxford/Portland 1999 s. 23–35
- Medina Guerrero 2018 Manuel Medina Guerrero, «Grundrechte in Spanien», i Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (red.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band X, Grundrechte in West-, Nord- und Südeuropa*, C.F. Müller, Heidelberg 2018 s. 615–647
- Mee Ertzeid 2005 Aina Mee Ertzeid, *Hevn og Straff. Studier av hevners strafferettslige legitimitet*, Fagbokforlaget, Bergen 2005
- Melander 2013 Sakari Melander, «Ultima Ratio in European Criminal Law», *Onati Socio-Legal Series*, 2013 s. 42–61, <https://doi.org/10.5235/219174413806915441>
- Mill/Collini 2013 John Stuart Mill, i Stefan Collini (red.), *On Liberty and other Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 2013
- Molbæk-Steensig 2023 Helga Molbæk-Steensig, «Subsidiarity Does Not Win Cases. A Mixed Methods Study of the Relationship Between the Margin of Appreciation Language and Deference at the European Court of Human Rights», *Leiden Journal of International Law*, 2023 s. 83–107, <https://doi.org/10.1017/S0922156522000565>
- Mommsen 1899 Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig 1899
- Mæland 2012 Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Justian, Bergen 2012
- Nieto Martin 2016 Adan Nieto Martin, «A Necessary Triangle. The Science of Legislation, the Constitutional Control of Criminal Laws and Experimental Legislation», i Klaus Tiedemann / Ulrich Sieber / Helmut Satzger / Christoph Burghard / Dominik Brodowski (red.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos 2016, Baden-Baden s. 97–141
- Nieto Martin /
de Morales Romero 2016 Adan Nieto Martin / Marta Munoz de Morales Romero, *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Springer, Berlin 2016

- Ojanen 2018 Tuomas Ojanen, «Grundrechte in Finnland», i Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (red.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band X, Grundrechte in West-, Nord- und Südeuropa, C.F. Müller, Heidelberg 2018 s. 341–388
- Paulduro 1992 Aurelia Paulduro, *Die Verfassungsgemässheit von Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches, im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung*, München 1992
- Peers/Hervey/
Kenner/Ward 2014 Steve Peers / Tamara Hervey / Jeff Kenner / Angela Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Bloomsbury Publishing, Oxford/Portland 2014
- Perron 2016 Walter Perron, «Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung», i Klaus Tiedemann / Ulrich Sieber / Helmut Satzger / Christoph Burghard / Dominik Brodowski (red.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos, Baden-Baden 2016 s. 307–319
- Polakiewicz/Sandvig 2016 Jörg Polakiewicz / Jenny Sandvig, «The Council of Europe and the Rule of Law», i Werner Schroeder (red.), *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Hart Publishing, Oxford 2016
- Poscher 2021 Ralf Poscher, «Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights», i Emmanouil Billis / Nandor Knust / Jon Petter Rui (red.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Bloomsbury Publishing, Oxford/New York/Dublin 2021 s. 49–68
- Prieto del Pino 2016 Ana Maria Prieto del Pino, «The Proportionality Principle in a Broad Sense and Its Content of Rationality. The Principle of Subsidiarity», i Adan Nieto Martin / Marta Munoz de Morales Romero (red.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Springer, Berlin 2016 s. 263–297
- Rainey/Wicks/Ovey 2014 Bernadette Rainey / Elisabeth Wicks / Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey. *The European Convention on Human Rights*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford 2014
- Réaume 2009 Denise Réaume, «Limitations on Constitutional Rights. The Logic of Proportionality», *University of Oxford legal Research Paper Series*, nr. 26/2009, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1463853>
- Revheim 2023 Jakob Mykland Revheim, «Kapittel 4. En kritisk analyse av straffeloven § 311 om rekkevidden av forbudet mot befatning med overgrepsmateriale av barn», i Jørn Jacobsen (red.), *Fra rettskode til straff*, Karnov Group, Oslo 2023 s. 151–194
- Rhinow/Schefer/
Uebersax 2016 René Rhinow / Markus Schefer / Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3.erweiterte und aktualisierte Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2016

- Rosseland Sandhaug 2020 Ingvild Rosseland Sandhaug, Korrupsjonsbekjempelse. Særlig om norske virksomheters ansvar for korrupsjon, Gyldendal, Oslo 2020
- Roxin 2006 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2006
- Roxin/Greco 2020 Claus Roxin, Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2020
- Rui 2005 Jon Petter Rui, «Det materielle straffebegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2005 s. 294–369, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2005-03-03>
- Rui 2009 Jon Petter Rui, Forbudet mot gjentatt straffefølgning, Universitetsforlaget, Oslo 2009
- Rui 2012 Jon Petter Rui, Hvitvasking. Fenomenet, regelverket, nye strategier, Universitetsforlaget, Oslo 2012
- Rui 2013 Jon Petter Rui, «The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations. Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights?», Nordic Journal of Human Rights, 2013 s. 28–54
- Rui 2015 Jon Petter Rui, «Skyldprinsippet», Lov og Rett, 2015 s. 511–512, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2015-09-01>
- Rui 2017 Jon Petter Rui, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», Jussens Venner, 2017 s. 123–184, <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2017-03-01>
- Rui 2018a Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen. Ingen straff uten skyld (nulla poena sine culpa). G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, søkenummer 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018», Tidsskrift for strafferett, 2018 s. 202–215, <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2018-03-06>
- Rui 2018b Jon Petter Rui, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», Lov og Rett, 2018 s. 129–130, <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-03-01>
- Rui 2020 Jon Petter Rui, «Forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff», Lov og Rett, 2020 s. 323–324, <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-06-01>
- Rui 2021a Jon Petter Rui, «Fra menneskerettsdomstolen: Grenser for kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker. Lacatus mot Sveits, søkenummer 14065/15, dom 19. januar 2021», Tidsskrift for strafferett, 2021 s. 191–198, <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2021-02-07>

- Rui 2021b Jon Petter Rui, «Om skillet mellom overtredere og medvirker i strafferetten», i Asbjørn Strandbakken / Per Erik Bergsjø / Knut H. Kallerud / Berte-Elen Konow / Ragna Aarli (red.), *Med ære og samvittighet. Festskrift til Magnus Matningsdal 70 år*, Gyldendal, Oslo 2021 s. 155–172
- Rui 2022a Jon Petter Rui, «Straff av tunge rusmisbrukere for bruk av narkotika og besittelse til eget bruk. Grunnloven § 102 som skranke mot straff uten legitimt formål», *Lov og Rett*, 2022 s. 53–58, <https://doi.org/10.18261/lor.61.1.5>
- Rui 2022b Jon Petter Rui, «Straff som inngrep i menneskerettigheter og krav om legitimt formål og forholdsmessighet. Noen kommentarer til HR-2022-731-A», *Lov og Rett*, 2022 s. 613–633, <https://doi.org/10.18261/lor.61.10.3>
- Rui/Ringen/Rørholt 2021 Jon Petter Rui / Gunnar Holm Ringen / Kristine Frivold Rørholt, *Hvitvaskingsloven. Lovkommentar*, Universitetsforlaget, Oslo 2021
- Rui/Sieber 2015 Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (red.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker & Humblot, Berlin 2015
- Sachs 2018 Michael Sachs, *Grundgesetz*, 8. Auflage, C.H. Beck, Berlin 2018
- Saul 2015 Matthew Saul, «The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Process of National Parliaments», *Human Rights Law Review*, 2015 s. 745–774, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngv027>
- Schabas 2015 William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015
- Schlink 1976 Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1976
- Schlink 2012 Bernhard Schlink, «Proportionality (1)», i Michel Rosenfeld / Andrés Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012 s. 718–737
- Schünemann 2003 Bernd Schünemann, «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», i Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohler (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, Baden-Baden 2003 s. 133–182
- Schünemann 2016 Bernd Schünemann, «Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016 s. 654–671
- Skeie 1937 Jon Skeie, *Den norske strafferett*, bind 1, *Den alminnelige del*, O. Norli, Oslo 1937
- Skeie 1938 Jon Skeie, *Den norske strafferett*, bind 2, *Den spesielle del*, O. Norli, Oslo 1938

- Sledizinska-Simon 2021 Anna Sledizinska-Simon, «Proportionality Analysis by the Polish Constitutional Court», i Mordechai Kremnitzer / Talya Steiner / Andrej Lang (red.), *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Process*, Cambridge University Press, Cambridge 2020 s. 385–457
- Slettan/Øie 1997 Svein Slettan / Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*, Tano Aschehoug, Oslo 1997
- Smith 2017 Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2017
- Spano 2014 Robert Spano, «Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity», *Human Rights Law Review*, 2014 s. 487–502, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu021>
- Spano 2016 Robert Spano, «Deprivation of Liberty and Human Dignity in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2016 s. 150–166, <https://doi.org/10.15845/bjclj.v4i2.1064>
- Spano 2018 Robert Spano, «The Future of the European Court of Human Rights. Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law», *Human Rights Law Review*, 2018 s. 473–494, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy015>
- Spano 2021 Robert Spano, «Foreword», i Emmanouil Billis / Nandor Knust / Jon Petter Rui (red.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Bloomsbury Publishing, Oxford/New York/Dublin 2021 s. v–vii
- Steiner/Lang/
Kremnitzer 2020 Thalia Steiner / Andrej Lang / Mordechai Kremnitzer, «Introduction. Analysing Proportionality Comparatively and Empirically», i Mordechai Kremnitzer / Talya Steiner / Andrej Lang (red.), *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2020 s. 1–21 og s. 542–611
- Steiner/Netzer/
Sulizeanu 2022 Talya Steiner / Liat Netzer / Raanan Sulitzeanu-Kenan, «Necessity or Balancing. The Protection of Rights under Different Proportionality Tests. Experimental Evidence», *International Journal of Constitutional Law*, 2022 s. 642–663, <https://doi.org/10.1093/icon/moac036>
- Sternberg-Lieben 2003 Detlev Sternberg-Lieben, «Rechtsgut, Verhältnismässigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers», i Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohler (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, Baden-Baden 2003 s. 65–82

- Sternberg-Lieben 2015 Detlev Sternberg-Lieben, «Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs», i Carl-Friedrich Stuckenberg / Klaus Ferdinand Gärditz (red.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paefgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Duncker & Humblot, Berlin 2015 s. 31–47
- Stoltenberg/Horn 2023 Lars Stoltenberg / Henrik Horn, «Høyesterett klargjør innholdet i straffelovens korrupsjonsforbud», Tidsskrift for strafferett, 2023 s. 273–278, <https://doi.org/10.18261/strafferett.23.3.5>
- Stone Sweet / Mathews 2019 Alec Stone Sweet / Jud Mathews, Proportionality Balancing and Constitutional Governance. A Comparative and Global Approach, Oxford University Press, Oxford 2019
- Strandbakken 2004 Asbjørn Strandbakken, «Grunnloven § 96», Jussens Venner, 2004 s. 166–215, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2004-03-04-03>
- Stubberud 2004 Jørgen A. Stubberud, «En kritikk av Alf Ross' non-kognitivism», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2004 s. 50–133, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2004-01-02-03>
- Stuckenberg 2017 Carl-Friedrich Stuckenberg, «Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?», Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2017 s. 349–362, <https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0014>
- Suominen 2015 Annika Suominen, «EU-strafferett og Norge – hvor står vi i dag?», Tidsskrift for strafferett, 2015 s. 375–395, <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9537-2015-04-02>
- Sætervadet/Bruzelius/
Eriksen/Løvlie/Skretting/
Tuseth 2023 Torkell Sætervadet / Karin M. Bruzelius / Christoffer C. Eriksen / Anders Løvlie / Nils Gunnar Skretting / Bård S. Tuseth, «Sanksjoner, flyforbud og droner», Lov og Rett, 2023 s. 7–36, <https://doi.org/10.18261/lor.62.1.3>
- Søvig 2015 Karl Harald Søvig, Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten, Fagbokforlaget, Bergen 2015
- Tamanaha 2004 Brian Z. Tamanaha, On the Rule of Law. History, Politics, Theory, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- Tiedemann/Sieber/Satzger/
Burchard/Brodowski 2016 Klaus Tiedemann / Ulrich Sieber / Helmut Satzger / Christoph Burchard / Dominik Brodowski (red.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Nomos, Baden-Baden 2016
- Toftegaard Nielsen /
Lund Madsen 2020 Gorm Toftegaard Nielsen / Lasse Lund Madsen, Strafferet I. Ansvar, Djøf Forlag, København 2020
- Touri 2013 Karlo Touri, «Ultima Ratio as a Constitutional Principle», Onati Socio-Legal Series, 2013 s. 6–20
- Trechsel/Noll/Pieth 2017 Stefan Trechsel / Peter Noll / Mark Pieth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2017
- Tøssebro 2016 Henriette Tøssebro, Rettsstrid. En strafferettslig studie, Fagbokforlaget, Bergen 2016

- van Dijk / van Hoof / van Rijn /Zwaak 2006 Pieter van Dijk / Fried van Hoof / Arjen van Rijn / Leo Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen/Oxford 2006
- Vélez Rodrigues 2016 Luis A. Velez Rodrigues, «Controlling the Constitutionality of Criminal Law Against the Onslaught of Irrationality Criminal Policy», i Adan Nieto Martin / Marta Munoz de Morales Romero (red.), Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law, Springer, Berlin 2016 s. 325–351
- Wendt 2013 Rudolf Wendt, «The Principle of ‘Ultima Ratio’ and/or the Principle of Proportionality», Onati Socio-Legal Series, 2013 s. 81–94
- Wennerström 2007 Erik O. Wennerström, The Rule of Law in the European Union, Iustus, Uppsala 2007
- Wessels/Beulke/Satzger 2020 Johannes Wessels / Werner Beulke / Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 50. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2020
- Waaben 1987 Knud Waaben, Strafferettens ansvarslære, G.E.C. Gad, København 1987
- Zahle 2007 Henrik Zahle, At forske ret. Essays om juridisk forskningspraksis, Gyldendal, København 2007
- Øyen 2022 Ørnulf Øyen, Straffeprosess, 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2022
- Aall 2021 Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter 2. Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning, Fagbokforlaget, Bergen 2021
- Aall 2022 Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter 1. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter, Fagbokforlaget, Bergen 2022
- Aall 2023 Jørgen Aall, «Straff og forholdsmessighet», Lov og Rett, 2023 s. 325–335, <https://doi.org/10.18261/lor.62.5.5>

ANNET

- Michael Hanfeld, «Europas Richter Hebeln die Pressefreiheit aus», Frankfurter allgemeine Zeitung, 24.6.2004, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kino/monaco-siegt-europas-richter-hebeln-die-pressefreiheit-aus-1156894.html> (sist besøkt 14.2.2024)
- German Society of Human Genetics, «Stellungnahme der deutschen Gesellschaft für Humangenetik: Eugenische Argumentation im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Inzestverbots», Medizinische Genetik, 2008, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11825-008-0099-6> (sist besøkt 13.2.2024)
- The Times, «Cameron sickened by prisoner vote», 3.11.2010, <https://www.thetimes.co.uk/article/cameron-sickened-by-prisoner-vote-j3zf67bbm2t> (sist besøkt 14.2.2024)
- Thomas Vampouille, «L'indépendance du Procureur en France Remise en Cause», Le Figaro, 23.11.2010, <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2010/11/23/01016-20101123ARTFIG00563-la-cedh-remet-en-cause-le-statut-du-parquet.php> (sist besøkt 14.2.2024)
- Der Spiegel, «Unionspolitiker Kritisieren Rüge aus Strassburg», 14.1.2011, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/sicherungsverwahrung-unionspolitiker-kritisieren-ruege-aus-strassburg-a-739444.html> (sist besøkt 14.2.2024)
- Dietmar Hipp, «Im Zweifel für die Dauerhaft», Der Spiegel, 8.2.2011, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/streit-ueber-sicherungsverwahrung-im-zweifel-fuer-die-dauerhaft-a-744298.html> (sist besøkt 14.4.2024)
- Neue Züricher Zeitung, «Schweiz im gleichen Fall schon zum zweiten Mal gerügt», 11.10.2011, <https://www.nzz.ch/---ld.675521?reduced=true> (sist besøkt 14.2.2024)
- Allegra Stratton, «Ministers to urge changes to European court of human rights», The Guardian, 25.12.2011, <https://www.theguardian.com/law/2011/dec/25/changes-european-court-human-rights> (sist besøkt 14.2.2024)
- Jean-Claude Mignon, «Opening Speech», High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (Brighton Declaration), 14.4.2012, http://assembly.coe.int/President/Mignon/Discours/2013/21012013_OpeningSpeech_EN.htm (sist besøkt 14.2.2024)
- Robert Spano, «The European Court of Human Rights: anti-democratic or guardian of fundamental values?», UK Human Rights Blog, 19.11.2014, <https://ukhumanrightsblog.com/2014/11/19/the-european-court-of-human-rights-anti-democratic-or-guardian-of-fundamental-values-judge-robert-spano/> (sist besøkt 14.2.2024)
- Sindre Leganger, «Funksjonshemmede Ola Schröder røyset kjøper sex i Danmark», Aftenposten, 20.8.2015, <https://www.aftenposten.no/amagasinet/i/l9EG/funksjonshemmede-ola-schroeder-roeyset-kjoepet-sex-i-danmark> (sist besøkt 14.2.2023)
- Markus Heinker, Die Auswirkungen des «Caroline-Urteils» des EMGR auf die Rechtsprechung von BGH und BVerfG, Grin Verlag 2015, <https://www.grin.com/document/293918> (sist besøkt 14.2.2024)
- Die Zeit, «Grüne fordern Sex auf Rezept für Pflegebedürftige», 8.1.2017, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-01/sexualassistenz-gruene-sex-schwerkranke> (sist besøkt 14.2.2024)
- Kjetil Kolsrud, «Busch: – På noen områder er det etter mitt syn spørsmål om man har gått noe for langt», Rett24, 4.10.2017, <https://rett24.no/articles/busch-pa-noen-omrader-er-det-etter-mitt-syn-sporsmal-om-man-har-gatt-noe-for-langt> (sist besøkt 14.2.2024)

- Thomas Fischer, «Es gibt kein Strafrecht der Moral», SPIEGEL-Gespräch, Der Spiegel, 32/2014
- Magnus Blaker, «Politiet vet ikke hvordan de skal håndheve dieselforbudet», TV2 4.2.2016, <https://www.tv2.no/a/8010797/> (sist besøkt 14.2.2024)
- Olav Døvik / Svein Vestrum Olsson, «Dom: IS-husmødre straffes på samme måte som fremmedkrigere, NRK, 13.4.2019, https://www.nrk.no/norge/dom_-is-husmodre-straffes-pa-samme-mate-som-fremmedkrigere-1.14515004 (sist besøkt 13.2.2024)
- Signe Karin Hotvedt, «Tromsø setter alle reisende sørfra i karantene for å begrense smitte», NRK, 15.3.2020, <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/tromso-setter-alle-reisende-sorfra-i-karantene-1.14944978> (sist besøkt 14.2.2024)
- Jørn Jacobsen / David Vogt, «Avkriminalisering bare for tungt rusavhengige vil stride mot Grunnloven», Rett24, 3.5.2021, <https://rett24.no/articles/avkriminalisering-bare-for-tungt-rusavhengige-vil-stride-mot-grunnloven> (sist besøkt 13.2.2024)
- Andreas Mihm, «Österreich führt Impfpflicht ab 14 Jahre ein», Frankfurter Allgemeine Zeitung, 9.12.2021, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/oesterreich-fuehrt-allgemeine-corona-impfpflicht-ab-14-jahren-ein-17675604.html> (sist besøkt 14.2.2024)
- Erik Tangen / Mathias Ogre, «Tiltalt for skattesvik for 250 kroner – ble frifunnet i retten: – Fast praksis», E24, 12.11.2022, <https://e24.no/naeringsliv/i/156Pne/tiltalt-for-skattesvik-for-250-kroner-ble-frifunnet-i-retten-fast-praksis> (sist besøkt 14.2.2024)
- Geir Ulfstein, «Dronesaken: Høyesterett som utenrikspolitisk aktør?», Rett24, 25.7.2023, <https://rett24.no/articles/dronesaken-hoyesterett-som-utenrikspolitisk-aktor> (sist besøkt 14.2.2024)
- Torkell Sætervadet, «Ny EU-dom avdekker svikt i Høyesteretts resonnement i dronesaken», Rett24, 22.12.2023, <https://rett24.no/articles/ny-eu-dom-avdekker-svikt-i-hoyesteretts-resonnement-i-dronesaken> (sist besøkt 6.5.2024)

Hvorfor kan ikke homofil praksis mellom voksne, samtykkende mennesker kriminaliseres? Hvorfor kan ikke bruk av sigaretter og alkohol kriminaliseres fordi det påfører staten store utgifter? Hvorfor kan ikke tigging på offentlig sted gjøres straffbart? Og hvorfor kan man ikke innføre fengselsstraffer på 50 år for drap og voldtekt? Kan Stortinget kriminalisere atferd kun fordi politikerne ønsker å sende et signal om at atferden er uønsket, eller ut fra rent moralske overveielser?

Rammes det at en person kjøper en sexdukke som ser ut som et barn, av straffeloven § 311, som setter straff for befatning med fremstillinger som seksualiserer barn? Kan en person med russisk statsborgerskap som fører en drone, straffes kun fordi vedkommende har russisk statsborgerskap? Kan en person som fører elsparkesykkel med promille, straffes like strengt som en person som gjør det samme med en personbil?

I denne boken undersøkes kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff. Kravet begrenser lovgivers adgang til å kriminalisere. Det er et sentralt prinsipp ved tolking av straffebud (et alminnelig straffbarhetsvilkår). Forholdsmessighetsprinsippet er grunnleggende når straff skal utmåles.

Kravet om forholdsmessighet ved bruk av straff har tradisjonelt hatt en tilbaketrukket rolle i norsk strafferett. Praksis og teori tyder på at endringer er på vei.

Jon Petter Rui er professor ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen. Han har skrevet bøker og artikler innen fagområdene strafferett, straffeprosess, menneskerettigheter, og tilknyttede fagområder.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-03173-6

