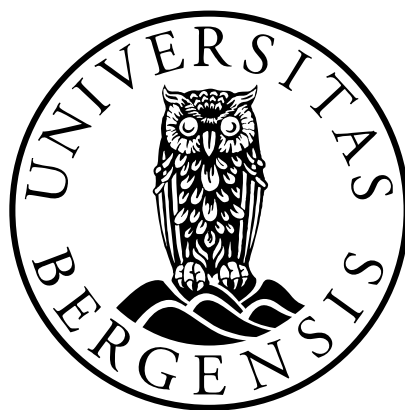


# Straffansvar for drap begått under tvang

Kandidatnummer: 109

Antall ord: 30 263



JUS398 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.6.2015

*«Det er ikke dommerens sak å kreve  
heroisme av gjennomsnittsmennesker».<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Fra forarbeidene til den tyske lov jf. Andenæs 2004 s. 189.

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Tvungen og dens særegenheter.....	4
1.2	Hvorfor drap? .....	8
1.3	Oppgavens oppbygning .....	9
2	Kildebruk og begreper.....	11
2.1	Metode og kildebruk.....	11
2.2	Begreper i oppgaven.....	14
2.2.1	Ansvarslæren.....	14
2.2.2	Ansvarsfrihetsgrunn og straffritaksgrunn.....	15
2.2.3	Rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner .....	16
3	Tvang i norsk strafferett .....	19
3.1	Innledning.....	19
3.2	Straffeloven av 1902 § 44 frem til 1929.....	19
3.3	Straffeloven av 1902 § 47.....	22
3.4	Straffeloven av 2005 §§ 17 og 81.....	24
3.5	Tentativ vurdering av ulike regulerings fordeler og ulemper.....	27
4	Tvang i andre land og jurisdiksjoner.....	30
4.1	<i>Duress</i> og <i>Necessity</i> .....	30
4.2	Eksempler på andre reguleringsmåter .....	31
4.2.1	Innledning.....	31
4.2.2	Model Penal Code .....	32
4.2.3	Tyskland .....	34
4.2.4	Roma-vedtektene.....	35
5	Hvorfor straffer vi?.....	38
5.1	Innledning.....	38
5.2	Prevensjon og gjengjeldelse .....	38
5.2.1	Prevensjonsteoriene.....	38
5.2.2	Gjengjeldelsesteorien .....	42
5.2.3	Straffens begrunnelse i dag .....	43
5.3	Skyldprinsippet.....	48

6	Hva er optimal håndtering av den som er tvunget til å drepe?.....	52
6.1	Sentrale normative utgangspunkter .....	52
6.2	Kan psykologien gi oss svaret? .....	55
6.3	Menneskelig feilbarlighet .....	58
6.4	Prinsipiell konklusjon .....	59
6.5	Hvordan regulere tvang? .....	60
6.5.1	Ansvarsfrihets- eller straffritaksgrunn?.....	60
6.5.2	Rettmessighets- eller unnskyldningsgrunn?.....	64
6.5.3	Bevisproblemer som motargument mot en god regel .....	68
6.6	Øvrige vilkår.....	75
6.6.1	Vilkår for hva som utgjør rettslig relevant tvang .....	75
6.6.2	At trusselen oppleves som reell og krav til årsakssammenheng .....	75
6.6.3	Fravær av alternativ handling .....	75
6.6.4	Fravær av skyld hos gjerningspersonen .....	76
6.6.5	Krav til hva gjerningspersonen trues med.....	77
6.6.6	Krav til hva trusselen rettes mot.....	78
6.6.7	Utgjør resultatet av drapet noen forskjell? .....	80
6.7	Rettslige begrensninger .....	84
7	Avslutning .....	86
	Epilog .....	87
	Kilder.....	88

# 1 Innledning

## 1.1 Tvangen og dens særegenheter

Spørsmålet som behandles i denne oppgaven er hvilken betydning tvang har for det strafferettslige ansvaret. Det å tvinge noen til å begå en straffbar handling er allerede ulovlig i dag, og oppgaven fokuserer dermed ikke på tvangsutøveren, men på den som utsettes for tvangen.<sup>2</sup> Formålet er å foreta en vurdering av hva som er den mest hensiktsmessige måten å ta hensyn til at gjerningspersonen handlet under tvang.

Det er ikke én enkelthendelse som har gjort oppgavens tema aktuelt, men en gradvis utvikling av strafferetten og terrenget den operer i. De senere år er det blitt vedtatt internasjonale regler som blant annet får betydning for strafferetten. Internasjonaliseringen av strafferetten aktualiserer spørsmålet om en harmonisering av ulike lands regelverk, og en eventuell avklaring av årsakene til ulikhetene. I flere andre rettssystemer er det tradisjon for å skille mellom nødtilstander og tvang i strafferetten. At skillet synes å være en integrert og naturlig del av andre systemer, gjør det interessant å stille spørsmål ved den norske reguleringen. Andre lands rett vil behandles i kapittel 4. At man videre ser en økning i organisert kriminalitet både nasjonalt og internasjonalt, kan tenkes å gjøre tvangsproblematikken mer aktuell.<sup>3</sup> En årsak til dette er måten mennesker behandles i menneskesmugling og menneskehandel.<sup>4</sup> I tillegg har spørsmålet om håndtering av den tvungne lovovertreder en konstant aktualitet ved at det tvinger oss til å utforske de grunnleggende årsakene til at vi straffer. Disse forteller noe om hvem man ønsker å straffe og hvorfor. Etter å ha undersøkt de generelle begrunnelsene for hvem og hvorfor man straffer, blir spørsmålet i hvilken grad begrunnelsene står seg overfor en gjerningsperson som har handlet under tvang.

---

<sup>2</sup> Straffeloven § 227 angir at trusler på nærmere angitte vilkår er straffbart. Andre eksempler er at den som blant annet ved trusler utnytter en person til en rekke angitte formål omfattes av bestemmelsen om menneskehandel, strl. § 224, og at det å skaffe seg seksuell omgang ved blant annet truende adferd omfattes av strl. § 192. Videre slås det klart fast av Husabø 1999 s. 257 med videre henvisninger at den som tvinger noen til å avgi falsk forklaring kan straffes for medvirkning selv om hovedgjerningspersonen går fri som følge av nødtilstand. Andorsen 1999 s. 258 påpeker også at den som utøver tvang både kan straffes for trusler og medvirkning til handlingen gjerningspersonen tvinges til.

<sup>3</sup> Meld. St. 7 s. 7 og 10 angir at det er en økning i organisert kriminalitet.

<sup>4</sup> I Meld. St. 7 s. 47 står det at «Kjernen i begrepet [menneskehandel] relaterer seg til situasjoner der mennesker under falske forutsetninger eller under tvang forlater sine hjemland og reiser til andre land der de holdes under kontroll av personer som utnytter dem til å utføre arbeid eller tjenester mot ingen eller minimalt vederlag».

Det finnes mange former for tvang. Den typen det siktes til i denne oppgaven er trusler som stammer fra ytre menneskelige kilder. Tvang har imidlertid også betydning for ansvarslæren på et annet område: Det man kan karakterisere som indre tvang – eksempelvis hørselshallusinasjoner og tvangstanker – vil kunne medføre at noen er fri fra straffansvar.<sup>5</sup> Denne formen for tvang behandles imidlertid ikke her.

Oppgaven vil som helhet ta utgangspunkt i én konkret problemstilling: At man tvinges til å begå drap. Begrunnelsen for dette valget gis i punkt 1.2. Situasjonen hvor noen trues på livet til å ta andres liv er særlig kjent fra krigssituasjoner. Da formålet med oppgaven er å vurdere om man har en tilfredsstillende regulering av tvangssituasjonen i straffeloven, er det viktig å avgrense mot anførsler om frifinnelse som følge av ordre fra overordnede og spesialreguleringer for krigssituasjoner. Ordre fra overordnede kan utgjøre relevant tvang for denne oppgaven, men anførsler om at man bare fulgte ordre vil ikke behandles.

Følgende fiktive sak synliggjør kjernen i den problematikken som diskuteres i oppgaven; En torsdagskveld i oktober er 20 år gamle Ole på vei hjem fra filmkveld hos venner. Veien hjem går gjennom et næringsområde i byen. Plutselig hører Ole noen rare lyder. Av nysgjerrighet går han inn en sidegate for å se hva som foregår. I det Ole runder hjørnet ser han en skikkelse som sitter på knærne med ansiktet vendt bort. To menn står rundt den knelende. Ole blir redd, men før han rekker å snu og løpe tilbake til hovedgaten tar en hånd tak i skulderen hans. Ole ber om å få gå og lover at han ikke vil fortelle noen om det han har sett. Mannen som holder ham i et fast grep fnyser og sier at han åpenbart ikke kan stole på Ole. I stedet får Ole en pistol rettet mot hodet og beskjed om at han selv vil bli skutt hvis han ikke dreper den knelende. Det fremstår klart at den knelende i alle tilfeller ville blitt henrettet. Ole blir svært redd når han ser livet passere revy, og dreper til slutt den knelende for å spare seg selv.

Hvordan bør Ole behandles strafferettslig i denne situasjonen? Dette tenkte eksempelet er utformet for å få rendyrket selve tvangsspørsmålet. Ved at Ole helt uforvarende havner i tvangssituasjonen utelukkes eventuelle vurderinger av om han kan klandres for å sette seg selv i den aktuelle situasjonen. I tillegg blir spørsmål knyttet til militæret og krigssituasjoner ikke relevante.

---

<sup>5</sup> Det siktes i denne forbindelse til utilregnelighetsregelen i strl. § 44.

Ole synes i utgangspunktet å falle ganske klart innenfor straffebudet uten å kunne forklare seg med hverken manglende oppfyllelse av de subjektive straffbarhetsvilkårene eller rettsvillfarelse. Det er noe utenfor ham som gjør at handlingen endrer karakter. Uten tvangen vil Ole være en alminnelig lovovertreder. Med tvangen er han på sett og vis også et offer. Så hvordan skal man håndtere en slik dobbeltrolle?

For å synliggjøre hvilken form for tvang som behandles i denne oppgaven er det meningsfylt å peke på noen særegenheter ved tvangssituasjonen. Først etableres et skille mellom tvang og tilbud. Sistnevnte omfatter tilfellene hvor en person oppfordres til å begå en straffbar handling og oppnår et gode som motytelse. Godet kan eksempelvis bestå i penger eller forfremmelser på arbeidsfronten. Tvang skiller seg fra dette ved at man ikke frister vedkommende med goder dersom handlingen begås, men truer med å frata gjerningspersonen noe denne allerede er i besittelse av.<sup>6</sup> For eksempel kan man trues med å bli fratatt fysisk integritet eller økonomiske verdier. Ved både fristelser og tvang begår lovovertrederen med fullt forsett en straffbar handling som vedkommende også vet at er straffbar. De tilfellene som her kalles tilbud vil antagelig også av mange oppfattes som tvang. Et eksempel er gjengmedlemmer som begår kriminelle handlinger på ordre fra noen av høyere rang for selv å stige i gradene. Om det ikke samtidig foreligger trusler, faller et slikt tilfelle innenfor kategorien av tilbud, og behandles ikke videre i oppgaven. Årsaken til denne begrensningen ligger i karakteren av handlingen.<sup>7</sup> Å miste et gode man allerede er i besittelse av, regnes normalt som et større inngrep enn å nekte noen et gode de ennå ikke har. En naturlig følge av dette er at mennesker som tilbys noe i bytte mot en kriminell handling forventes å avstå fra den kriminelle handlingen. Gjerningspersonen må i det hele tatt ikke gjøre noe offer, kun takke nei til noe som ligner betaling for en kriminell handling.

Videre behandles tvangssituasjoner i dag som nødrett etter strl. § 47. De tradisjonelle nødrettssituasjonene skiller seg imidlertid noe fra selve tvangssituasjonen. Det er naturlig å legge til grunn at en person som begår lovbrudd under tvang gjør det fordi trusselen fremkaller frykt. Dersom trusselen ikke er egnet til å fremkalle frykt hos gjerningspersonen, er det vanskelig å se for seg at man kan havne i en reell tvangssituasjon. Når man så begår en straffbar handling for å unngå at trusselen skal effektueres, skyldes dette presumptivt at det

---

<sup>6</sup> Dressler 1989 s. 1336.

<sup>7</sup> Dette gis støtte av Dressler 2011 s. 270 hvor han skriver følgende: «As a matter of criminal law doctrine, the principle that offers do not coerce is unexceptionable, although the urge to act in response to an offer may be stronger than the urge to avoid threatened harm.»

truede godet for gjerningspersonen har høyere verdi enn det ofrede godet. Det sentrale i strl. § 47 er at omstendighetene må ha vært slik at gjerningspersonen var berettiget til å anse skaderisikoen ved faren som truet for å være «særdeles betydelig» sammenlignet med skaderisikoen som oppstod ved redningshandlingen. Det er imidlertid også klart at man kan handle i nødrett med den motivasjon å redde seg selv eller sine nærmeste. Et nærliggende eksempel er reisefølget som har gått seg vill på fjellet og bryter seg inn en hytte for å søke ly. Da er det er antagelig ønsket om å redde både reisefølget og seg selv som er avgjørende. Likevel oppfylles nødrettsvilkårene fordi den objektive verdien som ofres ved innbruddet er lavere enn skaderisikoen reisefølget utsettes for om de ikke bryter seg inn. Motivasjonen for både tvangshandlinger og nødrettshandlinger kan altså være ønsket om å redde noe av stor verdi for en selv. Det er dermed ikke slik at den avgjørende motiverende faktoren ved en nødrettshandling må være en kald og kalkulerende proporsjonalitetsvurdering av de ulike godenes objektive verdi. Jeremy Horder fremhever nettopp dette når han påpeker at mennesker sjelden lar overordnede prinsipper styre alle deres handlinger.<sup>8</sup>

En måte å beskrive skillet mellom kjernen i nødrett og kjernen i tvang er dermed å si at årsaken til ansvarsfriheten tilkjenner seg i om handlingsmotivasjonen *kan* begrunnes objektivt eller subjektivt. Dersom Ole trues på livet av Ida til å ta livet av Kari, er det bare Ole som har en grunn til å drepe Kari. En utenforstående person vil ikke ha noen grunn til å prioritere Oles liv over Karis, fordi liv objektivt sett er like mye verdt.<sup>9</sup> Sitter et spedbarn innelåst i en varm bil, har imidlertid alle tilstedeværende en grunn til å handle på en måte som gjør at barnet reddes, uavhengig av om de har tilknytning til barnet. Det sistnevnte er et eksempel på en nødrettshandling. Årsaken til at man ikke vil være strafferettslig ansvarlig om man knuser bilruten er at man anser barnet for å ha en høyere verdi enn den økonomiske verdien bilvinduet utgjør. Samfunnet honorerer dermed at gjerningspersonen tok riktig valg i en nødsituasjon.

I tvangstilfellet honorerer ikke samfunnet gjerningspersonen på noen måte. Det er allmenn enighet om at handlingen i seg selv er både gal og uønsket. Grunnen til at man som pårørende eller alminnelig samfunnsborger ikke i like stor grad som ellers legger skylden på den direkte

---

<sup>8</sup> Horder 1998 s. 163.

<sup>9</sup> Menneskerettighetserklæringen artikkel 1 og Ot. prp. nr. 90 s. 204.



utøveren, ligger antagelig i at det er lettere å sympatisere med vedkommende.<sup>10</sup> Personen er tvunget til å velge mellom å begå en grufull handling og å pådra seg eller sine nærmeste alvorlige skader. Det er et urimelig vanskelig valg å stilles overfor.

Straffeloven § 56 forsterker inntrykket av at tvang og nødrett ikke er nøyaktig det samme. Denne bestemmelsen åpner for at retten «kan sette ned straffen under det lavmål som er bestemt for handlingen, og til en mildere straffart [...] når handlingen er foretatt [...] under tvang» jf. strl. § 56 bokstav b. Tvang er altså eksplisitt nevnt som straffnedsettelsesgrunn. Blant de øvrige alternativene i bestemmelsen er overskridelse av strl. § 47 og at handlingen er foretatt under «overhengende fare» jf. strl. § 56 bokstav a og b. En angivelse av tvang, overhengende fare og overskridelse av nødrettsbestemmelsen som alternative begrunnelser for straffnedsettelse gir liten mening dersom man anser tvang og nødrett for å være det samme. På denne måten bekrefter reguleringen i § 56 at tvang er en situasjon med visse rettslige særpreg.

Når begrunnelsen for ansvarsfrihet som følge av nødrett og tvang avviker fra hverandre, er det naturlig å reise spørsmål ved om de bør reguleres i samme bestemmelse, og med samme ordlyd.

## 1.2 Hvorfor drap?

Innenfor rammene av denne oppgaven fremstår det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i ett konkret problem for å få en håndterbar masse. Den gjennomgående problemstilling er at gjerningspersonen trues på livet til å ta livet av en fremmed. Drøftelsen er imidlertid ikke ment å gjelde bare for situasjonen hvor liv står mot liv, men å avklare behovet for en regulering av tvangsspørsmålet i straffeloven.

Proporsjonalitetsvurderingen i straffeloven § 47 gjør det vanskelig å frifinne for drap begått under trussel om tap av eget liv. Den juridiske teorien synes også å være samstemte om at man i dag ikke kan være ansvarsfri med hjemmel i strl. § 47 om man begår drap.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Dette støttes av Westen og Mangiafico 2003 s. 939 når det skrives at «[...] the presence of a coercer, tends to cause people to conclude that the one who is really harming the victim is not the coerced actor himself but the non-privileged aggressor who is applying the coercion—at least with respect to harms that, for those who are coerced into inflicting them, are not grossly unacceptable under the circumstances.»

<sup>11</sup> Se blant annet Andenæs 2004 s.188 og Andorsen 1999 s. 327 og 342.

Departementet uttaler seg noe tvetydig om dette spørsmålet i forarbeidene til den nye straffeloven:

«I en nødsituasjon vil det i dag ikke være anledning til å drepe et annet menneske. Bare i helt ekstraordinære situasjoner kan nødrett tenkes å forsvare noe slikt. Slik bør det være også etter den nye loven. Dette er særlig klart hvis det er på tale å drepe ett menneske for å redde et annet; alle liv er like mye verdt.»<sup>12</sup>

Videre i forarbeidene gis det uttrykk for at det kan være unnskyldelig å drepe én for å redde flere, dog slik at dette ikke omfattes av strl. 2005 § 17, men av strl. 2005 § 81.<sup>13</sup>

Det er den prinsipielle karakteren ved problemstillingen som gjør drap spesielt interessant å undersøke. At man internasjonalt ser variasjoner i valg av reguleringsform, gjør det også interessant å fokusere på nettopp drap. Drap er blant de såkalte *mala per se*-forbrytelsene som betyr at handlingen i seg selv regnes som gal, uavhengig av den gjeldende lovgivningen.<sup>14</sup> I kontrast til denne kategorien står *mala quia prohibita*.<sup>15</sup> Denne gruppen forbud retter seg ikke mot handlinger som i seg selv strider mot samfunnets normer, men mot handlinger som er forbudt ved lov. Det er altså årsaken til at noe regnes for å være galt som skiller de to kategoriene.

### 1.3 Oppgavens oppbygning

Først redegjøres det for metoden og kildene som er benyttet i oppgaven. Siden følger en avklaring av sentrale begreper. For å besvare spørsmålene oppgaven reiser, vil det så redegjøres for ulike måter å regulere tvangssituasjonen, både nasjonalt og internasjonalt. Årsaken til denne presentasjonen er å vise at det finnes ulike måter å håndtere problemstillingen, og at disse har ulike styrker og svakheter. Før behandlingen av de ulike reguleringsmåtene vil forskjellen mellom *duress* og *necessity* gjennomgås og forklares. Skillet mellom *duress* og *necessity* er interessant ikke bare på grunn av begrepsavklaring, men også fordi det illustrerer en annen måte å inndele faktiske hendelser enn hva vi gjør i Norge.

---

<sup>12</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 204.

<sup>13</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 205. I Andenæs 2004 s. 188 står følgende: «Selv om en kunne redde flere liv ved å ofre den ene, ville det neppe være berettiget.» Dette synes å samsvare med Departementets syn på at et slikt drap eventuelt kan utgjøre en unnskyldningsgrunn, ikke rettmessighetsgrunn.

<sup>14</sup> Andenæs 2004 s. 6.

<sup>15</sup> Andenæs 2004 s. 6. Et eksempel på en straffbar handling som hører til *mala quia prohibita*-kategorien er plan- og bygningslovens påbud om forhåndstillatelse fra kommunen før man foretar en fasadeendring jf. §§ 32-9, 32-8 og 20-1 bokstav c.

Etter gjennomgangen av reguleringsmåter presenteres de dominerende straffeteorier om prevensjon og gjengjeldelse i tillegg til skyldprinsippet. Hensikten er å undersøke de ulike begrunnelsene for at vi straffer, kombinert med en påpekning av styrker og svakheter ved dem. Videre følger en undersøkelse av hva som vil være en optimal håndtering av den som blir tvunget til å drepe. I denne vurderingen fokuseres det hovedsakelig på de allerede presenterte straffeteorier, psykologi og den menneskelige feilbarlighet. Etter en konklusjon om hvorvidt tvang i noen tilfeller bør føre til straff- eller ansvarsfrihet, skal det vurderes hvilken type regulering som vil være den mest passende. I denne vurderingen presenteres potensielle bevisproblemer knyttet til tvangssituasjonen. Det vil også foretas en vurdering av om det finnes gode løsninger med sikte på å redusere bevisproblematikken. Konklusjonen vedrørende mulig regulering presenteres før det foretas en gjennomgang av vilkår det er naturlig å stille for å ramme den rettslig relevante tvangen. Oppgaven avsluttes med et konkret lovforslag til hvordan man kan regulere tvangssituasjonen i lov og en vurdering av hva den foreslåtte bestemmelsen vil medføre for den fiktive Ole.

## 2 Kildebruk og begreper

### 2.1 Metode og kildebruk

Som følge av at oppgaven søker å klarlegge hvordan gjeldende rett bør være, er ikke den alminnelige juridiske metoden et egnet virkemiddel for å besvare oppgavens kjernesporsmål. I vurderingen av hvilken betydning tvang bør ha for det strafferettslige ansvaret, er det svært mange ulike hensyn som bør tillegges vekt. De alminnelige rettskildene, og med dem den alminnelige juridiske metode, vil hovedsakelig brukes for å klargjøre eller forstå gjeldende rett før vurderingen av den begynner. Som en helhetlig karakteristikk av metoden brukt i oppgaven, er det treffende å si at hensynene som begrunner strafferettsinstituttet skal brukes for å utpeke optimal regulering av tvang som et deltema innenfor instituttet.

Årsaken til at jeg beveger meg ned til det jeg anser for å utgjøre grunnlaget og begrunnelsen for strafferetten ligger i at mitt syn på retten er inspirert av det Kaarlo Tuori omtaler som den lagdelte retten.<sup>16</sup> Tuori anser de tre nivåene i retten for å ha ulik geografisk utstrekning og forklarer at overflaten som regel følger landegrensene, at rettskulturen har en utbredelse utover landegrensene og til slutt at dypstrukturen er felles for alle rettskulturer som anses for å tilhøre moderne rett.<sup>17</sup> Inspirert av Tuori har Jørn Øyrehagen Sunde utviklet en egen versjon av teorien om den lagdelte retten hvor han bruker havet som en metafor for de tre stadiene han kaller rettsregler, rettslige prinsipper og rettslig fundament.<sup>18</sup> Tuori og Sunde synes å være enige om kjernen i de ulike nivåene: I det øverste laget finnes rettsreglene som forandres hyppig og består av blant annet lover, rettsavgjørelser og praksis.<sup>19</sup> I neste lag finnes prinsipper som er mer faste enn de enkelte rettsreglene. Disse prinsippene kan benyttes som egne rettsgrunnlag og er i tillegg viktige i tolkningen av rettsreglene som finnes på overflatenivået.<sup>20</sup> Det nederste nivået i den lagdelte retten anser både Tuori og Sunde for å utgjøre selve fundamentet i retten, hvor forandringer skjer langsomt.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Den engelske betegnelsen som er brukt i Tuori 2002 s. 147 er «The Levels of the Law». Tuori fremstiller sin teori om den lagdelte retten på s. 147-196. Den lagdelte retten presenteres også i Tuori 1999.

<sup>17</sup> Tuori 2002 s. 194.

<sup>18</sup> Sunde 2010 s. 27-31.

<sup>19</sup> Tuori 2002 s. 150 og 154 og Sunde 2010 s. 27.

<sup>20</sup> Sunde 2010 s. 30 og Tuori 2002 s. 177. Tuori kaller det midtre laget i retten rettskultur og prinsipper er bare ett av punktene han behandler i dette laget. Alle punktene han behandler i dette laget er: *The legal expert culture, The methodical elements of the legal culture, General doctrines as elements of the legal culture, The conceptual elements of the legal culture* og *The normative elements of the legal culture: general legal principles* jf. s. 161-183.

<sup>21</sup> Sunde 2010 s. 30 og Tuori 2002 s. 184.

Det kan ikke forventes å finne et svar på hvilken betydning tvang *bør* ha for gjerningspersonens strafferettslige ansvar i rettsreglene på overflatenivået. Rettsreglene på overflatenivået er imidlertid et egnet utgangspunkt for å undersøke hvilke grunnleggende hensyn som begrunner deres eksistens. Øvelsen består i å identifisere hensynene som begrunner reglene vi har i dag for så å følge dem opp til overflaten igjen og undersøke om de samme hensynene i tilstrekkelig grad kommer til uttrykk på overflaten. Denne måten å forholde seg til retten synes å samsvare med den Tuori beskriver her;

«For Weber, the *logical interpretation of meaning* was the juridical method *par excellence*. This method found its equivalence in the *constructive method* of conceptual legal dogmatics. The latter came down to the following: legal concepts were inferred inductively from individual legal propositions (legal norms expressed by legislation), and from legal concepts, in turn, new legal propositions could be deductively derived. »<sup>22</sup>

Jeg har valgt å forholde meg til den lagdelte retten fordi den tilbyr en modell som både egner seg for vurderinger hvor underliggende hensyn gis stor plass og på en forståelig måte visualiserer rettens struktur. Det er mange måter å forholde seg til retten, og de underliggende hensynene og teoriene som behandles i denne oppgaven er langt fra uttømmende. Både de tids- og innholdsmessige rammene for oppgaven har gjort det naturlig å begrense bruken av teorier og filosofiske retninger til noen store og anerkjente med klare forbindelseslinjer til de dominerende straffeteoriene.

Fordi oppgaven undersøker om noe *bør* danne grunnlag for straffansvar, er det også mange tilgrensende fagområder som får betydning. Strafferetten bygger på allmenne, grunnleggende hensyn og ideer som de aller fleste har tanker om uten å kjenne til selve jussen. Dette gjør at andre disipliner, deriblant filosofi og psykologi, kan være til stor hjelp i forsøket på å besvare et strafferettslig dilemma. En utelukkende juridisk vurdering av oppgavens tema vil lett kunne overse flere viktige spørsmål på området, blant annet fordi man da ikke stiller spørsmål ved loven selv. For å foreta en hensiktsmessig *de lege ferenda*-vurdering må man også være innom spørsmålet om hvilke oppgaver vi mener at lovene skal ivareta.

---

<sup>22</sup> Tuori 2002 s. 168.

Et eksempel hvor jussen kommer til kort og behøver bistand fra filosofien er når man stiller spørsmål ved straffens formål.<sup>23</sup> Årsaken til suppleringsbehovet er at man dypest sett står overfor et spørsmål om rett og galt. Videre kan man si at så lenge gjerningspersonens skyld er blant de avgjørende faktorer for om noen skal straffes, og hvilken straff som skal sones, dukker det også opp spørsmål om gjerningspersonens psykologiske opplevelser. Psykologien kan på dette punktet bidra med premisser for å forstå hvordan man handler i en tvangssituasjon. Psykologien og filosofien kan imidlertid ikke få ubegrenset spillerom i jussen. For å benytte standpunkter i disse disiplinene som argumenter i en rettslig vurdering, må man undersøke adgangen til å vektlegge eksempelvis hensynet til menneskelig feilbarlighet. Filosofien er det på mange måter mindre kontroversiell å benytte underveis fordi den utgjør en stor del av fundamentet for strafferettsinstituttet og utgjør opphavet til flere av straffeteoriene.

Når det gjelder strafferettslig litteratur har jeg ikke lyktes i å finne utfyllende teori skrevet på norsk. Det eksisterer imidlertid en rekke vitenskapelige artikler fra land med lengre tradisjoner for særskilt regulering av tvungne lovovertredere. Denne typen artikler er verdifulle og vil brukes som følge av argumentasjonsverdien i dem. Videre vil andre lands rettslige reguleringer på området tjene som inspirasjon og eksempler gjennom store deler av oppgaven i håp om å gjøre teksten mindre teoretisk og mer håndgripelig.

En utfordring som har vist seg å være større enn først antatt, er bruken av andre lands rett og litteratur fra andre land.<sup>24</sup> Det er hele tiden en risiko for at jeg ikke oppfatter tekstene og reglens reelle innhold uten å kjenne systemene og kulturene i landene de tilhører.

Et eksempel er at uttrykk som i dagligtalen brukes som rene oversettelser kan vise seg ikke å ha et helt korresponderende innhold i en juridisk kontekst. Både de tids- og størrelsesmessige rammene for denne oppgaven har satt en naturlig begrensning for hvor dypt jeg kan gå i forståelsen av andre systemer. Denne utfordringen er noe av årsaken til at andre lands litteratur og rettslige reguleringer i all hovedsak anvendes som eksempler, inspirasjon og for deres argumentasjonsverdi underveis.

---

<sup>23</sup> Dette kommer blant annet til uttrykk i Mæland 2012 s. 42-45 og i Andenæs 2004 s. 67 vises det til Kant i forbindelse med gjengjeldelsesteorien og utilitaristiske teorier oppgis som motsetning til gjengjeldelsesteorien.

<sup>24</sup> At det oppstår spesielle utfordringer ved å jobbe komparativt og at man snakker om en komparativ metode fremgår blant annet av Bogdan 2003 s. 23

## 2.2 Begreper i oppgaven

### 2.2.1 Ansvarslæren

Ansvarslæren er betegnelsen på helheten av vilkår som må være oppfylt for at noen kan straffes.<sup>25</sup> Den etablerte ansvarslæren oppstiller fire straffbarhetsvilkår. Henry John Mæland har delt dem på følgende måte; oppfyllelse av den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, at det ikke foreligger rettsstridsutelukkende omstendigheter, at det foreligger subjektiv skyld hos gjerningspersonen og til slutt at gjerningspersonen er tilregnelig.<sup>26</sup> Vilkårene er kumulative, slik at hver og ett må være oppfylt for at noen skal kunne straffes.

En person som er tvunget til å begå en straffbar handling vil klart nok både oppfylle den objektive gjerningsbeskrivelsen og ha forsett om å begå den straffbare handlingen. Tvangssituasjonen problematiserer heller ikke hvorvidt gjerningspersonen er tilregnelig. Oppgavens problemstilling faller dermed som helhet inn under vilkåret om at det ikke skal foreligge rettsstridsutelukkende momenter.

Det er imidlertid ikke allmenn enighet om ansvarslæren og dens rammer. Jørn Jacobsen har foreslått en reform av ansvarslæren hvor straffbarhetsvilkårene kalles henholdsvis gjerningsbeskrivelse, rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner.<sup>27</sup> Reformforslaget er interessant for spørsmålet i oppgaven som følge av at skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner tillegges større betydning enn hva tilfellet er i den etablerte ansvarslæren. I vurderingen av om tvang bør utgjøre en ansvarsfrihetsgrunn er det også nødvendig å ta stilling til om det bør være en rettmessighetsgrunn eller unnskyldningsgrunn. Selv om jeg nok legger noe større vekt på skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner enn hva som er alminnelig etter den tradisjonelle læren, behandler jeg henholdsvis rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner som underkategorier av ansvarsfrihetsgrunner, et uttrykk som nå må avklares.

---

<sup>25</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 46.

<sup>26</sup> Mæland 2012 s. 83

<sup>27</sup> Jacobsen 2012 s. 24.

## 2.2.2 Ansvarsfrihetsgrunn og straffritaksgrunn

I den tradisjonelle ansvarslæren snakker man om straffrihetsgrunner og straffritaksgrunner. Jeg har valgt å fravike denne uttrykksmåten i oppgaven. Det begrunner seg ganske enkelt i at uttrykket straffrihetsgrunn er misvisende med hensyn til hva jeg ønsker å beskrive. En naturlig forståelse av ordet straffrihetsgrunn tilsier at man har å gjøre med en situasjon hvor tiltalte er ansvarlig for den aktuelle lovovertrædelsen, men likevel ikke straffes. Altså slik at straffrihetsgrunnen kun har betydning for straffespørsmålet, ikke skyldspørsmålet. Som det redegjøres for nedenfor er det imidlertid ikke denne situasjonen man søker å betegne med uttrykket straffrihetsgrunn i den tradisjonelle ansvarslæren. Det som i realiteten skjer når en straffrihetsgrunn fører til frifinnelse er at vedkommende anses å være fri for ansvar når det kommer til den aktuelle lovovertrædelsen. Dette er en ganske annen realitet enn om man regnes for ansvarlig, men ikke må avtjene straff. I denne oppgaven brukes derfor betegnelsen ansvarsfrihetsgrunn ved omtalen av det som tradisjonelt kalles straffrihetsgrunner.

En ansvarsfrihetsgrunn er, som ordet tilsier, noe som gjør en overtrædelse av et straffebud fri for ansvar. Det er ikke tale om en skjønnsmessig adgang for domstolen til å fritta vedkommende fra straff. Gjerningspersonen har ikke ansvar for lovovertrædelsen, og har av den grunn et krav på ikke å bli straffet.

Vi har både spesielle og alminnelige ansvarsfrihetsgrunner.<sup>28</sup> De spesielle ansvarsfrihetsgrunnene er forbundet med en konkret regel. Et eksempel på en spesiell ansvarsfrihetsgrunn er strl. § 167. Bestemmelsen utgjør et unntak fra den alminnelige regelen om straff ved falsk forklaring. Ansvarsfrihetsgrunnen fører til at en siktet person ikke straffes hvis vedkommende avgir falsk forklaring. Denne ansvarsfrihetsgrunnen er direkte knyttet sammen med straffebudene i strl. §§ 163 og 166, og kan ikke gjøres gjeldende for noen andre lovovertrædelser enn disse.

De alminnelige ansvarsfrihetsgrunnene kommer på sin side til anvendelse på alle typer straffbare handlinger, og har dermed ikke tilknytning til en spesiell form for lovovertrædelse. Et eksempel i så måte er nødrett i strl. § 47. Bestemmelsen bruker det vide begrepet «[h]andling» i angivelsen av hva som kan bli ansvarsfritt. Det betyr at bestemmelsen kommer

---

<sup>28</sup> Mæland 2012 s.134.



til anvendelse på alle straffbare handlinger og unnlater uavhengig av hvor i loven straffetrusselen befinner seg jf. strl. § 4.

I motsetning til hva som er tilfelle ved ansvarsfrihetsgrunnene, har man ved straffritaksgrunnene ikke noe krav på å gå fri for straff. Gjerningspersonen har i utgangspunktet pådratt seg straffansvar, men retten er gitt adgang til å foreta en full nedsettelse av straffen.<sup>29</sup> Et eksempel på en slik straffritaksgrunn er straffeloven § 228 tredje ledd som angir at provokasjon «kan» føre til at forholdet ikke straffes.<sup>30</sup> Selv om utfallet for tiltalte kan bli det samme uavhengig av om frifinnelsen skyldes en ansvarsfrihetsgrunn eller straffritaksgrunn er det altså en helt annen juridisk realitet som begrunner resultatet.

### **2.2.3 Rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner**

Jeg deler ansvarsfrihetsgrunnene inn i to underkategorier, henholdsvis rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner. En slik inndeling er også vanlig i strafferettslitteraturen.<sup>31</sup> Det varierer imidlertid hvilken betydning de ulike teoretikerne tillegger kategoriene. I den etablerte ansvarslæren er rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner to ulike typer av straffrihetsgrunner som enten gjør handlingen lovlig eller bare fritar den for straff.<sup>32</sup> Jacobsen tar på sin side til orde for en reform av ansvarslæren som blant annet innebærer at betegnelsene rettmessighetsgrunn og unnskyldningsgrunn får større betydning enn de tradisjonelt har hatt.<sup>33</sup>

En rettmessighetsgrunn er til stede der man begår en ellers straffbar handling, men spesielle omstendigheter gjør den lovlig.<sup>34</sup> Når det foreligger en rettmessighetsgrunn har det ikke skjedd et brudd på normen som straffebudet representerer. En unnskyldningsgrunn foreligger på den annen side når en ellers straffbar handling begås, men omstendigheter knyttet til gjerningspersonen gjør at vedkommende unnskyldes. I det siste tilfellet anser man altså ikke

---

<sup>29</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 67.

<sup>30</sup> Prosessuelt er behandlingen av straffritaksgrunnen provokasjon litt spesiell fordi spørsmålet om det i det hele tatt foreligger provokasjon hører til skyldspørsmålet, mens hvilken betydning den eventuelle provokasjonen skal ha hører til straffespørsmålet jf. Andenæs 2004 s. 444.

<sup>31</sup> Andenæs 2004 s. 152 og Andorsen 1999 s. 22. Dette skillet opprettholdes også i Ot. prp. nr. 90 s. 66-67.

<sup>32</sup> Frøberg og Torgersen 2012 s. 195.

<sup>33</sup> Redegjørelse for reformforslaget angående rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner i Jacobsen 2012 s. 20-23.

<sup>34</sup> Ot. prp. nr. 56 s. 28.

omstendighetene for å være av en slik karakter at de gjør handlingen lovlig, selv om de gjør den forståelig, og dermed straffri.<sup>35</sup>

Et eksempel på en rettmessighetsgrunn er nødverge i strl. § 48. Kjernen i strl. § 48 er at handlingen foretas til «[a]fvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb, saafremt Handlingen ikke overskrider hvad der fremstillede seg som fornødent hertil». Et eksempel kan være at en person kommer løpende med en øks for å drepe deg. Da vil det være rettmessig å bruke vold for å uskadeliggjøre vedkommende. Slik vold vil åpenbart normalt være straffbart, men fordi den her tjener som en forsvarshandling for å hindre egen død eller alvorlig skade, vil det likevel være lovlig, og altså rettmessig.

Unnskyldningsgrunnene har en litt annen karakter. Der velger man ikke å si at omstendighetene gjør handlingen lovlig, men at den gjør handlingen forståelig og dermed unnskyldelig. Et eksempel på en unnskyldningsgrunn er overskridelse av nødvergeadgangen i strl. § 48, fjerde ledd.<sup>36</sup> Bestemmelsen krever at «[o]verskridelsen alene har fundet Sted paa Grund af en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse.» Et eksempel kan være at en person slår deg gjentatte ganger i ansiktet med knyttet neve, og at du som følge av opphisselsen ikke nøyer deg med et slag tilbake, men i stedet slår angriperen i ansiktet med en glassflaske som forsvarshandling. I et slikt tilfelle kan man kanskje ikke snakke om rettmessig vold. Det er imidlertid forståelig at man i en slik situasjon ikke klarer å tenke gjennom nøyaktig hvor langt man kan gå, men i et desperat forsøk på å redde seg selv går for langt. Selv om handlingen er forståelig vil det være uheldig om samfunnet sa at den var rettmessig.

For utfallet i den konkrete saken har det ikke egentlig noen betydning om handlingen anses rettmessig eller unnskyldelig. Grunnen er at konklusjonen i begge tilfeller vil bli ansvarsfrihet. Om noe er en unnskyldningsgrunn eller rettmessighetsgrunn, kan imidlertid få betydning for andre vurderinger. Fordi en rettmessig handling er lovlig vil man eksempelvis ikke kunne reagere med nødverge mot en handling foretatt i nødrett.<sup>37</sup> Årsaken til dette er at nødrettshandlingen ikke vil oppfylle vilkåret om «retsstridigt Angreb», som er et vilkår for

---

<sup>35</sup> Ot. prp. nr. 56 s. 28.

<sup>36</sup> Bestemmelsen om ubetinget ansvarsfrihet ved overskridelse av nødverge er ikke videreført i den nye straffeloven av 2005 jf. Ot. prp. nr. 90 s. 209 og strl. 2005 § 18.

<sup>37</sup> Dette påpekes også i Andorsen 1999 s. 259 i sammenheng med den indre sammenhengen mellom nødverge og nødrett.

utøvelse av nødverge jf. strl. § 48. I tillegg er det en viss ulikhet i signaleffekten for de to kategoriene.

# 3 Tvang i norsk strafferett

## 3.1 Innledning

Før vurderingen av hvilken betydning tvang bør ha for gjerningspersonens straffansvar er det naturlig med en presentasjon av hvordan tvangssituasjonen håndteres i dag.

Norske forhold gir et godt utgangspunkt for undersøkelse av regulering med hensyn til tvang. Årsaken er at vi har gått gjennom tre ulike faser i lovgivningen på området. Frem til 1929 var tvang nevnt eksplisitt som en ansvarsfrihetsgrunn i straffeloven § 44. Siden den gang og frem til i dag har vi ikke hatt noen eksplisitt angivelse av tvang som ansvarsfrihetsgrunn, men tvangstilfellene kan falle innenfor virkeområdet til nødrettsbestemmelsen i strl. § 47. Den nye straffeloven av 2005 inneholder nok en måte å regulere problemstillingen på. I tillegg til en språklig revidert nødrettsbestemmelse inneholder loven en flunkende ny regel om skjønnsmessig ansvarsfrihet ved overtredelse av nødrettsregelen. Disse tre bestemmelsene gjennomgås i det følgende.

Vi har i tillegg hatt en midlertidig bestemmelse om straffbortfall i landssvikanordningen av 15. desember 1944. Paragraf 5 første punktum lød som følger: «Er en slik handling som nevnt i § 2 foretatt under tvang, kan retten sette ned straffen under det lavmål som er fastsatt i § 3 eller la straffen falle helt bort.»<sup>38</sup> Denne bestemmelsen var imidlertid foranlediget av svært spesielle omstendigheter, og vil ikke gjennomgås i det følgende.

## 3.2 Straffeloven av 1902 § 44 frem til 1929

Frem til lovendring av 22. februar 1929<sup>39</sup> var tvang eksplisitt nevnt i straffeloven § 44.

Bestemmelsen lød som følger:

«En handling er ikke strafbar, naar den handlende ved dens foretagelse var sindssyg, bevidstløs eller iøvrigt utilregnelig paa grund af mangelfuld udvikling af sjælsevernerne eller svækkelse eller sygelig forstyrrelse af disse eller formedelst tvang eller overhængende fare.»<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Denne bestemmelsen i landssvikanordningen er hentet fra Solem 1945 s. 63-64. Provisorisk anordning av 3. august 1945 endret ordlyden i § 5 første punktum til: «Er en slik handling som nevnt i § 2 foretatt under tvang, kan straffen falle helt bort» jf. Solem 1945 s. 63-64.

<sup>39</sup> Endringslov av 22. februar 1929.

<sup>40</sup> Hagerup 1916 s. 48.

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at tvang kan utgjøre en årsak til utilregnelighet. Med andre ord kan tvang gjøre en person utilregnelig i det konkrete tilfellet. Hvilken type tvang man mener å omfatte med ordlyden, kommer imidlertid ikke klart frem. Dog kan sammenhengen med «overhængende fare» tilsa at det er tale om ytre tvang.

Forarbeidene til straffeloven av 1902 oppklarer ikke hvordan ordlyden skal forstås, men inneholder en generell kommentar angående gjerningspersonens tilstand i gjerningsøyeblikket:

«At mangel paa Evne til at beherske sine Handlinger bør være Straffrihedsgrund, og det uanseet Mangelens Aarsag, synes i sig selv klart; og naar enkelte Love ikke fuldt ud anerkjender dette, men kræver, at den manglende Evne skal have sin Aarsag i en sygelig Forstyrrelse af Sjælsvirksomheden eller lignende, da er vistnok Grunden hertil alene at søge i Frygt for de Misbrug, som Sætningen, udtalt i sin fulde Almindelighed, kan tenkes at medføre.»<sup>41</sup>

En naturlig forståelse av denne kommentaren tilsier at situasjoner som involverer alvorlig tvang, hvor man ikke egentlig kan beherske egne handlinger fullt ut, bør være en ansvarsfrihetsgrunn. Avslutningsvis ser det ut til at lovgiver mener det eneste motargumentet mot en slik regel er redsel for misbruk, og dermed i siste instans ineffektivitet.

Videre kommenterer Francis Hagerup bestemmelsen på følgende måte i 1911:

«Ved tvang sigtes her ikke til direkte fysisk tvang, hvorved selve handlingsbegrepet udelukkes, men til den ved trusler fremkaldte psykiske tvang, som enten kan have forstyrret bevidstheden eller bevirket, at de derved frembragte motiverende forestillinger antager en saadan styrke, at modforestillinger ikke kan gjøre sig gjældende. Lignende virkning vil kunne være følgen af den ved en overhængende fare fremkaldte rædsel; og straffrihed formedelst utilregelighed af denne grund vil kunne være begrundet i videre udstrækning end efter strl. § 47 (f. ex hvor rædselen har ledet til, at man har taget livet af en anden for at redde sig selv, eller fordi man i den dræbte feilaktig saa den, fra hvem faren truede).»<sup>42</sup>

Hagerups omtale av bestemmelsen synes å samsvare med den situasjonen jeg har valgt å kalle tvang i denne oppgaven. Årsaken er at han sier bestemmelsen omfatter den ved trusselen

---

<sup>41</sup> Udkast 1896 s. 71.

<sup>42</sup> Hagerup 1911 s. 296-297.

fremkalte psykiske tvang. Altså synes det å være snakk om eksterne trusler som påvirker gjerningspersonens psyke.

I innstillingen til lovendringen av 1929 sies det imidlertid at «[t]vang betyr etter kommisjonens utkast hverken ydre (fysisk) makt eller trusler, men indre tvang (tvangsforestillinger og tvangsdrift).»<sup>43</sup> Årsaken til at lovgiver valgte å utta ordet fremstår å være at man mente tilfellene ordlyden omfattet allerede falt inn under den generelle bestemmelsen om sinnssykdom. Komiteen uttaler seg imidlertid også om reguleringen for det tilfelle at den skulle gjelde ytre tvang:

«Og som betegnelse for trusel er der efter komiteens mening ingen grunn til å beholde det. En trusel kan fremkalle en sådan frykt, at den truede blir sanseløs (relativt bevisstløs). Og en trussel kan gjøre en handling objektivt lovlig efter § 48, når den rettes mot ham, som truer, eller efter § 47, om den går utover tredjemanns eiendom (eller person). Men man kan ikke frifinne en mann for et drap, som han har utført efter befaling av en annen, men med klar bevissthet. Om han er truet med døden, blir han selvsagt ikke berettiget til å ta en tredjemanns liv.»<sup>44</sup>

Denne uttalelsen sett i lys av den foregående skaper et bilde av at komiteen anså både indre og ytre tvang som allerede omfattet av andre bestemmelser. At komiteen avslutningsvis avfeier at man kan bli berettiget til å ta en tredjemanns liv når ens eget liv er truet, blir ikke videre begrunnet. Det er også verdt å merke seg komiteens beskrivelse av at man ikke blir «berettiget» til å ta en annens liv. Ordbruken tilsier at komiteen uttaler seg om rettmessighetsgrunner, ikke unnskyldningsgrunner, og dermed at uttalelsen ikke gjelder alle former for ansvarsfrihetsgrunner.

De ulike uttalelsene om bestemmelsens virkeområde og siktemål gjør det vanskelig å få et klart bilde av paragrafens realitet i dens virketid. Uttalelsen som skiller seg mest ut er den man valgte ved lovendringen i 1929. Forutsetningen om at tilfellene som falt inn under ordet tvang allerede var dekket på andre områder, synes ikke å være i tråd med hva som er skrevet i bestemmelsens levetid eller i dens opprinnelige forarbeider.

Da majoriteten av kildene tilsier at bestemmelsen omfattet ytre tvang som skaper en psykisk tvang hos offeret, er det på denne måten bestemmelsen vil behandles i oppgaven. Frem til

---

<sup>43</sup> Innstilling I s. 68.

<sup>44</sup> Innstilling I s. 68.

1929 hadde vi dermed i Norge en ansvarsfrihetsgrunn som eksplisitt omfattet tvang. Ordlyden gir heller ikke inntrykk av at det har vært noen absolutte begrensninger i ansvarsfrihetsgrunnen, hverken når det gjelder karakteren av tvangen eller handlingen den tvungne har foretatt.

### 3.3 Straffeloven av 1902 § 47

Nødrettsbestemmelsen i strl. § 47<sup>45</sup> lyder i dag som følger:

«Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fra en paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstændighederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes.»

Det er to sentrale vilkår av interesse i denne bestemmelsen. Det første er at handlingen foretas for å redde noe eller noen fra «en paa anden Maade uafvendelig Fare». Det andre er at omstendighetene berettiget vedkommende til å anse faren som «særdeles betydelig» sammenlignet med skaden vedkommende selv forvolder ved sin handling.

Kjernen i det første av disse vilkårene er at man ikke kan ty til straffbare handlinger hvis mindre inngripen kan hindre den faren som truer.

Dommen i Rt. 2010 s. 1076 gir en god illustrasjon av dette vilkåret. Tre polske statsborgere var tilbudt arbeid i bygningsbransjen og reiste i den forbindelse til Nederland. En av de tre hadde med både sin kjæreste og en venn på turen. Vel fremme ble det klart at det ikke var noen jobb til dem i bygningsbransjen, men at de skulle smugle narkotika i magesekken. Da de motsatte seg smuglingen, ble de fortalt «[...] at det ikke ville nytte å stikke av.

Oppdragsgiverne kjente deres adresser og visste også hvor deres familier bodde».<sup>46</sup> Kjæresten og vennen klarte ikke å svelge kapslene, men de tre andre svelget til sammen nesten 2 kilo kokain. De tre polske statsborgerne ble fraktet til en flyplass i Belgia. Derfra skulle de fly til Polen, for så å fly videre til Norge neste morgen. Alle tre ble tollvisitert og tilstod smuglingen ved ankomst i Norge.

Den første flyturen fra Belgia til Polen ble ansett straffri med hjemmel i strl. § 47.<sup>47</sup> Den siste delen av reisen, fra Polen til Norge, ble imidlertid ansett for å være straffbar. Tiltalte ble

---

<sup>45</sup> For mer informasjon om nødrett, se Andorsen 1999.

<sup>46</sup> Rt. 2010 s. 1076 avsnitt 3.

<sup>47</sup> Rt. 2010 s. 1076 avsnitt 19.

idømt 2 år og 2 måneder fengsel hvorav 8 måneder ble gjort betinget med en prøvetid på 2 år.<sup>48</sup> Lagmannsretten forklarer straffansvaret for siste strekning med at de tre hadde, og var klar over at de hadde, et handlingsalternativ ved landing i Polen.<sup>49</sup> Handlingsalternativet gikk ut på selv å komme i sikkerhet hos politi og varsle familie.<sup>50</sup> Dommen illustrerer hvilke krav som stilles til gjerningspersonen i den aktuelle situasjonen.

Kjernen i det andre av de omtalte vilkårene er en forholdsmessighetsvurdering. Den naturlige forståelsen av «særdeles betydelig» tilsier imidlertid at terskelen er høy. Det er altså ikke tilstrekkelig med en interesseovervekt, ulikheten i skaderisiko må være vesentlig.

Interesseavveiningen gjør at nødrettsbestemmelsen har likhetstrekk med ekspropriasjonstankegangen.<sup>51</sup>

Dommen i Rt. 1950 s. 377 gir en god illustrasjon av dette vilkåret. Noen nordmenn som arbeidet i ordenspolitiet deltok i 1944 under eksekusjonen av en annen nordmann. Gjerningsmennesenes alminnelige arbeidsoppgaver innebar ikke deltakelse i eksekusjoner, og det var først tidlig om morgenen samme dag at de ble informert om oppgaven. En av de siktede kontaktet sin overordnede og ba seg fritatt for oppgaven. Den overordnede «[...]behandlet henvendelsen som mytteri og etter å ha henvist til H-saken, trakk han sin revolver og ga tiltalte et par minutter til å avgjøre om han ville lyste ordre eller bli skutt på stedet».<sup>52</sup> De siktede påberopte seg strl. § 47, men ble idømt to år fengsel for deltakelse i eksekusjonen etter en straffnedsettelse i medhold av strl. §§ 56 og 58.<sup>53</sup>

Forsvaret anførte at tiltalte ikke med rimelighet kunne forventes å motstå den utviste tvangen, men til dette svarte Høyesterett:

«For at en ellers straffbar handling skal bli rettmessig etter det nevnte lovsted kreves det først og fremst at det retts gode som reddes, ut fra en objektivt berettiget vurdering skal være verdifullere enn det som ofres. At det ut fra en slik vurdering ikke i alminnelighet vil være berettiget å ta en annens liv for å redde sitt eget, forekommer meg klart.»<sup>54</sup>

I Rt. 1950 s. 377 var det altså proporsjonalitetsvilkåret som gjorde at bestemmelsen ikke kunne anvendes på saksforholdet. Som følge av at skaderisiko ved faren som truer må være

---

<sup>48</sup> Rt. 2010 s. 1076 avsnitt 31.

<sup>49</sup> LA-2010-44868 under overskriften «Nærmere om det straffbare forhold».

<sup>50</sup> LA-2010-44868 under overskriften «Nærmere om det straffbare forhold».

<sup>51</sup> Mæland 2012 s. 149.

<sup>52</sup> Rt. 1950 s. 377 s. 379.

<sup>53</sup> Rt. 1950 s. 377 s. 378 og 381.

<sup>54</sup> Rt. 1950 s. 377 s. 379.



«særdeles betydelig» sammenlignet med skaderisikoen ved redningshandlingen virker det altså usannsynlig at gjerningspersonen kan gå straffri med hjemmel i § 47 dersom vedkommende under trussel mot eget liv begår drap. Årsaken er at alle liv objektivt sett har like høy verdi.<sup>55</sup> Departementet påpeker følgende i forarbeidene til straffeloven 2005: «I en nødsituasjon vil det i dag ikke være anledning til å drepe et annet menneske. Bare i helt ekstraordinære situasjoner kan nødrett tenkes å forsvare noe slikt».<sup>56</sup>

Den någjeldende nødrettsbestemmelsen skiller seg dermed fra tidligere § 44 ved at det ikke er noen eksplisitt angivelse av tvang i bestemmelsen. Om tvangstilfellene skal omfattes av bestemmelsen, må de passe inn i rammene som er fastsatt for nødrett. Dommene som er gjennomgått ovenfor illustrerer videre at nødrettsbestemmelsen ikke tar noen spesielle hensyn angående den særegne situasjonen gjerningspersonen under tvang befinner seg i. Selv om tvangssituasjonene altså kan falle inn under virkeområdet til strl. § 47, oppstår det i alle fall et problem dersom de truede godene er likeverdige. At tvang er angitt eksplisitt som en straffnedsettelsesgrunn i strl. § 56 bokstav b ved siden av «overhengende fare» og «berettiget harme», bidrar til å forsterke inntrykket av at den typen tvang oppgaven omhandler ikke var viet egne tanker da § 47 ble utarbeidet. Videre gjør fokuset på proporsjonalitet i bestemmelsen at domstolen heller ikke gis særlig stor mulighet til å vektlegge omstendighetene som foreligger ved tvang.

Dagens nødrettsbestemmelse er dermed nokså snever, og i motsetning til i nødvergesituasjonen er ikke ansvarsfrihetsgrunnen i dag utvidet til også å omfatte eventuelle overskridelser av retten.

### **3.4 Straffeloven av 2005 §§ 17 og 81.**

Den nye § 17 er i hovedsak en videreføring av bestemmelsen vi i dag finner i strl. § 47. Likevel er det gjort en endring som kan få praktiske betydninger ved at ordlyden «særdeles betydelig» i den nye bestemmelsen blir erstattet med «langt større». Å senke terskelen på denne måten vil føre til at nødrettsbestemmelsen får et videre virkeområde.<sup>57</sup> Straffeloven av 2005 inneholder også en helt ny bestemmelse av relevans for denne oppgavens tema. Paragraf 81 lyder som følger:

---

<sup>55</sup> Menneskerettighetserklæringen artikkel 1 og Ot. prp. nr. 90 s. 204.

<sup>56</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 204. Departementet gjør det også klart at det ikke ønskes å oppstille en absolutt grense for hvilke verdier man lovlig kan ofre i redningshandlinger.

<sup>57</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 417.

«Retten kan frifinne den som [...]b) har overskredet grensene for [...] nødrett (jf. § 17) [...] og særlige grunner tilsier frifinnelse.»

Den samme regelen er innført for overskridelse av nødverge i strl. 2005 § 18 og trer dermed inn som en slags erstatning for den ikke videreførte ansvarsfrihetsgrunnen i någjeldende strl. § 48 fjerde ledd. Straffritaksgrunnen har altså fått et utvidet virkeområde fra tidligere bare å gjelde nødvergeoverskridelser. På den andre siden fremgår det av ordlyden «kan frifinne» at straffritaksgrunnen er gjort fakultativ. Det er opp til dommerne i hver enkelt sak om den enkeltes forhold er av en slik art at vedkommende skal gå fri for straff. Tiltalte har dermed ikke noe ubetinget krav på å gå fri for straff om vilkårene er oppfylt.<sup>58</sup>

Departementet gir et eksempel på hvilken anvendelse bestemmelsen kan få når det gjelder overskridelse av nødrett; «Bestemmelsen kan for eksempel få anvendelse dersom lovbrøyteren ofrer andres verdier for å redde sine egne til tross for at kravet til interesseovervekt ikke er oppfylt».<sup>59</sup> Departementets eksempel tilsier at man skal kunne unntas for straff når proporsjonalitetsvilkåret ikke er oppfylt.

Som ovenfor nevnt var problemet i Rt. 1950 s. 377 at proporsjonalitetsvilkåret ikke var oppfylt. Sett i lys av Departementets uttalelse er det imidlertid grunn til å tro at denne avgjørelsen ville fått et annet utfall om strl. 2005 § 81 var trådt i kraft på det aktuelle tidspunkt. Dommen er likevel ikke omtalt i denne forbindelse i Ot. prp. nr. 90.

Et viktig tolkningsspørsmål i den nye bestemmelsen er hva det innebærer å ha «overskredet grensene for» nødrett. Er det bare overskridelse av proporsjonalitetsvurderingen som er omfattet, eller også en overskridelse av vilkåret om at faren «ikke kan avverges på annen rimelig måte» jf. strl. 2005 § 17? Dersom overskridelse av kravet om å avverge faren på annen rimelig måte omfattes av strl. 2005 § 81, er det tenkelig at bestemmelsen kunne utgjort en forskjell for resultatet i Rt. 2010 s. 1076.

Den någjeldende strl. § 48 fjerde ledd har en lignende formulering; «[h]ar nogen overskredet Grensærne for Nødverge». Denne bestemmelsen åpner kun for ansvarsfrihet der det er en overskridelse i intensitet, ikke tid.<sup>60</sup> At bestemmelsen skal forstås på denne måten er fastslått i rettspraksis og er en naturlig forståelse av situasjonen bestemmelsen gjelder.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 472.

<sup>59</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 472.

<sup>60</sup> Mæland 2012 s. 147.

<sup>61</sup> Rt. 1983 s. 492 s. 493.

Nødvergehandlingen må foretas til avvergelse eller forsvar mot et rettsstridig angrep. Dersom man overskrider nødvergeretten i tid, foreligger det ikke lenger et rettsstridig angrep, og man faller av den grunn utenfor nødvergesituasjonen.

En nødrettshandling foretas for å redde noe eller noen fra en fare, og har av den grunn ikke den samme klart definerte forutsetningen som nødverge. Likevel er det en forutsetning for å kunne snakke om en nødrettshandling at det foreligger en fare for skade. I Rt. 2010 s. 1076 var det en fare som truet smuglerne, men retten mente at det kunne vært foretatt en mindre inngripende handling enn å gjennomføre smuglingen for å avverge faren. Vilåret om fare var altså til stede, og det tilsier at man befant seg innenfor nødrettsbestemmelsen. Spørsmålet blir så om kravet om at faren «[i]kke kan avverges på annen rimelig måte» er et vilkår i bestemmelsen – på lik linje med proporsjonalitetskravet – eller om det kan anses for å være et inngangsvilkår til bestemmelsen. Dersom man anser kravet for å være et inngangsvilkår, er det naturlig å tolke begrensningen i strl. 2005 § 81 slik at den ikke gjelder for overskridelse av kravet. En slik tolkning gir god sammenheng med tolkningen av nåværende § 48 fjerde ledd. Om kravet regnes som et alminnelig vilkår i bestemmelsen, er det på den annen side naturlig å anse overskridelser som omfattet av strl. 2005 § 81. Disse spørsmålene er imidlertid vanskelig å besvare før bestemmelsen er trådt i kraft og vil antagelig besvares når den tas i bruk.

Tvang er heller ikke i denne loven eksplisitt angitt som ansvarsfrihetsgrunn eller straffritaksgrunn. Likevel kan det godt tenkes at strl. 2005 § 81 vil kunne utgjøre en praktisk forskjell i tvangstilfellene. At lovgiver har valgt å lage en straffritaksgrunn snarere enn en ansvarsfrihetsgrunn i strl. 2005 § 81, kan gjøre at bestemmelsens praktiske rekkevidde blir avgrenset. Som jeg har redegjort for ovenfor er den sentrale forskjellen mellom ansvarsfrihetsgrunner og straffritaksgrunner at man i førstnevnte har krav på frikjennelse mens gjerningspersonens skjebne i sistnevnte tilfelle vil ligge i dommerens hender. Hvis man skal være vanskelig, kan man selvsagt innvende at det til syvende og sist alltid vil være opp til dommeren om man omfattes av nødrettsbestemmelsen eller ikke. Den skjønnsmyndighet dommeren er gitt i § 81 er imidlertid av en ganske annen art. Først er domstolen ved ordet «kan» gitt en mulighet til å la vedkommende gå fri for straff dersom vilkårene er oppfylt. Dette innebærer at det i praksis er opp til dommerne fra sak til sak å avgjøre om gjerningspersonen skal frikjennes.

Lignende «kan»-regler finner vi igjen i de någjeldende bestemmelsene i strl. §§ 195 fjerde ledd og 228 tredje ledd, som regulerer seksuell omgang med en mindreårig dersom de

involverte er av jevnbyrdig alder og utvikling, samt legemsfornærmelser. Skjønnsadgangen i disse bestemmelsene gjelder også et lignende område ved at det i alle tilfellene er tale om å gjøre en normalt straffbar handling fri for straff i det konkrete tilfellet. Paragraf 81 åpner imidlertid for ytterligere skjønnsutøvelse enn de to andre ved at den i tillegg til «kan»-skjønnen også inneholder vilkåret «særlige grunner». Begrepet «særlige grunner» er skjønnsmessig og bidrar således til ytterligere svekkelse av forutberegneligheten.

### **3.5 Tentativ vurdering av ulike regulerings fordeler og ulemper**

Frem til 1929 synes fokuset å ha vært på tvangens effekt i gjerningspersonens sinn. Det var altså ikke tvangen i seg selv som begrunnet at det var en ansvarsfrihetsgrunn, men effekten tvangen hadde på den tvungne.

I dagens regulering er hovedfokuset på proporsjonaliteten av nødrettshandlingen sammenlignet med den faren som truer. Ved at man tok ut selve tvangsregelen og overlot tvangstilfellene til behandling i nødrettsregelen er fokuset endret. Før vektla man hvilken virkning tvangen har i gjerningspersonens sinn. Nå vektlegges det om handlingen begått under tvang er ment å være proporsjonal. Tvangssituasjonen vil ofte faktisk falle innenfor virkeområdet for § 47 fordi det oppstår en fare ved at man trues. Bestemmelsen er imidlertid ikke spesielt tilrettelagt for å håndtere denne typen situasjoner.

Etter lovendringen av 1929 mistet man altså en bestemmelse som eksplisitt tok hensyn til de helt særegne sidene ved tvangssituasjonen. At tvang likevel er angitt som en straffnedsettelsesgrunn i den någjeldende loven og videreført i straffeloven av 2005 § 80 bokstav e, kan også tolkes som et uttrykk for at lovgiver anser tvang som en utilstrekkelig årsak til ansvarsfrihet, kun tilstrekkelig til straffnedsettelse. Det er imidlertid risikabelt å tillegge lovgiver en bevissthet om detaljerte sammenhenger der dette ikke kommer eksplisitt til uttrykk. Å påpeke brister i regelverket er likevel verdifullt fordi det kan synliggjøre et behov for endring.

Videre tas det i strl. § 48 fjerde ledd hensyn til gjerningspersonens sinnstilstand i gjerningsøyeblikket ved at overskridelse av nødverge kan lates straffri der det alene skyldes «en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse». Man har altså andre steder i

lovverket tatt eksplisitt hensyn til den menneskelige reaksjonen som gjerne skyldes en stressende eller krevende situasjon. Tvangssituasjonen er sammenlignbar på dette området fordi den aktualiserer spørsmålet om man skal ta hensyn til menneskelige reaksjoner man helst skulle vært foruten i spørsmålet om ileggelse av straff. Som følge av at strl. § 48 fjerde ledd ikke videreføres i straffeloven av 2005, er ikke parallellen til tvangssituasjonen lenger så tungtveiende. Så lenge 1902-loven fremdeles er den gjeldende straffelov er den imidlertid interessant å trekke paralleller fra. Sett i lys av strl. § 48 fjerde ledds eksistens, fremstår det som en mangel i systemet at man ikke i alle fall har en straffritaksgrunn myntet på tvangssituasjonen.

Den nye § 81 i straffeloven av 2005 har til en viss grad tettet det man fortsatt kan oppleve som et hull.<sup>62</sup> Årsaken til at hullet ikke kan sies å være fullstendig tettet er at § 81 gjelder overskridelse av nødrett, og ikke direkte retter seg mot tvangssituasjonen. Selv om det ikke eksplisitt kommer til uttrykk i bestemmelsen, er det mulig bestemmelsen vil medføre en realitetsendring for tvangssituasjonen.

Sammenlignet med någjeldende strl. § 48 fjerde ledd overfører nyskapningen i strl. 2005 § 81 en stor del av myndigheten fra lovgiver til domstolene. Dette kan kanskje virke rimelig ettersom det presumptivt er dommerne som innehar størst kunnskap på det juridiske feltet. Prinsipielt er det imidlertid betenkelig. Den norske stat bygger på maktfordelingsprinsippet som innebærer en tredeling av statsmakten.<sup>63</sup> Hensikten med slik deling er at de ulike statsmaktene skal kunne kontrollere hverandre. En overføring av myndighet fra lovgiver til domstol er altså betenkelig fordi den gir én statsmakt økt makt på bekostning av en annen. Forskyvningen oppfattes muligens som mindre betenkelig når en av statsmaktene oppgir makten frivillig, men forandringen rokker likevel ved prinsippet om at én statsmakt utarbeider reglene, mens en annen dømmer etter dem.

Et annet problem som oppstår ved slik kompetanseoverføring er at loven mister noe av sin forutberegnelighet. Når domstolen kan velge om bestemmelsen skal anvendes i det enkelte

---

<sup>62</sup> Andorsen 1999 s. 327 påpeker i en fotnote at det eksisterer en mangel i vår lovgivning på området; «Jeg ser her bort fra at overskridelse av strl. § 47 i dag aldri kan føre til straffrihet, noe som må sies å være en mangel ved vår lovgivning på området.»

<sup>63</sup> Bernt og Mæhle 2007 s. 154-155.

tilfellet, i tillegg til at et skjønnsmessig vilkår avgjør om bestemmelsen i det hele tatt kan komme til anvendelse, er det vanskeligere for borgerne å forutberegne sin rettsstilling.<sup>64</sup>

Et minus ved dagens regulering er altså at den ikke får frem de særegne hensyn som oppstår når man blir tvunget til å begå en straffbar handling. Nødrettsbestemmelsen er utformet slik at man belønner personen som ofrer et gode av lavere verdi for å redde noe mer verdifullt. I tvangssituasjonen er ikke belønningssynsvinkelen interessant, fordi vedkommende ikke først og fremst har gjort noe samfunnsnyttig, men noe menneskelig. Nødrettsbestemmelsen stenger altså ikke for at tvangstilfellene kan reguleres av bestemmelsen, men er heller ikke direkte tilpasset dem.

---

<sup>64</sup> Man kan stille spørsmål ved om det påvirker omfanget av domstolens skjønn at det står både «kan» og «særlige grunner» i strl. 2005 § 81. Det er meget mulig at den reelle skjønnsgangen domstolen er gitt ville vært tilsvarende om det bare stod "kan". Ordbruken er i alle tilfeller egnet til å skape et sterkt uttrykk for at man står overfor en regel hvor dommerne er tildelt en stor grad av skjønn.

# 4 Tvang i andre land og jurisdiksjoner

## 4.1 *Duress* og *Necessity*

Før en presentasjon av noen reguleringsalternativer er det verdifullt å redegjøre for to ansvarsfrihetsgrunner som er godt kjent i internasjonal strafferett: *duress* og *necessity*.<sup>65</sup> Årsaken ligger i at begrepenes betydning avkrever interesse når det gjelder skillet mellom nødtilstand og tvang. Inndelingen i *duress* og *necessity* fremstår nemlig som noe annerledes enn vi er vant til i Norge.

I flere rettssystemer er det lange tradisjoner for å skille mellom ansvarsfrihetsgrunnene *duress*<sup>66</sup> og *necessity*.<sup>67</sup> Den sentrale forskjellen ligger i begrunnelsen for ansvarsfrihet. Jeremy Horder mener man kan skille dem ved å se på nøkkelproblemstillingene de reiser.<sup>68</sup> For *necessity* er det gjerningspersonens moralske imperativ til å handle, mens det for *duress* er det personlige offeret gjerningspersonen blir bedt om å gjøre.<sup>69</sup>

Med moralsk imperativ til å handle menes en plikt til å gjøre noe fordi det fremstår som riktig. Horder gir et eksempel hvor dette kommer tydelig frem.<sup>70</sup> Du står i en kø når en mann kommer bort og sier at han vil drepe kvinnen bak deg om ikke noen river henne i håret. Her vil du som tilstedeværende ha et moralsk imperativ til å rive kvinnen i håret fordi det vil være en bagatell sammenlignet med at den samme kvinnen skulle miste livet. Det er altså tilstedeværelsen av risiko for større skade som gjør deg berettiget til å begå handlingen uten å risikere straff.

---

<sup>65</sup> Ambos 2013 s. 348.

<sup>66</sup> I England har man delt *duress* inn i *duress of threats* og *duress of circumstances* jf. Ormerod 2008 s. 325 og Ormerod og Laird 2015 s. 387. Som navnene tilsier, ligger ulikheten mellom disse kategoriene i trusselens opphav. Da denne oppdelingen ikke er direkte relevant for oppgavens tema, som er avgrenset til tvang som stammer fra mennesker, vil den ikke behandles nærmere.

<sup>67</sup> Ambos 2013 s. 342.

<sup>68</sup> Horders forklaring av *duress* og *necessity* er én måte å se på skillet, og ikke nødvendigvis uttrykk for en rådende enighet utenfor Norges grenser. Eksempelene til Horder er brukt her fordi de er enkelt forklart og egnet til å belyse oppgavens problemstilling.

<sup>69</sup> Horder 1998 s. 143.

<sup>70</sup> Horder 1998 s. 162.

Ved å endre litt på eksempelet kommer duressituasjonen til syne.<sup>71</sup> Mannen truer i stedet med å drepe deg om ikke du river den fremmede kvinnen i håret. Det er selvfølgelig fremdeles snakk om to onder som kan veies mot hverandre, men det karakteristiske for situasjonen er spørsmålet om hvor mye man kan forvente at enkeltmennesket ofrer for å unngå at andre påføres et onde.

Skillet mellom disse to ansvarsfrihetsgrunnene kan med andre ord spores i gjerningspersonens motivasjon for å begå handlingen. I situasjonen som illustrerer *necessity* ovenfor vil nok medfølelse overfor kvinnen for manges del utgjøre årsaken til at de river henne i håret. Horder påpeker imidlertid at en generell rettmessiggjøring av handlingen består også om gjerningspersonen skulle handle uforstyrret av følelser.<sup>72</sup> I tilfeller hvor en selv trues, er det på den annen side slik at følelser utgjør en selvstendig del av begrunnelsen for en eventuell unnskyldning av handlingen.<sup>73</sup>

## 4.2 Eksempler på andre reguleringsmåter

### 4.2.1 Innledning

Andre lands rett kan påvirkes av mye mer enn hvordan ordlyden skiller seg fra tilsvarende norske reguleringer. Rettskulturen i et land har stor innflytelse på hvordan bestemmelser praktiseres og utvikles. Et sentralt skille går mellom det man kaller *common law* og *civil law*. I *civil law* står staten gjennom skriftlig lovgivning for hoveddelen av den rettskapende virksomheten, og dommerens oppgave består i å anvende de skriftlige reglene på ulike saksforhold.<sup>74</sup> I *common law*-tradisjonen spiller rettspraksis en større rolle som rettskilde, selv om man også har skrevne lover.<sup>75</sup> *Common law*-tradisjonen ble spredt rundt om i verden gjennom Englands vidtrekkende kolonimakt.<sup>76</sup> De nordiske landene ligger antagelig nærmest *civil law*-tradisjonen, men på grunn av sine felles særtrekk regnes de gjerne for å utgjøre en egen rettslig familie.<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup> Horder 1998 s. 162-163.

<sup>72</sup> Horder 1998 s. 163.

<sup>73</sup> Horder 1998 s. 163.

<sup>74</sup> Merryman 1985 s. 22-24.

<sup>75</sup> Merryman 1985 s. 24-25.

<sup>76</sup> Merryman 1985 s. 4.

<sup>77</sup> Zweigert og Kötz 1998 s. 277.



Hvilken rettstradisjon og rettskultur som utgjør konteksten for den aktuelle lovteksten eller regelen kan få stor betydning for dens reelle virkeområde.

Fordi eksempler på reguleringer i andre lands rett og internasjonalt hovedsakelig trekkes frem som illustrasjon og inspirasjon, vil jeg ikke redegjøre ytterligere for rettstradisjoner og lignende kontekster. Der det er relevant vil jeg likevel påpeke systemulikheter som kan ha betydning for temaet i oppgaven.

#### 4.2.2 Model Penal Code

Den amerikanske Model Penal Code (MPC) inneholder én bestemmelse som regulerer *necessity* i seksjon 3.02 og én bestemmelse som regulerer *duress* i seksjon 2.09. MPC er en modellov fra 1962 på strafferettens område. Loven ble utarbeidet av en gruppe som heter The American Law Institute. Den gjelder ikke i alle de amerikanske statene, men det var heller ikke formålet å skape en uniform strafferett i alle statene.<sup>78</sup> *Duress*-bestemmelsen lyder som følger:

«It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of, or a threat to use, unlawful force against his person or the person of another, which a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist.» jf. Seksjon 2.09 (1).

Ordlyden tildeler ikke domstolen noen skjønnsmyndighet når det gjelder å avgjøre om forsvarsgrunnen skal gis gjennomslag. Dette gjør at vi står overfor en ansvarsfrihetsgrunn.

Et nytt og til nå ukjent element i denne bestemmelsen er at det stilles et objektivt krav til gjerningspersonens oppførsel. Tvangen som gjerningspersonen er utsatt for må være av en slik karakter at en alminnelig forstandig person ikke hadde klart å motstå. Et tilsvarende krav stilles til gjerningspersonen i engelsk rett.<sup>79</sup> Noe lignende er ikke å finne i de norske reguleringene.

Den objektive vurderingen MPC legger opp til, gjør at man kan bygge en viss forventning til folkeflertallet inn i bestemmelsen. Lovgiver kan dermed bygge inn en standard og gjennom denne oppnå en viss forutberegnelighet for borgerne.

---

<sup>78</sup> Wechsler 1968 s. 1427.

<sup>79</sup> Ormerod 2008 s. 332 og Ormerod og Laird 2015 s. 395-396.

Bestemmelsen i MPC setter ingen absolutte begrensninger når det gjelder hvilke handlinger man kan påberope *duress* som forsvar for. Som kontrast er det i England ikke mulig å påberope seg *duress* i tilfellene hvor tiltalte har begått drap.<sup>80</sup> Den amerikanske *duress*-regelen i MPC er altså mer vidtfavnende enn den engelske, som inneholder en absolutt begrensning.

De faktiske omstendighetene vil i stedet tas inn i vurderingen av om tvangen var så sterk at en alminnelig forstandig person ikke hadde klart å motstå.<sup>81</sup> Standarden tar altså opp i seg grensedragningene som det kan være en utfordring å nedfelle i lov.

Ved at det ikke settes noen begrensninger direkte i bestemmelsen, synes regelen i større grad enn vår någjeldende nasjonale regulering å la de særegne psykologiske effekter tvang medfører, være utslagsgivende. Hva en person av «reasonable firmness» innebærer er imidlertid ikke helt fast, men må vurderes individuelt ut fra de aktuelle omstendighetene.<sup>82</sup> På denne måten er domstolen likevel gitt en stor grad av skjønnsmyndighet, om enn indirekte. Sammenlignet med skjønnsmyndigheten domstolene er tildelt etter den nye § 81 i straffeloven gis domstolene gjennom MPC bare én adgang til å utøve skjønn, og ikke en form for dobbelskjønn.

Videre angir MPC seksjon 2.09 hvem trusselen må være rettet mot på følgende måte: «his person or the person of another». Ordbruken gjør det klart at bestemmelsen kun stiller krav om at trusselen retter seg mot et menneske. Til sammenligning er det i en engelsk rettsavgjørelse fastslått at trusselen må være rettet mot gjerningspersonen selv, dennes nærmeste familie, noen som står gjerningspersonen nær eller noen gjerningspersonen har rimelig grunn til å anse seg ansvarlig for.<sup>83</sup> I en annen engelsk sak legges det til at også tilfeller hvor den aktuelle situasjonen gjør gjerningspersonen ansvarlig for dem trusselen vil gå utover omfattes.<sup>84</sup> Eksempelet som gis i denne sammenheng er at gjerningspersonen trues med at en bombe vil eksplodere hvis ikke vedkommende begår en straffbar handling. Det sies så at bombetrusselen i seg selv skaper et ansvar for gjerningspersonen overfor eksplosjonens

---

<sup>80</sup> Ormerod 2008 s. 327 og 340-342, og Ormerod og Laird 2015 s. 390 og 409. Ordet «murder» korresponderer ikke fullstendig med det vi i Norge kaller drap. Årsaken er at man har valgt ulike måter å kategorisere drap på i engelsk og norsk rett. Forskjellen anses imidlertid ikke for å ha vesentlig betydning for fremstillingen her.

<sup>81</sup> American Law Institute 1985 s. 375-376.

<sup>82</sup> American Law Institute 1985 s. 375.

<sup>83</sup> Ormerod 2008 s. 327 og Ormerod og Laird 2015 s. 390 med videre henvisninger.

<sup>84</sup> Ormerod 2008 s. 330 og Ormerod og Laird 2015 s. 393.

potensielle ofre.<sup>85</sup> Vilkåret for hvem trusselen kan være rettet mot i engelsk rett synes dermed i realiteten å tilsvare det som gjelder i amerikansk rett.

### 4.2.3 Tyskland

På samme måte som i MPC regulerer den tyske straffelovboken, *Strafgesetzbuch* (StGB), *Rechtfertigender Notstand* og *Entschuldigender Notstand* hver for seg i henholdsvis §§ 34 og 35. *Rechtfertigender Notstand* er på engelsk oversatt til *necessity*, mens *Entschuldigender Notstand* er oversatt til *duress*.<sup>86</sup> *Rechtfertigender Notstand* har et vilkår om proporsjonalitet som i all hovedsak tilsvare vilkåret i den norske strl. § 47. Bestemmelsen krever at det truede godet «substantially outweighs» det ofrede godet.<sup>87</sup> Ved en avgjørelse i 2006 erklærte den tyske forfatningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) at en bestemmelse som tillot å skyte ned fly dersom det var eneste måte å unngå at flyet ble brukt til å ta menneskeliv var grunnlovsstridig.<sup>88</sup> Domstolen avviste at man kan foreta en balanseøvelse når det gjaldt de involverte, henholdsvis menneskene som befinner seg på bakken og en ytterligere forkortelse av passasjerenes liv.<sup>89</sup> At det befinner seg én uskyldig person om bord, er tilstrekkelig for at denne avgjørelsen gis virkning.<sup>90</sup> En person som tvinges til å begå en straffbar handling kan altså ikke kjennes ansvarsfri med hjemmel i den tyske regelen om *Rechtfertigender Notstand*. Paragraf 35 første ledd, som regulerer *Entschuldigender Notstand*, lyder i engelsk oversettelse som følger:

«(1) A person who, faced with an imminent danger to life, limb or freedom which cannot otherwise be averted, commits an unlawful act to avert the danger from himself, a relative or person close to him, acts without guilt. This shall not apply if and to the extent that the offender could be expected under the circumstances to accept the danger, in particular, because he himself had caused the danger, or was under a special legal obligation to do so; the sentence may be mitigated pursuant to § 49(1) unless the offender was required to accept the danger because of a special legal obligation to do so. »<sup>91</sup>

Ordlyden i denne bestemmelsen gjør det klart at gjerningspersonen er *ansvarsfri* såfremt vilkårene er oppfylt. Det er altså ikke tale om en adgang for domstolene til å frifinne

---

<sup>85</sup> Ormerod 2008 s. 330 og Ormerod og Laird 2015 s. 393.

<sup>86</sup> Bohlander 2009 s. 106 og 123.

<sup>87</sup> Bohlander 2009 s. 106. Jeg benytter meg av Bohlanders engelske oversettelse av StGB i Bohlander 2009.

<sup>88</sup> Bohlander 2009 s. 108.

<sup>89</sup> Bohlander 2009 s. 108.

<sup>90</sup> Bohlander 2009 s. 109.

<sup>91</sup> Bohlander 2009 s. 123.

vedkommende, men en ansvarsfrihetsgrunn hvor tiltalte har krav på frifinnelse dersom vilkårene er oppfylt. Videre angir bestemmelsen i klartekst hvilke trusler som gjør at gjerningspersonen kan påberope seg *Entschuldigender Notstand* som ansvarsfrihetsgrunn. En slik linje minner om den vi ser i MPC seksjon 2.09, selv om den amerikanske bestemmelsen ikke har en like konkret angivelse av hvilke trusler som aktiverer bestemmelsen. En annen ting man bør merke seg i denne bestemmelsen er at det ikke settes noen absolutt grense for hvilke lovovertrедelser *Entschuldigender Notstand* kan påberopes til forsvar for. Til forskjell fra i England, kan man i Tyskland påberope seg *Entschuldigender Notstand* også om man har begått drap.<sup>92</sup>

Et vilkår som skiller den tyske *Entschuldigender Notstand* fra den amerikanske reguleringen av *duress* er angivelsen av at både trusler mot gjerningspersonen selv og «a relative or person close to him» er egnet til å aktivere ansvarsfrihetsgrunnen. Som følge av at det stilles krav til forholdet mellom gjerningspersonen og den trusselen retter seg mot, har altså den tyske bestemmelsen et snevrere virkeområde enn bestemmelsen i MPC.

#### 4.2.4 Roma-vedtektene

Romavedtektene utgjør reglene ved den internasjonale straffedomstolen (ICC). I art. 31, 1. (d) statueres følgende regel:

«[A] person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct [...] The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be: (i) made by other persons; or (ii) Constituted by other circumstances beyond that person's control. »

Heller ikke her tildeles domstolen skjønnsmessig myndighet til å avgjøre om bestemmelsen skal komme til anvendelse i det aktuelle tilfellet, og vi står dermed overfor en ansvarsfrihetsgrunn.

---

<sup>92</sup> I Van Slidrege 2012 s. 248 står følgende: «German criminal law allows duress as an excuse for murder. German influence on this point is probably responsible for the fact that the MPC does not refuse the defence of duress in murder cases. »

Bestemmelsen bruker begrepet *duress* og indikerer på den måten at man står overfor en alminnelig *duress*-regulering. Samtidig stilles det et krav om at gjerningspersonen ikke mente å forårsake større skade enn den skaden vedkommende forsøkte å avverge. Dette kravet gjør at bestemmelsen ligner noe på *necessity*, og mister det klare *duress*-preget. Kombinasjonen av ordbruk og vilkår skaper altså en viss usikkerhet når det gjelder regelens tilsiktede virkeområde.

Videre oppstiller bestemmelsen to mulige kilder for tvangen: fra andre mennesker eller omstendighetene. Dette utgjør et avvik fra det alminnelige innholdet i *duress*. Tar man proporsjonalitetsvilkåret i betraktning, fremstår bestemmelsen som en kombinasjon av de tradisjonelle ansvarsfrihetsgrunnene *duress* og *necessity*. Maartje Krabbe bekrefter dette når hun skriver om bestemmelsen: « [...] during negotiations the two [necessity and duress] were mixed into one provision. »<sup>93</sup>

Bestemmelsen stiller krav om at gjerningspersonen «not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided.» Ordlyden tilsier at det er gjerningspersonens subjektive oppfatning av situasjonen og egne handlinger som er avgjørende for proporsjonalitetsvurderingen jf. «intend». En naturlig forståelse av denne ordlyden vil være at det ikke er de objektivt konstaterbare resultatene av handlingen man skal vurdere proporsjonaliteten ut fra, men gjerningspersonens hensikt. I denne tolkningen er den objektive verdifastsettelsen av de ulike godene avgjørende. Spørsmålet er om gjerningspersonen hadde til hensikt å redde det mest verdifulle. Dersom gjerningspersonen ikke skulle lykkes med redningsaksjonen, vil vedkommende likevel omfattes av bestemmelsen. Krabbe forstår ordlyden på denne måten.<sup>94</sup> Videre påpeker hun en interessant følge av ordlyden: Om gjerningspersonen gjennomfører den straffbare handlingen for å unngå at trusselen realiseres er vilkåret ikke oppfylt.<sup>95</sup> Årsaken er at man da ikke har ment å handle proporsjonalt.

Roma-vedtektene setter altså en grense når det gjelder gjerningspersonens motiv for å handle. Som forklart innledningsvis i oppgaven, kan skillet mellom *duress* og *necessity* tradisjonelt trekkes ved hvordan man kan forklare gjerningspersonens handling, og da slik at man ved *duress* ofte handler for å unngå skade. Når Roma-vedtektene begrenser ansvarsfrihetsgrunnen

---

<sup>93</sup> Krabbe 2014 s. 228 med videre henvisning.

<sup>94</sup> Krabbe 2014 s. 227 med videre henvisning.

<sup>95</sup> Krabbe 2014 s. 228.

til ikke å omfatte den handlingsmotivasjonen som normalt forbindes med *duress*-situasjonen, er det vanskelig å se at bestemmelsen har et annet eller videre virkeområde enn det vi finner i dagens strl. § 47.<sup>96</sup> En iøyenfallende forskjell sammenlignet med § 47 er at Roma-vedtektene eksplisitt angir tvang fra andre mennesker som en form for trussel. Denne ulikheten fremstår hovedsakelig som formell fordi strl. § 47 også rommer tilfeller hvor tvangen stammer fra et annet menneske.

At kravet om proporsjonalitet i Roma-vedtektene synes å ha fått en sentral plass, skaper usikkerhet som følge av kontrasten til bruken av ordet *duress*. Når gjerningspersonen foretar seg noe fordi det fremstår som proporsjonalt i lys av omstendighetene gjør vedkommende det som i størst grad tjener samfunnet. Dette gjør at handlingen i seg selv er ønskelig og av den grunn rettmessig. Bestemmelsen i Roma-vedtektene fremstår følgelig som et uheldig kompromiss mellom to prinsipielt ulike ansvarsfrihetsgrunner. Benjamin Risacher omtaler bestemmelsens sammenblanding på følgende måte:

«This is an inexcusable error that confuses the two very different underlying rationales for why the defenses exist in the first place.»<sup>97</sup>

Risacher kritiserer utformingen av bestemmelsen og foreslår en revisjon hvor proporsjonalitetskravet er uttatt.<sup>98</sup>

Gjennomgangen av andre lands rett skaper inntrykk av at det er alminnelig å operere med et skille mellom *duress* og *necessity*. Etersom skillet eksisterer og opprettholdes i Tyskland, USA og England, kan man fastslå at det ikke er et fenomen med spesiell tilknytning til enten *civil-* eller *common law*. Videre gjør kritikken som er rettet mot Roma-vedtektenes sammenblanding det naturlig å diskutere om den norske løsningen er så god som den kan være.

---

<sup>96</sup> At strl. § 47 tilsvarende Roma-vedtektene art. 31, 1. (d) synes også å forutsettes av Departementet i Ot. prp. nr. 8 s. 73 når det skrives at «Norsk retts svar på Roma-vedtektene artikkel 31 nr. 1 bokstav d er *nødrett*bestemmelsen i straffeloven 2005 § 17.»

<sup>97</sup> Risacher 2014 s. 1417.

<sup>98</sup> Risacher 2014 s. 1421.

# 5 Hvorfor straffer vi?

## 5.1 Innledning

Hvorfor straffer vi? Å stille dette grunnleggende spørsmålet er nødvendig for å besvare hvilken betydning tvang har for det strafferettslige ansvaret. For å vurdere om den tvungne lovovertreder bør straffes, må man ha et utgangspunkt. Vurderingen må undersøke hensynene som begrunner at vi straffer og om disse gjør seg gjeldende når gjerningspersonen har handlet under tvang. Spørsmålet om hvorfor vi straffer vil i det følgende forsøkes besvart ved å gjennomgå de dominerende straffeteorierne og underveis påpeke deres styrker så vel som svakheter.

I flere hundre år har den uttale hovedbegrunnelsen for straff i Norge vært prevensjonsteoriene.<sup>99</sup> I det følgende gjennomgås de to dominerende retningene innen straffeteori, henholdsvis prevensjon og gjengjeldelse. Etter en gjennomgang av disse retningene behandles skyldprinsippet.

## 5.2 Prevensjon og gjengjeldelse

### 5.2.1 Prevensjonsteoriene

*«For det er jo ingen som straffer dem som handler urett, ved å ha oppmerksomheten festet mot dette alene, at en urett er begått, med mindre man vil hevne seg som et villdyr uten mål og mening. Den som derimot tar på seg å straffe på en fornuftig måte, hevner seg ikke på uretten som allerede er begått i fortid – det som har skjedd, kan han jo ikke gjøre ugjort – derimot straffer han med tanke på fremtiden, både for at den selvsamme person ikke skal begå uretten om igjen, og for at ikke en annen, som har sett vedkommende bli straffet, skal begå den samme urett. Den som har en slik tankegang, må mene at dygd kan læres. Man straffer jo for å avskrekke.»*

Platon<sup>100</sup>

Prevensjonsteoriene<sup>101</sup> er i sin reneste form fremadskuende ved at de sikter mot å forhindre lignende handlinger i fremtiden.<sup>102</sup> Antagelig er dette også årsaken til at teorien er blitt ansett for å være human i sin tilnærming. Teorien dveler ikke ved det som er gjort, men ser det som sin største oppgave å forhindre lignende hendelser i fremtiden. I forarbeidene til straffeloven

---

<sup>99</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 77.

<sup>100</sup> Platon lar Protagoras si det siterte i dialogen «Protagoras» jf. norsk oversettelse i Platon 1999 s. 324.

<sup>101</sup> Prevensjonsteoriene omtales ofte også som relative straffeteorier jf. Andenæs 2004 s. 67 og Eskeland 2013 s. 50.

<sup>102</sup> NOU 2003:15 s. 50.

av 2005 er dette aspektet fremhevet når det sies at «[...] hensynet til rettferdighet og humanitet taler mot å påføre mennesker et onde uten at det har noen nytteverdi for samfunnet».<sup>103</sup> Det er nettopp denne funksjonen som søkes oppnådd ved hjelp av de preventive teoriene. I det følgende behandles de to prevensjonsteoriene, allmennprevensjon og individualprevensjon, hver for seg.

### 5.2.1.1 Allmennprevensjon

Allmennprevensjonen søkes oppnådd i befolkningen som helhet forut for at en straffbar handling begås. Johs. Andenæs har delt inn virkninger av allmennprevensjonen i tre: avskrekkende, holdningsskapende og vanemessig lovlydighet.<sup>104</sup>

Den avskrekkende virkningen består i at befolkningen som helhet avstår fra å begå en viss type handlinger fordi de har kjennskap til hvilke følger det vil kunne få. I stedet for individuell erfaring med konsekvensene av lovbrudd, knytter denne virkningen seg til en kollektiv kunnskap om konsekvenser av lovbrudd. Tidligere søkte man å oppnå denne virkningen ved å skremme befolkningen. Man arrangerte offentlige henrettelser og andre former for avstraffelse slik at borgerne kunne se hva som ventet om de begikk en lovovertrødelse.<sup>105</sup> Den avskrekkende virkningen man snakker om i dag er ikke lenger bare knyttet til den konkrete straffen, men til selve straffetrusselen.<sup>106</sup> Videre påpekes det at «[b]etydningen av fullbyrdelsen er fra denne synsvinkel at den setter alvor bak straffebudet».<sup>107</sup> Skal straffetrusselen virke avskrekkende, må befolkningen ha kjennskap til straffetrusselen og vite at den konkrete handlingen er straffsanksjonert. For å oppnå en avskrekkende virkning i befolkningen er man av den grunn avhengig av publisitet rundt straffebudene. En måte å oppnå en avskrekkende virkning på er å skape en situasjon hvor potensielle forbrytere anser byrdene ved en straffbar handling for så store at de ikke oppveies av godene lovbruddet medfører.

Videre innebærer den holdningsskapende virkningen at det dannes en oppfatning i befolkningen om at adferd som oppfyller ulike gjerningsbeskrivelser er klanderverdig.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 77.

<sup>104</sup> Andenæs 2004 s. 84-85.

<sup>105</sup> Andenæs 2004 s. 82.

<sup>106</sup> Andenæs 2004 s. 83.

<sup>107</sup> Andenæs 2004 s. 83.

<sup>108</sup> Andenæs 2004 s. 84.



Dette er altså et skritt videre fra at befolkningen kun avstår fra en handling fordi den er straffsanksjonert. Andenæs formulerer det som at «[s]traffelov og straffehåndhevelse virker, kan en si, som en anskuelig moralpropaganda».<sup>109</sup>

Vanemessig lovlidighet er antagelig den mest effektive av de allmennpreventive virkningene. Denne virkningen er nådd når man ikke lenger vurderer lovligheten og risikoen for å bli oppdaget fra tilfelle til tilfelle, men i alminnelighet avstår fra å begå en viss type handlinger. Andenæs fremhever disiplin innad i både militæret og hos politiet som gode eksempler på vanemessig lovlidighet.<sup>110</sup>

Den allmennpreventive virkningen knyttet til straffebudene er klart mer effektiv dersom bestemmelsene virker holdningsskapende og danner en vanemessig lovlidighet. Hvis borgerne opptrer i tråd med loven fordi de anser det som moralsk riktig eller fordi det er blitt en vane, tilsier et *common sense*-resonnement at lovlidigheten ikke er like avhengig av effektiv retts håndhevelse. Johann Gottlieb Fichtes oppfatning av hva som er lovenes hensikt, synes å passe godt med dagens syn på allmennprevensjon: «Formålet med alle lover er at de ikke skal komme til anvendelse».<sup>111</sup>

I dag er det bred enighet om at oppdagelsesrisiko har stor betydning for den allmennpreventive virkning.<sup>112</sup> Oppdagelsesrisikoen avhenger av flere variabler, deriblant forbrytelsens art og politiets ressurser. Om man kriminaliserer en rekke handlinger uten å ta hensyn til disse variablene, vil det sannsynligvis innebære en økt belastning på politiet som i sin tur kan medføre lavere oppdagelsesrisiko. Fordi den faktiske oppdagelsesrisikoen synes å ha stor betydning for reglenes reelle allmennpreventive virkning, svekkes vekten av det rene allmennprevensjonsargumentet i vurderingen av om en handling bør straffes eller ikke.

---

<sup>109</sup> Andenæs 2004 s. 84.

<sup>110</sup> Andenæs 2004 s. 85.

<sup>111</sup> Gjengitt på norsk i Hauge 1996 s. 127 med videre henvisninger til opprinnelig verk.

<sup>112</sup> Jacobsen 2004 s. 415-416.

### 5.2.1.2 Individualprevensjon

Individualprevensjon er betegnelsen på effekten man ønsker å oppnå hos det straffede individ. Målet om individualprevensjon deles normalt i tre virkninger; uskadeliggjørende, avskrekkende og forbedrende virkninger.<sup>113</sup>

Den mest ekstreme måten å uskadeliggjøre et menneske på er ved å drepe vedkommende. Da vil den kriminelle være borte for godt, og forhindret fra å foreta flere straffbare handlinger. I Norge har heldigvis utviklingen kommet såpass langt at dødsstraff nå er forbudt, uavhengig av om landet er i krig.<sup>114</sup> Uskadeliggjøring kan likevel oppnås på andre måter, om enn ikke like absolutt. Når man berøves friheten ved å settes i fengsel er man fysisk adskilt fra samfunnet over en avgrenset periode.

Den avskrekkende virkningen oppnås ved at det straffede individet senere avstår fra å begå lignende straffbare handlinger.<sup>115</sup> Det er altså den individuelle erfaringen med straff som tenkes å medføre at vedkommende avstår fra lignende adferd i fremtiden.

Avslutningsvis har man den forbedrende virkningen, som kanskje er den vanskeligste virkningen både å kartlegge og å vite om egentlig oppnås. Målet er at gjerningspersonen innser og forstår hvorfor det var galt å utføre handlingen.<sup>116</sup> Hvis man oppnår denne virkningen har straffen fungert tilfredsstillende individualpreventivt.<sup>117</sup>

Andenæs fremhevet i 1974 de faktiske vanskelighetene man møter i forsøket på å måle effekten av ulike reaksjoner. Det er store ulikheter i personlighet og sosial bakgrunn blant dem som straffes til en hver tid. Dessuten er det vanskelig å måle tilbakefallets sammenheng med reaksjonsform uten at slike momenter forurensrer resultatet.<sup>118</sup> Den noe nedslående konklusjonen til Andenæs er at «[d]et ser ut til at vårt valg av reaksjon har svært lite å bety sammenliknet med lovbrysterens personlighet og bakgrunn og det sosiale miljø han skal

---

<sup>113</sup> Se blant andre Mæland 2012, s. 40-41.

<sup>114</sup> EMK protokoll 13 art. 1 og Grunnloven § 93 første ledd, andre setning.

<sup>115</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 79.

<sup>116</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 79

<sup>117</sup> Andenæs 1974 s. 82.

<sup>118</sup> Andenæs 1974 s. 83-84.

tilbake til etter sitt møte med rettsapparatet».<sup>119</sup> De individualpreventive virkningene er altså vanskelig målbare og usikre.

## 5.2.2 Gjengjeldelsesteorien

Gjengjeldelsesteorien,<sup>120</sup> som også kalles retribusjonsteorien, er motstykke til prevensjonsteorien ved at den i sin reneste form er fullstendig tilbakeskuende.<sup>121</sup> Formålet i denne teorien er å oppfylle rettferdighetens krav.<sup>122</sup> Den tyske filosofen Immanuel Kant forstås ofte som å ha ment at straffens formål er å gjenopprette rettferdighetsbalansen.<sup>123</sup>

Fordi gjengjeldelsesteorien fokuserer på å påføre gjerningspersonen et onde vil mange anse det som synonymt med hevn. Dette er kanskje noe av årsaken til at prevensjonsteoriene har vært nærmest enerådende i moderne vestlig strafferett de siste århundrene.<sup>124</sup> Det oppfattes gjerne som inhumant å påføre mennesker et onde uten noe høyere samfunns mål.<sup>125</sup>

Når man så skal forstå gjengjeldelsesteorien er det viktig å starte med å forstå at gjengjeldelse ikke er synonymt med hevn, men egentlig søker å skape rammer for hvordan man kan reagere på lovbrudd. Andenæs forklarer skillet mellom hevn og gjengjeldelse på en god måte:

«Med hevn tenker en på gjengjeldelse som tar sikte på å tilfredsstillere hevntyringen 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 tilfredsstillere rettferdighetens krav.»<sup>126</sup>

Gjengjeldelse innebærer altså at det settes en begrensning for hvordan man kan respondere på en skadevoldende handling. Dette fratager gjengjeldelsesteorien noe av det inhumane stempelen den har fått. Videre har gjengjeldelsesteorien to aspekter ved at den både kan brukes i vurderingen av hvem som skal straffes og i vurderingen av hva straffen bør være.

---

<sup>119</sup> Andenæs 1974 s. 82-83.

<sup>120</sup> Gjengjeldelsesteorien omtales ofte som en absolutt straffeteori jf. Andenæs 2004 s. 67 og Eskeland 2013 s. 50.

<sup>121</sup> NOU 2003:15, s. 50. For mer informasjon om gjengjeldelsesteorien, se Hauge 1996 s. 19-21.

<sup>122</sup> Andenæs 2004 s. 67.

<sup>123</sup> Kinander 2013 s. 177.

<sup>124</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 77.

<sup>125</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 77.

<sup>126</sup> Andenæs 1974 s. 74.

Et interessant trekk ved moderne gjengjeldelsesteori er at man ved å gjengjelde forbryterens ugjerning viser vedkommende respekt.<sup>127</sup> Ved første øyekast kan dette synes selvmotsigende. Få anser det antagelig som et privilegium i det de avtjener straffen. Tanken er imidlertid at man respekterer individet ved å anerkjenne dets skyldene. Gjerningspersonen må bære ansvaret for handlingene vedkommende utfører. Dette kommer til uttrykk i Georg Wilhelm Friedrich Hegels påstand om at «straffen er forbryterens rettighet.»<sup>128</sup>

Når det gjelder straffen som skal gjengjelde lovovertrædelsen er det for den typiske gjengjeldelsesposisjonen viktig at denne er en reaksjon på lovbruddet som har funnet sted. Som en følge av at straffen skal begrunnes i selve lovovertrædelsen, er det naturlig at gjengjeldelsesteorien krever en straff som er proporsjonal med forbrytelsen.<sup>129</sup> Dagens gjengjeldelsesteoretikere har forlatt den mer primitive formen som uttrykkes på følgende måte i Moseloven; «Men skjer det en ulykke, skal du bøte liv for liv, øye for øye, tann for tann, hånd for hånd, fot for fot, brannså for brannså, sår for sår, skramme for skramme».<sup>130</sup>

Vi har i dag ulike alternativer når det gjelder reaksjon, men ingen av dem innebærer at gjerningspersonen selv påføres den skade som vedkommende har påført offeret. I dag straffes man gjerne med fengsel og bøter, uten at karakteren av disse reaksjonene har direkte sammenheng med den straffbare handlingen som er begått. Den formen for gjengjeldelsesteori kommer til uttrykk i Hegels tro på det som kalles straffverdiprinsippet, et prinsipp som innebærer at straffen skal måles til å være «likhet etter verdien av forgåelsen.»<sup>131</sup> En slik tankegang stemmer bedre overens med vårt syn på straff i dag.

### 5.2.3 Straffens begrunnelse i dag

Prevensjonsteoriene har sitt opphav i utilitarismen.<sup>132</sup> Utilitarismen er en filosofisk retning som gjerne forklares som at den søker å oppnå størst mulig lykke for så mange som mulig.<sup>133</sup> Målet fremstår som godt, men i dagens samfunn medfører det et problem i form av manglende respekt for enkeltmennesket. Teorien er i ytterste konsekvens totalt

---

<sup>127</sup> Duus Otterström 2009 under overskriften «Personlig ansvar».

<sup>128</sup> Duus Otterström 2009 under overskriften «Personlig ansvar».

<sup>129</sup> Hauge 1996 s. 134.

<sup>130</sup> Bibelen s. 81: 2. Mos 21,23.25.

<sup>131</sup> Hauge 1996 s. 136.

<sup>132</sup> Kinander 2013 s. 169.

<sup>133</sup> I Hanneborg 1975 s. 174-175 står det under henvisning til J.S. Mill at utilitarisme er en «lære som hevder som øverste moralprinsipp at man alltid bør velge de handlinger som må forventes å skape størst mulig lyst eller lykke for flest mulige mennesker [...]»

fremadskuende med ett mål for øyet; lykkemaksimering, ikke hos enkeltmennesket, men hos samfunnet som helhet.

Göran Duus Otterström undersøker gjengjeldelsesteoriens og prevensjonsteoriens begrunnelse med hensyn til tre sentrale prinsipper i dagens strafferettssystem.<sup>134</sup> Prinsippene han behandler er: at det ikke skjer bevisst domfellelse av uskyldige, proporsjonalitet mellom lovovertrødelse og straff og at formildende omstendigheter skal tillegges vekt.<sup>135</sup> Disse prinsippene gir et godt utgangspunkt for å vurdere hva som utgjør den reelle begrunnelsen for straffen i dag.

Når det gjelder å unngå bevisst domfellelse av uskyldige kan en utilitaristisk tankegang i ytterste konsekvens gjøre at man ofrer enkeltmennesker for fellesskapet.<sup>136</sup> Et eksempel med nasjonal tilknytning er Fritz Moen-saken. Moen ble dømt for to grufulle seksualdrap han aldri begikk og først fullstendig frikjent etter sin død.<sup>137</sup> Drapene skapte i sin tid mye frykt, og pågripelsen av Moen kan tenkes å ha bidratt til opprettholdelse av sosial ro. Den utilitaristiske tankegangen kan altså i ytterste konsekvens rettferdiggjøre å straffe en uskyldig for å oppnå lettelse og glede hos befolkningen. En slik fratakelse av rettsvernet til enkeltpersoner vil virke opprørende på de fleste i dag. Dette bekreftes ved at Moen-saken i dag regnes som en skamplott i det norske rettsvesens historie.

Retributivistene vil ganske sikkert ha et annet syn på Moen-saken enn de mest hardbarkede utilitaristene. Fordi retributivistene søker å oppnå en rettferdighetsbalanse i samfunnet vil det bære helt galt av sted å straffe uskyldige – også om det gagnar flertallet. En slik praksis vil i stedet for å skape balanse medføre større grad av urettferdighet i samfunnet. Slik sett stemmer prinsippet om at det ikke skal skje bevisst domfellelse av uskyldige godt med den retributivistiske tankegangen.

Proporsjonalitet mellom forbrytelsens karakter og reaksjonens strenghet regnes av de fleste som et grunnleggende prinsipp i vårt system.<sup>138</sup> For å oppnå prevensjonsteoriens mål om å hindre lignende adferd i fremtiden, er det ikke en selvfølge at straffen skal være

---

<sup>134</sup> Duus Otterström 2009 under overskriften «Retributivisme og rettferdighet».

<sup>135</sup> Duus Otterström 2009 under overskriften «Retributivisme og rettferdighet».

<sup>136</sup> Duus Otterström 2009 under overskriften «Retributivisme og rettferdighet».

<sup>137</sup> Signo.no: «Om Fritz Moen»

<sup>138</sup> Det redegjøres for forholdsmessighetsprinsippet i Eskeland 2013 s. 59-60.

proporsjonal.<sup>139</sup> Det er eksempelvis grunn til å tro at meget strenge reaksjoner på bagatellmessige lovbrudd vil gjøre at mange anser risikoen for større enn de er villige til å ta for godet som oppnås ved lovbruddet. Et konkret eksempel er at mange presumptivt vil strekke seg lenger for å holde trafikkreglene dersom regelbrudd ble effektivt håndhevet og sanksjonert med livsvarig fengsel. Selv om en slik praksis ville kunne medføre færre trafikkforseelser i fremtiden, vil mange motsette seg en slik praksis fordi den fremstår som urimelig.<sup>140</sup> Prevensjonsteorien utgjør altså ikke i seg selv noe hinder for å idømme totalt disproportjonale straffer der strenge straffer kan forventes å ha en sterk preventiv effekt.

Proporsjonalitet henger på den annen side tett sammen med gjengjeldelsesteorien ved at formålet er å gjenopprette rettferdighetsbalansen. Om straffen ikke er proporsjonal vil man enten opprettholde ubalansen gjerningspersonen har skapt, eller skape en ny ubalanse. Dette kommer tydelig, dog primitivt, til uttrykk i Moselovens angivelse av talionsprinsippet; «øye for øye og tann for tann».<sup>141</sup> Formuleringen er kanskje brutal, men rettferdig i den forstand at reaksjonen tilsvarende forgåelsen. Talionsprinsippet som kommer til uttrykk i Moseloven fokuserer imidlertid utelukkende på konsekvensene av den straffbare handlingen. Dagens gjengjeldelsesteori har løftet blikket fra denne primitive gjengjeldelsesformen og fokuserer på skylden som er utvist.<sup>142</sup>

Selv om Andenæs er blant de største representantene for prevensjonsteorien nasjonalt, var han ikke talsmann for en streng prevensjonsteori. Dette illustreres ved at han lar noen begrensninger virke inn for å unngå de urimelige utslagene en konsekvent prevensjonsteori vil kunne medføre. Eksempelvis lar han kravet om proporsjonalitet komme inn som en begrensende faktor: «[...] [K]ravet om et rimelig forhold mellom forbrytelse og straff setter grenser for hvor strengt man kan gå til verks.»<sup>143</sup>

Videre finner vi i kapittel fem i dagens straffelov en rekke formildende omstendigheter som kan føre til en lavere straff. Det er ikke noen innlysende grunn til at situasjoner som gjør det vanskeligere å avstå fra en forbrytelse skal føre til mildere straff ut fra et allmennpreventivt

---

<sup>139</sup> Duus Otterström 2009 under overskriften «Retributivisme og rettferdighet».

<sup>140</sup> Se et lignende eksempel om unnlattelse av å bruke bilbelte og fengsel i Eskeland 2013 s. 59-60.

<sup>141</sup> Bibelen s. 81: 2. Mos 21,23.25.

<sup>142</sup> Andenæs 2004 s. 209.

<sup>143</sup> Andenæs 2004 s. 84-85. I NOU 2003:15 s. 51 påpekes også gjengjeldelsesteoriens begrensende effekt: «De absolutte straffeteoriene har sin sterkeste innflytelse ved at det er vanlig å stille opp et krav om forholdsmessighet som *begrensende prinsipp* for kriminalisering og bruk av straff, snarere enn som et krav om forholdsmessig straff.»

synspunkt.<sup>144</sup> I stedet kan man tenke seg at omstendigheter som gjør det mer fristende enn normalt å begå lovbrudd bør være straffeskjerpende for å gi straffebedene en preventiv effekt. Her synes altså den rene allmenprevensjonstankegangen å komme til kort når det gjelder å begrunne eksisterende prinsipper.

Retributivistene kan på sin side forklare prinsippet om å ta hensyn til formildende omstendigheter med at gjengjeldelsesteorien vektlegger den personlige skylden, og at denne avtar parallelt med tilstedeværelsen av formildende omstendigheter.

I tillegg til disse tre prinsippene har vi en regel som unntar barn og sinnslidende fra straff jf. strl. §§ 44 og 46. Denne løsningen er heller ikke innlysende i et preventivt perspektiv.

Årsaken består i at man ikke kan utelukke at avstraffelse av mennesker i disse kategoriene ikke vil virke like preventivt for den øvrige befolkningen som å straffe alle andre.<sup>145</sup> Peter Brett illustrerer hvorfor utilitaristen Jeremy Bentham mente sinnslidende skulle unntas for straff.:

«Ultimately we may be led by the logic of the deterrent theory to affirm that if there is no genuine prospect of deterring a man from committing a crime, he must not be punished, for it would be a useless procedure. This, indeed, was the basis on which Bentham asserted that it would be wrong to punish an insane man. »<sup>146</sup>

Denne begrunnelsen fremstår ikke som fundert i prinsipper og teorier, men heller et resultat av at ønsket om en praktisk konsekvens vanskelig kan oppfylles.

Som eksempel på at prevensjon ikke gir tilstrekkelig begrunnelse for at nærmere angitte handlinger er belagt med straff, trekker Morten Kinander frem at «[...]veldig få drapsmenn blir dobbeltdrapsmenn».<sup>147</sup> Også Andenæs påpeker at det finnes former for drap som man

---

<sup>144</sup> Duus Otterström 2009 under overskriften «Retributivisme og rettferdighet».

<sup>145</sup> Gröning 2014 s. 406 og Brett 1963 s. 54.

<sup>146</sup> Brett 1963 s. 53-54. Like etter det siterte skriver Brett: «Here we are confronted with an ambiguity in the deterrent theory. The deterrent effect of inflicting punishment on X operates in two ways – (1) by influencing X to refrain from acting in the same way at some future time (sometimes called special deterrence) and (2) by influencing the rest of the community to refrain from committing similar acts to that of X by holding out to them the prospect of a like punishment if they do so (sometimes called general deterrence). Bentham, and modern exponents of the same theory such as Michael and Wechsler, tend to oscillate between these two different aspects of deterrence. » Dette sitatet kan tilsi at Bentham i sin begrunnelse ikke skiller mellom individualprevensjon og allmennprevensjon. Begrunnelsen for ikke å straffe sinnslidende er likevel interessant i denne sammenheng.

<sup>147</sup> Kinander 2013 s. 186.

med høy grad av sikkerhet kan fastslå er engangstilfeller. I disse tilfellene er ikke individualprevensjon en relevant begrunnelse for hvorfor man straffer. Andenæs mener at begrunnelsen da må søkes i allmennprevensjonen.<sup>148</sup> Et spørsmål som da melder seg er hvorfor man ikke går ett skritt videre og undersøker om allmennprevensjon kan begrunne straff av sinnslidende når dette tilsynelatende gjøres ved drap begått i affekt.

Utover de nevnte problemene med å begrunne prinsipper, støter man også gjennomgående på problemer når det gjelder det empiriske grunnlaget for prevensjon. I 1971 skrev Andenæs følgende om det problematiske ved manglende empirisk bevis:

«Det kan være nødvendig og etisk forsvarlig å basere kriminalpolitiske avgjørelser på common sense-resonnement, som ofte ikke er stort mer enn rent gjettverk, så lenge man ikke har noe annet alternativ. Men det lar seg ikke forsvare å fortsette i det gamle spor uten å gjøre alvorlige anstrengelser for å erstatte spekulasjon med vitenskapelige fakta.»<sup>149</sup>

Videre skrev Andenæs om gjengjeldelsens rolle i 1974 at «[i] nordisk strafferettsvitenskap spiller gjengjeldelsesteorier ingen praktisk rolle».<sup>150</sup> To tiår tidligere skrev den danske professor Stephan Hurwitz noe tilsvarende; «I nyere nordisk doktrin er gengjeldeslæren så godt som fullstendig forladt til fordel for præventive synspunkter.»<sup>151</sup> I forarbeidene til straffeloven av 2005 er det videre et eget punkt som heter «[g]jengjeldelse kan ikke være straffens formål».<sup>152</sup> Her utdypes at dersom man mener det finnes et naturrettslig forankret regelverk for hva som er rett og galt, vil gjengjeldelse kunne være formålet. Det konkluderes imidlertid med at tanken er fremmed for oss i dag og at det «[v]erken nasjonalt eller internasjonalt finnes [...] noe allmenngyldige naturrettslig regelverk for hva som er rett og galt».<sup>153</sup> Gjengjeldelse er altså ikke formelt regnet for å begrunne straff i Norge i dag.

Selv om gjengjeldelse altså ikke brukes som en offisiell begrunnelse for straffen i dag, følger det av forarbeidene til straffeloven av 2005 at noe av teoriens arvegods anses å være legitime formål. Det er opprettholdelse av sosial ro det siktes til i denne sammenheng. Hva man mener med dette forklares slik; «At handlingene blir gjenstand for strafforfølgning, og at den eller de

---

<sup>148</sup> Andenæs 1974 s. 84.

<sup>149</sup> Andenæs 1971 s. 54.

<sup>150</sup> Andenæs 1974 s. 80.

<sup>151</sup> Hurwitz 1952 s. 72.

<sup>152</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 77.

<sup>153</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 77.



skyldige ilegges straff, har en viktig *mentalhygienisk virkning*». <sup>154</sup> Den mentalhygieniske virkningen oppnås ved at befolkningen forventes å oppleve rettferdighet ved at de som begår urett påføres et onde. <sup>155</sup>

Behandlingen til nå trekker sterkt i retning av at det er et samspill mellom disse to teoriene, gjengjeldelse og prevensjon, som begrunner strafferetten av i dag. <sup>156</sup> Et ensidig fokus på prevensjonsteorien gir således et uriktig bilde av dagens situasjon. Når gjengjeldelsesteorien etter denne gjennomgangen må sies å spille en rolle i norsk strafferett i dag, fremstår den langvarige fordømmelsen av gjengjeldelsesmotivet som en uhensiktsmessig ensretting av straffens begrunnelse.

Ståle Eskeland gir også klart uttrykk for at det blir feil å fremstille det som om prevensjonsteorien i dag alene begrunner strafferetten;

«På denne bakgrunn kan man derfor være fristet til å si at straffelovgivningen og praktiseringen av den er utslag av en relativ straffeteori. Etter min mening er dette ikke særlig treffende. Både lovgiveren og domstoler må holde seg innenfor skranker som innebærer at innslaget av en absolutt straffeteori er ganske sterkt – særlig på grunn av forholdsmessighetsprinsippets store betydning for strafferammene og for reaksjonsfastsettelsen i den enkelte sak [...]» <sup>157</sup>

Videre vil det redegjøres for det som i dag utgjør et slags møtepunkt for prevensjonsteoriene og gjengjeldelsesteorien; skyldprinsippet.

### 5.3 Skyldprinsippet

Skyldprinsippet er et slags minste felles multiplum for både prevensjonsteoriene og gjengjeldelsesteorien. Årsaken til at jeg omtaler prinsippet som et minste felles multiplum består i at det synes å være allmenn enighet om at man krever skyld for å straffe blant dagens strafferettsteoretikere. Denne oppfatningen kommer tydelig til uttrykk allerede i 1968, da H. L. A. Hart formulerte følgende betraktning:

---

<sup>154</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 80.

<sup>155</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 80-81.

<sup>156</sup> Dette støttes av Mæland 2012 s. 41 som skriver at «En strafferettspleie kan ikke ensidig basere seg på synspunkter om individual- eller almenprevensjon. Hensynet til rettferdighet tilsier at straffen ikke må være urimelig og unødvendig streng sammenholdt med overtredelsen og lovbrysterens skyld.»

<sup>157</sup> Eskeland 2013 s. 51.

«All civilized penal systems make liability to punishment for at any rate serious crime dependent not merely on the fact that the person to be punished has done the outward act of a crime, but on his having done it in a certain state of frame of mind or will.»<sup>158</sup>

Videre omtaler Andenæs «*ingen straff uten skyld*» som et grunnleggende rettferdighetsprinsipp i tillegg til å skrive at «[s]traff kan bare forsvares overfor den som selv har valgt lovbruddet til tross for at han kunne ha latt være.»<sup>159</sup> Dette bekrefter prinsippets grunnleggende karakter.

Kort fortalt innebærer skyldprinsippet at ingen skal straffes uten å ha utvist skyld. Å ha utvist skyld innebærer at gjerningspersonen både kunne og burde handlet annerledes.<sup>160</sup> Om et av disse elementene mangler, kan gjerningspersonen vanskelig klandres for sin oppførsel, og det foreligger altså ikke skyld.

Linda Gröning påpeker en interessant egenskap ved skyldprinsippet når hun skriver følgende:

«Skyldprinsippet har betydning for flere forhold i strafferettssystemet: på lovgivningsnivå ved å betone handlingers klanderverdighet som et kriminaliseringsargument, på domstolsnivå gjennom krav om proporsjonalitet mellom klanderverdighet og straff (slik at alvorligere og mer klanderverdige lovbrudd straffes strengere enn mindre alvorlige lovbrudd), og på straffegjennomføringsnivå gjennom regler om soningsform og soningsprogresjon.»<sup>161</sup>

Skyldprinsippet har altså betydning på flere nivåer i strafferettssystemet. Av den grunn kan det vektlegges både i vurderingen av hva som skal straffes og hvor strengt noe skal straffes.

Selv om det i dag er enighet om skyldprinsippet og dets posisjon i strafferetten, er det klart at prinsippet har sterkere tilknytning til gjengjeldelsesteorien enn prevensjonsteoriene. Årsaken er at man i gjengjeldelsesteorien ønsker å gi en straff som er proporsjonal med forbrytelsen, og i vurderingen av hvor klanderverdig forbrytelsen er, spiller graden av skyld en stor rolle. Når det gjelder prevensjonsteoriene følger ikke skyldprinsippet naturlig av disse, og det ser ut til at prinsippet er valgt som et slags utgangspunkt.

---

<sup>158</sup> Hart 1968 s. 114.

<sup>159</sup> Første sitat er hentet fra Andenæs 1974 s. 75, andre sitat fra Andenæs 2004 s. 210.

<sup>160</sup> Gröning 2014 s. 407.

<sup>161</sup> Gröning 2014 s. 407.

På basis av skyldprinsippet vil det være uholdbart å straffe noen som følge av et objektivt konstaterbart onde uten å ta hensyn til om det er resultatet av et hendelig uhell, uaktsomhet eller en forsettlig handling.<sup>162</sup> Fraværet av objektive straffebestemmelser i vår straffelovgivning underbygger dermed skyldprinsippet.<sup>163</sup>

Vi har i dag én bestemmelse med et objektivt straffbarhetsvilkår. Straffeloven § 195 tredje ledd slår fast at man kan straffes for seksuell omgang med barn under 14 år, og «[v]illfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld.» Du kan med andre ord straffes for seksuell omgang med barn uten at forsettet dekker at vedkommende er et barn. Her står man overfor et unntak fra det som kalles dekningsprinsippet og innebærer at forsettet må dekke alle sider ved den objektive gjerningsbeskrivelsen. Dekningsprinsippet fremgår indirekte av strl. § 42.

I plenumskjennelsen inntatt i Rt. 2005 s. 833 konkluderte Høyesterett at nettopp dette objektive straffbarhetsvilkåret var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. En senere avgjørelse fra EMD viser at Høyesterett antagelig gikk lenger enn nødvendig i denne saken.<sup>164</sup> Likevel illustrerer den norske avgjørelsen hvor fremmed det er for oss med objektive straffbarhetsvilkår og dermed hvor godt festet skyldprinsippet er i vår rettskultur.

Når det gjelder det objektive straffbarhetsvilkåret i strl. § 195 tredje ledd råder det en viss usikkerhet om dagens rettsstilstand. I Rt. 2005 s. 833 konkluderer flertallet med at det objektive straffbarhetsvilkåret i strl. § 195 tredje ledd er i strid med uskyldspresumsjonen og at man må innfortolke en reservasjon tilsvarende den i strl. § 196 tredje ledd for å imøtekomme konvensjonens krav.<sup>165</sup> Uenigheten i dagens strafferettsteori dreier seg om hvorvidt man skal tolke vilkåret etter ordlyden slik den fortsatt lyder eller i tråd med Høyesteretts uttalelse i Rt. 2005 s. 833. Hans-Petter Jahre og Morten Holmboe stiller spørsmål ved dagens rettsstilstand og konkluderer med at vi i dag må gå tilbake til å anvende bestemmelsen etter ordlyden, altså som et objektivt straffbarhetsvilkår.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> I Jacobsen 2009 s. 52-53 står det at én måte å uttrykke skyldprinsippet på «[...] er at det «objektive» straffansvaret ikkje er akseptabelt».

<sup>163</sup> I Mæland 2012 s. 227 står det at «Tidligere inneholdt også loven enkelte eksempler på straffansvar for fysiske personer på rent objektivt grunnlag. Disse bestemmelsene har blitt opphevet etter hvert og vi har i dag ikke noen slike bestemmelser.»

<sup>164</sup> Avgjørelsen fra EMD er G v. United Kingdom 2011, application no. 37334/08.

<sup>165</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 88. Strl. § 196 tredje ledd lyder som følger: «Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte.»

<sup>166</sup> Jahre og Holmboe 2012 s. 597

Også på andre områder i strafferetten er skyldprinsippet enkelt å spore. Forskjellen i håndtering av forsettlig og uaktsomt utførte straffbare handlinger gir en god illustrasjon. I straffeloven § 233 første ledd er strafferammen for drap angitt å være minst åtte år.

Bestemmelsen som regulerer uaktsomt drap, § 239, oppgir på den annen side den alminnelige strafferammen til å være opp til tre år. Strafferammen varierer altså i takt med den grad av klander som er utvist.

Ut fra dette kan det slås fast at skyldsprinsippet er viktig i dagens samfunn, uansett hvilken straffeteori man sogner til. Den tilsynelatende enigheten om prinsippet og dets viktighet gjør også at det kan gis stor vekt i vurderingen av hvem og hva vi bør straffe.

# 6 Hva er optimal håndtering av den som er tvunget til å drepe?

## 6.1 Sentrale normative utgangspunkter

Retten til liv er et hensyn som kommer inn når man skal vurdere om en som har drept kan gå fri for straff eller ansvar. Både EMK art. 2, SP art. 6 (1) og Barnekonvensjonen art. 6 (1) slår klart fast en rett til liv. Alle disse konvensjonene gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning jf. mnskrl. §§ 2 og 3. Nylig er også retten til liv slått fast i vår egen Grunnlov. I Grunnloven § 93 heter det i dag at «[e]thvert menneske har rett til liv.»

Spørsmålet er hva retten til liv innebærer.

Når det gjelder EMK art. 2 kreves det ikke bare at konvensjonstatene respekterer liv i egen maktutøvelse. Ordlyden «Everyone's right to life shall be protected by law» gjør det klart at staten også har en positiv plikt til å sikre retten til liv gjennom lov. Også SP art. 6(1) fastslår dette med følgende ordlyd: «[t]his right shall be protected by law.» Fokus vil i det følgende være på EMK art. 2.<sup>167</sup> I tillegg til at konvensjonstaten plikter å beskytte livet gjennom lovgivning «[...] *der generelt forbyder berøvelse af liv*[...]», skal de også «[...] *sikre nødvendige strukturer til håndhævelse af et sådant forbud* [...]».<sup>168</sup> Dette kan tilsi at staten er pålagt å straffe en person som har fratatt noen livet.

EMK stiller imidlertid ikke noe krav om at drap alltid skal være straffbart, og det angis eksplisitte unntak i bestemmelsen.<sup>169</sup> I art. 2 (2) a er det gjort et unntak dersom noens død er resultat av «absolutely necessary» makt «in defence of any person from unlawful violence». Unntaket synes i hovedsak å adressere selvforsvar, men er ikke eksplisitt avgrenset til det. I en tvangssituasjon er det klart at vedkommende står i fare for å rammes av «unlawful violence». Det er imidlertid ikke åpenbart at man ved å utføre handlingen man tvinges til, og dermed skade en tredjeperson, kan sies å praktisere «defence». En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det avgjørende er om handlingen som foretas tjener som en redningshandling. I en tvangssituasjon vil gjerningspersonen foreta en redningshandling fordi

---

<sup>167</sup> I Dok. nr. 16 s. 105 slås det fast at «Forslag om å grunnlovsfeste rett til liv og forbud mot dødsstraff vil ikke endre dagens rettstilstand.» Det vises videre til at retten til liv allerede følger av menneskerettsloven.

<sup>168</sup> Kjølbro 2010 s. 190.

<sup>169</sup> Harris, O'Boyle og Bates 2014, s. 204.

det er ved å opptre i tråd med tvangen at trusselen opphører. Det tilsier at tvangssituasjonen vil omfattes av unntaket i EMK art. 2 (2) a. Jon Fridrik Kjølbro skriver i sin behandling av bestemmelsen at retten til liv er helt fundamental i et demokratisk samfunn, og derfor skal «[...] *undtagelserne i stk. 2 [...] fortolkes meget innskærpende*». <sup>170</sup> For å avgjøre om retten til liv utgjør et rettslig hinder for å gjøre tvang til en ansvarsfrihets- eller straffritaksgrunn, bør det dermed sees til kjernen i retten til liv og hva den tilsier for den aktuelle problemstillingen.

Retten til liv er grunnleggende og skal tilkomme alle. Derfor fremstår det som vanskelig å avgjøre hvilket liv som skal nyte vern i situasjoner hvor liv står mot liv. Hvis man uforvarende havner i en tvangssituasjon hvor det står mellom ens eget og livet til en fremmed, er det ingen selvfølge at den som utsettes for tvang må straffes om vedkommende ikke ofrer eget liv. Dette kommer ekstra tydelig frem i tilfellene hvor den fremmede i alle tilfeller vil drepes, og det altså egentlig står mellom tapet av ett eller to liv. Det er vanskelig å se for seg at retten til liv skal medføre at det riktige i denne situasjonen vil være å ofre sitt eget liv selv når det er virkningsløst. Retten til liv ligger likevel, som en følge av dens grunnleggende karakter, som undertone når det er tale om hvordan man bør behandle en som har begått drap.

Spørsmålet er så hvordan straffeteoriene tilsier at man skal behandle Ole i den fiktive saken som ble skissert innledningsvis i oppgaven. Fordi Oles handling er en direkte følge av tvang, kan det vanskelig sies at det vil ha en individualpreventiv effekt å straffe drapskvinnen eller mannen. Ole har ikke selv kontroll over tvangssituasjonen. Av den grunn er det vanskelig å se for seg at straff vil ha noe å si for eventuelle lovovertridelser fra hans side i fremtiden.

Neste spørsmål er om allmennprevensjon, som utgjør den sentrale begrunnelsen for straff i Norge i dag, kan begrunne at Ole straffes. Allmennprevensjon har som formål å oppnå preventiv virkning i befolkningen som helhet, ikke bare hos en eventuell gruppe som havner i Oles situasjon på et senere tidspunkt. Det er utøveren av tvang som har kontroll over situasjonen og myndighet til å stanse den. Noe av det karakteristiske ved tvang er nettopp at gjerningspersonen foretar handlingen mot sin egen vilje. Som nevnt ovenfor er det ikke egentlig noen grunn til at man ikke straffer utilregnelige utfra en rent allmennpreventiv synsvinkel. Årsaken er at det, i alle fall i noen tilfeller, vil kunne ha samme preventive

---

<sup>170</sup> Kjølbro 2010 s. 172 med videre henvisning.

virkning for øvrigheten å straffe en utilregnelig person som å straffe en hvilken som helst annen.<sup>171</sup>

En sammenligning med tvangssituasjonen tilsier at det ikke gir mindre allmennpreventiv effekt å straffe en tvunget lovovertræder enn en alminnelig lovovertræder. Konsekvensen av et slikt strengt allmennpreventivt resonnement er at prevensjonseffekten øker i takt med hvor mange som straffes. På tross av denne konsekvensen er det få som i dag anser det for riktig å straffe utilregnelige personer. Dette gjenspeiles i hvordan man innenfor norsk rett har valgt å håndtere utilregnelige lovovertrædere. Sett i lys av at den allmennpreventive begrunnelsen har måttet vike når det kommer til utilregnelige lovovertrædere vil det gi dårlig sammenheng i regelverket om samme begrunnelse anses tilstrekkelig for å straffe tvungne lovovertrædere. Det er ikke slik at utilregnelighet og å være tvunget går ut på nøyaktig det samme og bør behandles likt. Det er imidlertid flere likhetstrekk mellom disse to mulige årsakene til ansvarsfrihet. Et eksempel er at psykiske lidelser begrunner ansvarsfrihet ved utilregnelighet, mens en person som utsettes for tvang etter all sannsynlighet opplever et sterkt psykisk press. Den psykiske tilstanden til både tvangsofferet og den utilregnelige er altså avvikende fra de alminnelige lovovertræderne. Dette gjør at man kan reise spørsmål ved om gjerningspersonene egentlig innehar fri vilje. Spørsmålet om mennesker i det hele tatt besitter fri vilje, og ikke minst hva fri vilje innebærer, får vi antagelig aldri svar på.<sup>172</sup> En inngående vurdering av den frie vilje faller på siden av hva denne oppgaven skal behandle. På samme måte som strafferetten generelt synes å gjøre, forutsetter denne oppgaven at mennesker har i alle fall en viss grad av fri vilje.

Hos utilregnelige har den psykiske tilstanden ført til at vedkommende anses å mangle skyldene.<sup>173</sup> Når individualprevensjon ikke kan brukes som begrunnelse for å straffe hverken utilregnelige eller tvungne lovovertrædere, kan neppe allmennprevensjon utgjøre en selvstendig begrunnelse for at de tvungne lovovertræderne skal straffes.

Den formen for gjengjeldelse som kommer til uttrykk gjennom talionsprinsippet gjør det naturlig å straffe tvungne drapsmenn. Årsaken er at gjerningspersonen faktisk har tatt noens liv, og at det er selve drapshandlingen som gjengjeldes. Som tidligere nevnt vil det gi svært uheldige resultater om en moderne rettsstat bekjente seg til Moselovens talionsprinsipp. Den

---

<sup>171</sup> Gröning 2014 s. 406 og Brett 1963 s. 54.

<sup>172</sup> For videre lesning om den frie vilje se Schaanning 1994 særlig s. 6-15 og Andorsen 1996.

<sup>173</sup> At tilregnelighet også kan kalles strafferettslig skyldene følger av både Gröning 2014 s. 404 og Andenæs 2004 s. 288.

moderne, modifiserte gjengjeldelsesteorien har på sin side flyttet fokuset fra den objektivt konstaterbare skaden til skylden som er utvist. Gjerningspersonen som er tvunget til å drepe vil ha hensiktsforsett om å begå drap, og har altså utvist en stor grad av skyld når det gjelder lovovertreddelsen. Dette tilsier at gjengjeldelsesteorien støtter å straffe den som er tvunget til å drepe. I realiteten er det imidlertid nærliggende å anse gjerningspersonen for å være en form for redskap for den som tvinger. Med dette følger det at «viljen» det er snakk om vanskelig kan knyttes direkte til gjerningspersonen, fordi den er nærmere en avspeiling av tvangsutøverens vilje. Forgåelsen endrer av den grunn karakter. Å straffe gjerningspersonen vil vanskelig kunne forenes med målet om «likhet etter verdien av forgåelsen».<sup>174</sup>

Spørsmålet blir om skyldprinsippet – som det i dag hersker stor enighet om viktigheten av – kan begrunne straff av den som tvinges til å begå drap. Som tidligere påpekt er den utviste skyld hos gjerningspersonen helt sentral i spørsmålet. Utvist skyld innebærer at gjerningspersonen både kunne og burde handlet annerledes i gjerningsøyeblikket.<sup>175</sup> Skillet mellom at gjerningspersonen *kunne* handlet annerledes og at vedkommende *burde* handlet annerledes er ikke så klart som det kan virke ved første øyekast. I en situasjon hvor noen trues på livet til å drepe kan det tenkes at det psykiske presset vedkommende opplever påvirker både kunne- og burde-vurderingen. I det videre foretas en undersøkelse av om valget gjerningspersonen tar er av en slik karakter at man kan snakke om en relevant grad av utvist skyld.

## 6.2 Kan psykologien gi oss svaret?

Å trues på livet er sannsynligvis en stor psykisk påkjenning for de fleste mennesker. Av den grunn er det naturlig å undersøke om psykologien gir noen svar av betydning for hvordan gjerningspersonen bør behandles i strafferetten. Man ser allerede til psykologien i utilregnelighetsspørsmålet, og selv om det er retten som har siste ord i vurderingen har det i realiteten vært slik at den rettspsykiatriske vurderingen gis tilnærmet avgjørende vekt.<sup>176</sup> Spørsmålet er så om psykologien kan gi et klart svar på hvordan gjerningspersonen som har handlet under tvang skal behandles i strafferetten.

---

<sup>174</sup> Hauge 1996 s. 136.

<sup>175</sup> Grøning 2014 s. 407.

<sup>176</sup> NOU 2014:10 s. 21.



I første rekke kan man anta at gjerningspersonen opplever kognitiv dissonans i gjerningsøyeblikket. Kognitiv dissonans foreligger når en persons meninger, verdier eller oppfatninger ikke samsvarer med hverandre.<sup>177</sup> Et eksempel på kognitiv dissonans er at en person røyker selv om vedkommende kjenner helserisikoen. Teorien om kognitiv dissonans ble utviklet av den amerikanske psykologen Leon Festinger. Teorien postulerer at kognitiv dissonans fører til subjektivt ubehag hos den aktuelle personen, og at vedkommende så vil bruke ulike strategier for å stanse eller minimere dissonansen.<sup>178</sup> I eksempelet med røyking kan dissonansen stanses ved å slutte å røyke. En annen strategi kan være å endre sin oppfatning av hvor farlig sigarettøyking er. Kroppen iverksetter altså et forsvar, enten mentalt eller ved handling, for å minimere det subjektive ubehaget. Antagelsen om at gjerningspersonen opplever kognitiv dissonans i tvangssituasjonen forutsetter at vedkommende er motstander av å ta liv i tillegg til selv å ha et ønske om å overleve. En person som trues på livet til å drepe en fremmed kan ikke oppfylle begge disse kravene til seg selv samtidig, og som følge av dette vil vedkommende oppleve subjektivt ubehag.<sup>179</sup>

Det er imidlertid et problem med å bruke teorien om kognitiv dissonans i situasjoner hvor noen trues på livet. Teorien kan belyse det subjektive ubehaget man opplever når tanker, ideer og handlinger ikke stemmer overens, men stort mer kan ikke teorien belyse i den konkrete situasjonen hvor liv står mot liv. Den frykten gjerningspersonen etter all sannsynlighet opplever ved å trues på livet gjør noe med vedkommendes tankemåte. Den amerikanske psykiateren Bruce Perry presenterer en modell for hvordan vi bruker hjernen avhengig av omstendighetene.<sup>180</sup> Teorien går ut på at omgivelsene påvirker hvor kompleks og reflekterende vår reaksjon på hendelser i omverdenen er. Ifølge modellen går man fra å bruke hjernebarken i en rolig situasjon til hjernestammen i tilfeller hvor man opplever frykt. Når man er rolig kan man være reflekterende og tenke fremover, men når man opplever frykt mener Perry at man ikke egentlig tenker, bare reagerer.

Konsekvensen av modellen er at personen, som sannsynligvis opplever frykt i tvangssituasjonen, faktisk ikke tenker klart. Det er med andre ord stor sannsynlighet for at en person som utsettes for alvorlig tvang mister en del av tankekapasiteten og evnen til å resonnerer den tiden trusselen varer. En slik innsnevring av tankevirksomheten kan gjøre at

---

<sup>177</sup> Egidius 2008 s. 260.

<sup>178</sup> Egidius 2008 s. 260.

<sup>179</sup> Egidius 2008 s. 260.

<sup>180</sup> Teorien presenteres i denne filmen: [youtube.com: SevenSlideSeries: State-dependent Functioning](https://www.youtube.com/watch?v=SevenSlideSeries).

handlingsalternativer ikke er synlige for gjerningspersonen, til tross for at de ville stått klart for en person som befant seg i en rolig situasjon.

Denne psykologiske modellen gjør at man kan trekke en viss parallell mellom en person som opplever alvorlig tvang og en utilregnelig lovovertreder. Dersom frykten gjør at gjerningspersonen mister tankekapasitet i handlingsøyeblikket, kan man vanskelig klandre vedkommende for ikke å ha handlet annerledes. For en person som opplever sterk frykt vil det i henhold til modellen antagelig fremstå som at det ikke finnes andre alternativer, og dermed som at vedkommende faktisk ikke *kunne* og *burde* handlet annerledes.<sup>181</sup>

Psykologien kan etter dette ikke gi noe klart svar på hvordan gjerningspersonen skal behandles i strafferetten, men Perrys modell gir tydelig uttrykk for at man står overfor en gjerningsperson uten normal refleksjonsevne i gjerningsøyeblikket. Selv om det må være lovgiver som til syvende og sist avgjør hvilken vekt det psykologiske presset skal tillegges virker det naturlig at tvangens effekt på gjerningspersonen tillegges stor vekt i den rettslige vurderingen. Et slikt psykologisk perspektiv tilsier altså at gjerningspersoner som har drept under tvang i noen tilfeller bør kunne kjennes fri for ansvar eller straff.

En naturlig innvending når det gjelder tvangsofferets psykologiske opplevelse av å bli tvunget, består i at alle mennesker er ulike. Mennesker er redde for høyst forskjellige ting. Det er vanskelig å si sikkert hva som gjør en person så redd at vedkommende mister noe av evnen til refleksjon. Ikke minst er det vanskelig å ta hensyn til slike individuelle ulikheter i lovverket. Et annet område hvor individuelle forskjeller antagelig spiller en større rolle enn hva som gjenspeiles i loven, er unnskyldningsgrunnen kriminell lavalder. I strl. § 46 angis det at «[i]ngen kan straffes for handling foretatt før det fylte 15 år». Det er klart at vi utvikler oss i ulikt tempo og en oppfatning om at alle mennesker oppnår en ønsket modenhet på 15-årsdagen grenser til det absurde. Som følge av at en individuell vurdering av den enkelte lovovertrederes modenhet ville medført store vanskeligheter og mye usikkerhet i praksis, har man valgt å la en konkret alder utgjøre grensen.<sup>182</sup> En individuell vurdering av den enkelte lovovertrederes faktiske opplevelse av frykt i gjerningsøyeblikket kan, på samme måte som vurderingen av kriminell lavalder antas å skape en usikker rettstilstand. Slike praktiske vanskeligheter tilsier at man velger en løsning i tråd med den som er valgt for kriminell

---

<sup>181</sup> Kjernen i skyldprinsippet er at gjerningspersonen kunne og burde handlet annerledes jf. punkt 5.3.

<sup>182</sup> Ot. prp. nr. 26 s. 9.

lavalder og lar lovreguleringen ta hensyn til hva som antas å være alminnelig psykisk reaksjon på tvang.

Hensynet til gjerningspersonens psykologiske reaksjon utgjør en avgrenset del av hensynet til den menneskelige feilbarlighet. Ved å ta hensyn til den menneskelige psykologi har man altså også tatt hensyn til menneskelig feilbarlighet. I det følgende vurderes hensynet til den menneskelige feilbarlighet på et mer generelt nivå, og om hensynet bør tillegges vekt i lovverket.

### 6.3 Menneskelig feilbarlighet

Det jeg søker å betegne med begrepet menneskelig feilbarlighet er de situasjonene hvor ulike omstendigheter på en forståelig måte foranlediger uheldige reaksjoner. Da menneskelig adferd man helst hadde sett at ikke forekom, men som fremstår som forståelig for de fleste mennesker under de gitte omstendighetene.

Som redegjort ovenfor under punkt 3.5 tas det allerede hensyn til menneskelige reaksjoner andre steder i lovverket. I tillegg til strl. §§ 56 bokstav b, 228 tredje ledd og 48 fjerde ledd er det naturlig å se til strl. § 234 om fødselsdrap. For tilfellene hvor en mor dreper sitt eget barn under eller innen et døgn etter fødselen åpner bestemmelsen for vesentlig nedsettelse av straffen sammenlignet med hva som er alminnelig ved drap.<sup>183</sup> I tillegg er det i bestemmelsens tredje ledd gitt en straffritaksgrunn for noen tilfeller hvor mor har forsøkt å begå et slikt drap. Bestemmelsen angir ikke hvorfor de aktuelle omstendighetene kvalifiserer som henholdsvis straffnedsettelsesgrunn og straffritaksgrunn, men det er naturlig å se på det som forståelse for en tragisk reaksjon på en helt spesiell fysisk og psykisk opplevelse for den fødende. Andenæs skriver om strl. § 234 at straffnedsettelsen skyldes fysisk og psykisk svekkelse etter fødselen og avslutter med denne konstateringen: «Det er altså en spesialregel om en slags nedsatt tilregnelighet».<sup>184</sup>

Den anerkjennelsen vi finner i både strl. §§ 56 bokstav b og 228 tredje ledd av at mennesker kan opptre uønsket som følge av provokasjon, er av en annen karakter enn bestemmelsen om fødselsdrap. Likevel har disse straffritaks- og straffnedsettelsesgrunnene en fellesnevner; at omstendigheter som kan vippe alminnelige personer av pinnen, tas hensyn til i

---

<sup>183</sup> Denne bestemmelsen er ikke videreført i straffeloven av 2005 jf. NOU 2002: 4 s. 410.

<sup>184</sup> Andenæs 2004 s. 230-231.

straffeutmålingen. Det er også andre naturlige menneskelige reaksjoner som utgjør formildende omstendigheter i dagens system jf. strl. §§ 55-59.

Ved første øyekast kan det være fristende å si at man bør straffe all adferd som strider mot moralske normer, og søke adferden stanset. Om det ikke tas hensyn til menneskers feilbarlighet kan man imidlertid risikere at befolkningen ikke lenger identifiserer seg med det regelverket staten håndhever. Dersom loven virker uforståelig eller urettferdig i befolkningens øyne vil det gjerne føre til at retten mister sin legitimitet.<sup>185</sup> Legitimiteten kan enten tenkes å bortfalle stykkevis på punktene hvor bristen befinner seg, eller for hele systemet dersom en stadig støter på dem i lovverket. Den optimale virkning av både allmennprevensjon og individualprevensjon er, som nevnt i gjennomgangen av prevensjonsteoriene, den holdningsskapende og forbedrende. Om borgerne ikke forstår hensikten med lovverket eller oppfatter lovene som urimelige, vil det være tilnærmet umulig å oppnå disse virkningene.

## 6.4 Prinsipiell konklusjon

Sammenligningen med andre ansvarsfrihets- og straffritaksgrunner som begrunnes i gjerningspersonens sinnstilstand i gjerningsøyeblikket illustrerer at menneskelige svakheter allerede tas hensyn til flere steder i lovverket. Resonnementet har så langt vist at skyldprinsippet er sentralt i alle moderne strafferettssystemer, uavhengig av om man ellers sogner til prevensjons- eller gjengjeldelsesteorien. Skyldprinsippetets rolle i strafferetten innebærer at alle momenter som påvirker gjerningspersonens skyld bør tas hensyn til i vurderingen av om handlingen skal straffes. Når det gjelder spørsmålet om gjerningspersonen kunne og burde handlet annerledes på gjerningstidspunktet har denne gjennomgangen vist at man ikke kan slå fast at problemene i tvangssituasjonen faller inn under den ene eller andre kategorien. At presset man opplever kan påvirke hvordan hjernen fungerer i gjerningsøyeblikket kan bety at gjerningspersonen ikke *kunne* handlet annerledes i situasjonen. Videre er det vanskelig å gi et klart svar på hva gjerningspersonen *burde* gjort i situasjonen. At det er vanskelig å si hvilken handling som vil være den riktige illustreres også av gjennomgangen av retten til liv i punkt 6.1. Begge elementene av skyldprinsippet fremstår altså som problematisk i tilfeller hvor en person utsettes for alvorlig tvang. Dette gjør at skyldprinsippet taler i retning av at tvang i noen tilfeller bør føre til at gjerningspersonen går fri for ansvar eller straff.

---

<sup>185</sup> Bernt og Mæhle 2007 s. 351.

Hensynet til den menneskelige feilbarlighet og de sannsynlige psykologiske reaksjonene på en tvangssituasjon tilsier at mennesker som begår drap under tvang i noen tilfeller ikke bør straffes. Spørsmålet er så om tvang egner seg best som en straffritaksgrunn eller en ansvarsfrihetsgrunn.

## 6.5 Hvordan regulere tvang?

### 6.5.1 Ansvarsfrihets- eller straffritaksgrunn?

For gjerningspersonen er det faktiske utfallet ved ansvarsfrihetsgrunner og straffritaksgrunner sammenfallende i den forstand at gjerningspersonen går fri for straff i begge tilfeller. Den juridiske realiteten er imidlertid vesensforskjellig. En ansvarsfrihetsgrunn innebærer at gjerningspersonen aldri har pådratt seg straffeansvar.<sup>186</sup> Er det en straffritaksgrunn som har ført til frifinnelse, har gjerningspersonen pådratt seg straffansvar, men spesielle omstendigheter gjør at retten lar straffen falle bort.<sup>187</sup> Andenæs forklarer at domstolen i disse tilfellene kan «utøve en slags benådningsmyndighet».<sup>188</sup> Dette skillet henger tett sammen med at man har krav på frifinnelse hvis det foreligger en ansvarsfrihetsgrunn, men ikke om det foreligger en straffritaksgrunn. Signaleffekten er et viktig stikkord når det gjelder valget mellom disse to.

Gjennomgangen så langt har vist at det ikke er noe entydig svar på hvilken effekt vektlegging av hensynene skal ha. At de psykiske avvikstilstander som anses å forårsake utilregnelighet medfører ansvarsfrihet, kan tilsi at avvikstilstanden som oppstår i tvangssituasjonen skal ha samme konsekvens. På den annen side utgjør provokasjon jf. strl. § 228 tredje ledd kun en straffritaksgrunn. Det kan tilsi at menneskelig feilbarlighet som ikke er av en slik karakter at det resulterer i utilregnelighet bør tas hensyn til i form av en straffritaksgrunn. Det er, som oppgaven så langt har vist, mange mulige reguleringsmåter, og ikke innlysende hvilken som er mest passende ved tvang.

---

<sup>186</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 67.

<sup>187</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 67.

<sup>188</sup> Andenæs 2004 s. 154.

I forarbeidene til sprøyteromsloven stilles det nettopp spørsmål ved hvilken form for regulering man skal benytte når det gjelder bruk og besittelse av narkotika i sprøyterommene.<sup>189</sup> Departementet vurderer spørsmålet slik:

«Etter departementenes syn bør det ikke være opp til rettens skjønn om handlingen skal straffes eller ikke. Det vil ikke være så store individuelle forskjeller fra sak til sak. Behovet for en slik skjønnsmessig vurdering er derfor ikke stort. Dessuten vil en skjønnsmessig vurdering skape usikkerhet for brukerne, og gjøre ordningen vanskelig å praktisere. Departementene går derfor inn for at det innføres en straffrihetsregel, altså at den det gjelder skal ha et absolutt krav på straffrihet.»<sup>190</sup>

Som det fremgår av sprøyteromsloven § 4 endte lovgiver med å gjøre bruk og besittelse til en ansvarsfrihetsgrunn i form av en unnskyldningsgrunn.<sup>191</sup> Begrunnelsen departementet gir for ikke å vedta en straffritaksgrunn er verd å undersøke. Det er grunn til å tro at tvangssituasjonen kan ha vesentlige individuelle forskjeller fra sak til sak. Årsaken er at tvang blant annet kan forekomme under svært ulike omstendigheter, med ulik tilknytning mellom tvangsutøver og gjerningsperson. Dette skiller seg fra sprøyteromsordningen, som er strengt regulert og utgjør et hjelpetilbud for en avgrenset gruppe. At tvangssituasjonen er mindre forutsigbar kan tilsi et behov for skjønnsmessige vurderinger av om vedkommende skal straffes eller ikke.

Videre trekker departementet frem at en skjønnsmessig straffbarhetsvurdering vil skape en usikkerhet for brukere av sprøyteromsordningen. Dette er en naturlig innvending når det gjelder hjelpetiltak for tunge rusmisbrukere. Dersom brukerne kan risikere straff ved å delta i en sprøyteromsordning, vil neppe prosjektet kunne tjene det tiltenkte formålet. I motsetning til hva som er tilfelle for sprøyteromsbrukerne er det ikke slik at tvangsofrene planlegger å tvinges til straffbare handlinger eller søker å forutberegne sin rettsstilling ut fra en slik fremtidsplan. I denne sammenheng er det naturlig å se til hensynet til forutberegnelighet. Kjernen i dette hensynet er at reglene skal eksistere før tvisten oppstår, «[...] slik at borgerne kan vite hva de har å holde seg til før de handler på en bestemt måte.»<sup>192</sup> I mange tilfeller er det absurd å tro at borgerne undersøker sin fremtidige rettsstilling før de begår handlinger som potensielt kan få rettslige etterspill. Prinsippet står likevel fast og søker å sikre at borgerne

---

<sup>189</sup> Ot. prp. nr. 56 s. 28.

<sup>190</sup> Ot. prp. nr. 56 s. 28.

<sup>191</sup> Det kan stilles spørsmål ved om sprøyteromsordningen egentlig er en unnskyldningsgrunn, men for bruken i denne sammenheng er ikke kategoriseringen viktig.

<sup>192</sup> Bernt og Mæhle 2007 s. 464.

kunne undersøkt sin rettsstilling på forhånd om de hadde ønsket. I perioden mellom gjerningstidspunktet og de eventuelle rettslige reaksjonene spiller også forutberegnelighet en rolle ved at gjerningspersonen til en viss grad skal kunne forutse hva konsekvensene vil bli. Det generelle hensynet til forutberegnelighet for borgerne tilsier altså at tvang bør være en ansvarsfrihetsgrunn og ikke en skjønnsmessig adgang til frifinnelse.

Videre er det interessant å undersøke hvorfor lovgiver har valgt ikke å videreføre någjeldende strl. § 48 fjerde ledd, men heller å innføre en ny straffritaksgrunn som blant annet gjelder for overskridelse av nødrett og nødverge. Begrunnelsen kan tenkes å utgjøre argumenter i vurderingen av om tvang bør være en ansvarsfrihets- eller straffritaksgrunn. Endringsforslaget ble begrunnet med at någjeldende strl. § 48 fjerde ledd etter kommisjonens oppfatning går for langt.<sup>193</sup> Departementet er enige med kommisjonens flertall når det gjelder forslaget om ikke å videreføre strl. § 48 fjerde ledd. I NOU 1992:23 begrunner kommisjonen sitt forslag om ikke å videreføre bestemmelsen ved å henvise til NOU 1983:57 og Anders Bratholm.<sup>194</sup> Bratholm påpeker i sin behandling av unnskyldningsgrunnen i strl. § 48 fjerde ledd at bestemmelsen kan medføre at straffrihetsgrunnen går vel langt i enkelte tilfeller.<sup>195</sup> Som eksempel på et tilfelle hvor han mener at unnskyldningsgrunnen kan gå for langt, nevner Bratholm at en «[...] jeksplosiv og hevngjerrig person dreper den som gjorde seg skyldig i et mindre angrep p.g.a. den «sinnsbevegelse» som angrepet fremkalte.»<sup>196</sup> Like etter presentasjonen av eksempelet påpeker Bratholm at det i praksis nok vil komme inn en begrensning fordi strl. § 48 fjerde ledd krever at overskridelsen «alene» skyldes «en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse.»<sup>197</sup> Konklusjonen er likevel at bestemmelsen ville hatt en rimeligere rekkevidde om det var en «[...] skjønnsmessig adgang til å la straffen bortfalle».<sup>198</sup> Det er altså dette eksempelet på at regelen kan få urimelige konsekvenser man gjennomgående viser til gjennom arbeidet med den nye straffeloven.<sup>199</sup> Forfatteren påpeker at man i praksis ikke vil se så urimelige utslag av bestemmelsen på grunn av den innebygde begrensningen som krever årsakssammenheng. Følgelig fremstår begrunnelsen for lovendringen som noe uklar. Så lenge man stiller vilkår som gjør at bestemmelsen er tydelig på kjernen og formålet med reguleringen, unngås slike problemer. Forarbeidene til

---

<sup>193</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 365.

<sup>194</sup> NOU 1992:23 s. 100.

<sup>195</sup> Bratholm 1980 s. 147.

<sup>196</sup> Bratholm 1980 s. 147.

<sup>197</sup> Bratholm 1980 s. 147.

<sup>198</sup> Bratholm 1980 s. 147.

<sup>199</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 209, NOU 1992:23 s. 100 og NOU 1983:57 s. 138.

lovendringen gir dermed ikke bidrag til vurderingen av om tvang bør være en ansvarsfrihetsgrunn eller straffritaksgrunn. Å stille krav om at en alminnelig forstandig person ville funnet tvangen uimotståelig, kan være en mekanisme for å sikre at bestemmelsen kun frifinner dem regelen er tiltenkt.

Da forslaget om å erstatte ansvarsfrihetsgrunnen i någjeldende strl. § 48 fjerde ledd med en straffritaksgrunn ble sendt på høring, var Norsk forening for kriminal reform (KROM) uenig i forslaget.<sup>200</sup> I sin uttalelse peker KROM på to forhold. Dels mener de at det er juryen som bør avgjøre spørsmålet om overskridelse av nødverge, dels at endringen vil medføre en utvidelse av straffehjemmelen.<sup>201</sup> Det første argumentet må ses i lys av at det er lagretten som svarer ja eller nei på skyldspørsmålet dersom retten er satt med lagrette jf. strpl. §§ 352 og 366. Fordi en straffritaksgrunn får betydning for straffespørsmålet, ikke skyldspørsmålet, vil vurderingen av om tiltalte skal frifinnes som følge av overskridelse av nødverge etter strl. 2005 § 81 ikke avgjøres av lagretten. I NOU 1992:23 foreslo straffelovkommisjonen at straffritaksgrunnen, som i dag står i strl. 2005 § 81, i helhet skulle følge reglene for straffespørsmålet.<sup>202</sup>

Departementet synes å slutte seg til dette når det i vurderingen av plasseringen av straffritaksgrunnene skriver at «[s]iden avgjørelsen prosessuelt hører til straffespørsmålet [...]».<sup>203</sup> I tvangssituasjonen er ikke tvangen en medvirkende årsak til at adferden ikke skal straffes, det er den eneste. Når tvangen utgjør en essensiell del av lovbruddet som er begått, virker det uhensiktsmessig at ikke lagretten skal ta stilling til tvangens betydning. Hensynet til arbeidsfordelingen mellom lagretten og fagdommerne taler dermed mot at tvang skal være en straffritaksgrunn. Det forhold at overskridelse av nødverge er en straffritaksgrunn i straffeloven av 2005 § 81 viser imidlertid at argumentet ikke regnes for å være spesielt tungtveiende fra lovgiverhold.

Når det gjelder KROMs andre innvending, at endringen innebærer en utvidelse av straffehjemmelen, kan dette naturlig nok ikke overføres direkte til vurderingen av tvang som per i dag hverken er en straffritaks- eller ansvarsfrihetsgrunn.<sup>204</sup> Innvendingen peker imidlertid på noe viktig, nemlig at valget mellom straffritaksgrunn og ansvarsfrihetsgrunn får betydning for omfanget av straffehjemmelen. I tillegg til ulikheten i reguleringsalternativenes

---

<sup>200</sup> NOU 1992:23 s. 100.

<sup>201</sup> NOU 1992:23 s. 100.

<sup>202</sup> NOU 1992:23 s. 216.

<sup>203</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 363.

<sup>204</sup> NOU 1992:23 s. 100.



signaleffekt innebærer altså vedtakelsen av en straffritaksgrunn, sammenlignet med alternativet ansvarsfrihetsgrunn, en videre straffehjemmel. Det virker naturlig å gå ut fra en regel om at det er eventuelle inngrep i handlingsfriheten som må begrunnes, ikke omvendt.<sup>205</sup> Ettersom en straffritaksgrunn fører til en videre straffehjemmel enn en ansvarsfrihetsgrunn, taler mye for at tvang bør utgjøre en ansvarsfrihetsgrunn.

Et annet hensyn som kan tillegges vekt i vurderingen av om tvang bør være en straffritaksgrunn eller ansvarsfrihetsgrunn, er maktfordelingsprinsippet. Hvis domstolene «kan» frifinne tiltalte dersom vilkårene lovgiver har stilt er oppfylt, vil det innebære en forskyvning av makt fra lovgiver til domstoler. Oppgaven har så langt vist at spørsmålet om hvordan man skal behandle den tvungne lovovertreder i stor grad må besvares på prinsipielt nivå. Den prinsipielle og verdiavhengige karakteren av spørsmålet gjør det naturlig at lovgiver tar endelig stilling til hvordan man skal behandle den aktuelle gruppen lovovertredere.

I Grunnloven § 49 heter det at «[f]olket utøver den lovgivende makt ved Stortinget». Om tvang gjøres til en straffritaksgrunn, overlates besvarelsen av det prinsipielle tvangsspørsmålet til eksperter i domstolene fra sak til sak. En slik fordeling av makten er vanskelig å forene med prinsippet om at de tre statsmaktene skal være adskilt.<sup>206</sup> At lovene er skrevet av en statsmakt og anvendes i tråd med sin ordlyd av en annen, bidrar til å sikre forutberegnelighet i strafferetten. En negativ effekt av dette systemet er at man ikke nødvendigvis oppnår konkret rimelighet i enkeltsakene. For å unngå urimelige utslag kan igjen det å stille krav om at en alminnelig forstandig person måtte funnet tvangen uimotståelig åpne for en viss rimelighetskontroll fra domstolenes side.

Etter denne gjennomgangen fremstår det mest passende at tvang skal være en ansvarsfrihetsgrunn heller enn en straffritaksgrunn.

## **6.5.2 Rettmessighets- eller unnskyldningsgrunn?**

Ettersom det finnes to ulike former for ansvarsfrihetsgrunner blir spørsmålet i det videre om tvang bør utgjøre en rettmessighetsgrunn eller unnskyldningsgrunn.

---

<sup>205</sup> NOU 2014:10 s. 185-186.

<sup>206</sup> Bernt og Mæhle 2007 s. 151.

Roma-vedtektene art. 31, 1 d er svært lik den norske regelen i strl. § 47. Kritikken Risacher retter mot vedtektene er derfor i høy grad relevant også for norske forhold. Et av de store ankepunktene synes å være sammenblandingen av to prinsipielt ulike ansvarsfrihetsgrunner, hvorav han regner én for å være en rettmessighetsgrunn, og én for å være en unnskyldningsgrunn.<sup>207</sup> Sammenblandingen av rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner er uheldig fordi man risikerer å miste de ulike karakteristiske trekkene av syne i vurderingen.

Også her er det relevant å undersøke hva de ulike ansvarsfrihetsgrunnene kommuniserer til befolkningen.<sup>208</sup> En rettmessighetsgrunn gjør den aktuelle handlingen lovlig. Staten sender dermed et signal om at adferden er akseptabel. Man kan snakke om et slikt signal fordi staten i disse tilfellene har gjort unntak fra hovedregelen om at den aktuelle handlingen er straffbar og straffverdig. Det kan av den grunn være lurt å avklare om tvang har likhetstrekk med andre rettmessighetsgrunner eller unnskyldningsgrunner som tilsier at det skal falle inn under den ene eller andre kategorien.

En rettmessighetsgrunn med sterkt feste i rettsfølelsen er retten til selvforsvar.<sup>209</sup> Dette kan forklares med at mange anser det som en grunnleggende rettighet å beskytte seg selv og sine nærmeste mot direkte angrep. At man også i tvangssituasjonen påfører skade for å unngå at annen skade realiseres, gjør at tvang og nødverge får et likhetstrekk. Det er imidlertid en vesentlig forskjell mellom de to situasjonene: Når man handler i nødverge er en av årsakene til lovligheten ved gjerningspersonens handlinger at angriperen handler ulovlig. Ved tvang er det ikke den som handler ulovlig, tvangsutøveren, som rammes av gjerningspersonens handling, men en tredjeperson. Hvem som er offer for redningshandlingen stiller situasjonen i et annet lys fordi den tredjepersonen handlingen går utover i tvangssituasjonen ikke har fremprovosert handlingen vedkommende blir offer for. Tvang kan altså ikke sies å ha sterke relevante likhetstrekk med den klare rettmessighetsgrunnen nødverge.

Når det foreligger en unnskyldningsgrunn er ikke handlingen lovlig, men samfunnet har likevel valgt å la være å anse gjerningspersonen som ansvarlig. I motsetning til ved rettmessighetsgrunnene sendes dermed et signal om at samfunnet helst så at man avstod fra

---

<sup>207</sup> Risacher 2014 s. 1417.

<sup>208</sup> Mathiesen 2007 s. 106 skriver at «Allmennpreventivt kan straffen ses som et *budskap* fra staten».

<sup>209</sup> Strandbakken 2003 s. 421.

handlingen, men at man likevel ikke anser handlingsvalget som tilstrekkelig klanderverdig til at vedkommende har pådratt seg straffeansvar.

Et eksempel på en unnskyldningsgrunn er overskridelse av nødverge jf. strl. § 48 fjerde ledd. Kjernen i denne unnskyldningsgrunnen er at man kan gå fri for straff dersom årsaken til overskridelsen av nødverge skyldes «en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse» jf. strl. § 48 fjerde ledd. Gjennom bestemmelsen anerkjennes altså den vanskelige situasjonen gjerningspersonen befinner seg i, samtidig som man lar være å gi uttrykk for at adferden var riktig. Overskridelse skiller seg fra tvangssituasjonen nettopp ved at det er en overskridelse av en rettmessighetsgrunn. Unnskyldningsgrunnen er dermed å betrakte som en forlengelse av en rett med dype røtter i vår rettsfølelse. Likevel har overskridelse av nødverge og tvang et viktig likhetstrekk ved at det ikke er et ønske om å tillate skadelige handlinger som begrunner ansvarsfriheten, men en anerkjennelse av presset som eksisterer på gjerningstidspunktet.

I sprøyteromsloven § 4 er brukeres besittelse og bruk av narkotika i godkjente sprøyterom fritatt for straff. Departementet begrunner at det anser denne friheten fra straff for å være en unnskyldningsgrunn på følgende måte; «Departementet legger spesielt vekt på at en regel om at besittelsen og bruken fortsatt er ulovlig selv om den er fritatt for straff, vil ha en signaleffekt.»<sup>210</sup> Om sprøyteromsloven § 4 faktisk er en unnskyldningsgrunn, kan være grunnlag for diskusjon. Departementets vektlegging av signaleffekten er i alle tilfeller interessant også for tvangssituasjonen. Det er klart at man ønsker å gi et klart og tydelig uttrykk for at alle former for drap i utgangspunktet er ulovlige. Dette følger også av våre internasjonale forpliktelser når det gjelder kravet om å sikre retten til liv.<sup>211</sup> Signaleffekten ved en unnskyldningsgrunn synes i så måte å passe svært godt med behovet som eksisterer i tvangssituasjonen.

Joshua Dressler skriver at *choice theory* utgjør den dominerende moderne forklaringen for unnskyldningsgrunner.<sup>212</sup> *Choice theory* forklares omtrent som at man bør klandres for lovbrudd dersom man på gjerningstidspunktet hadde kapasitet og rimelig mulighet til fritt å

---

<sup>210</sup> Ot. prp. nr. 56 s. 29.

<sup>211</sup> Se punkt 6.1.

<sup>212</sup> Dressler 2011 s. 278.

velge å bryte samfunnets moralske eller rettslige normer.<sup>213</sup> Det spesifiseres hva som ligger i kravet:

«Such free choice is absent when a person lacks the substantial capacity or fair opportunity to (1) understand the factual circumstances relating to her conduct; (2) appreciate that her conduct violates societal norms; or (3) conform her conduct to the dictates of the law.»<sup>214</sup>

Denne beskrivelsen passer svært godt med bildet som er etablert av tvangssituasjonen til nå. Gjerningspersonen vil høyst sannsynlig oppleve stort psykisk press. Å gi etter for tvangen kan betraktes som resultat av menneskelig feilbarlighet. Likevel har gjerningspersonen et valg. Karakteristisk ved tvangssituasjonen er imidlertid gjerningspersonens mangel på rimelig mulighet til å tilpasse seg lovens krav. Tvangens evne til å frata gjerningspersonen en rimelig mulighet til å opptre lovlydig gjør det ikke naturlig å anse adferden for lovlig eller ønskelig, men tilsier at vedkommende ikke er ansvarlig for valget i en så tilspisset situasjon.<sup>215</sup>

Et spørsmål som må stilles i denne sammenheng er hvorfor tvang skulle utgjøre en unnskyldningsgrunn all den tid nødrett er en rettmessighetsgrunn. Nødrett er uten tvil den ansvarsfrihetsgrunnen som står tvangen nærmest. Det blir ettertrykkelig bekreftet ved at tvangssituasjonen i dag behandles som et nødrettsspørsmål. Som redegjort for innledningsvis i oppgaven kan imidlertid nødrettsinstituttet sammenlignes med tanken bak ekspropriasjon.<sup>216</sup> Dette skaper et fundamentalt skille mellom tvang og nødtilstand. Den som handler i nødrett honoreres, den tvungne gjerningspersonen forstås. I lys av dette skillet er det naturlig at den ene er en rettmessighetsgrunn, mens den andre er en unnskyldningsgrunn. Det er dermed årsaken til den eventuelle ansvarsfriheten som begrunner at én kan være en rettmessighetsgrunn og den andre en unnskyldningsgrunn.

Videre er det naturlig å se på konsekvensene av at en regulering velges fremfor en annen. Dersom tvang regnes for å være en rettmessighetsgrunn, kan det få et urimelig utslag ved at offeret for den tvungnes adferd ikke kan påberope seg nødverge for en forsvarshandling.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> Slik forklares teorien i Dressler 2011 s. 278: «According to this theory's advocates, a person is responsible for her conduct and, therefore, deserves to be blamed for wrongful conduct if, at the time of the crime, she possessed the capacity and fair opportunity "to function in a uniquely human way, i.e., freely to choose whether to violate the moral/legal norms of society» med videre henvisninger.

<sup>214</sup> Dressler 2011 s. 278.

<sup>215</sup> I Dressler 2011 s. 284 konkluderes det med at «The choice theory, therefore, best fits the duress defense.»

<sup>216</sup> Mæland 2012 s. 149.

<sup>217</sup> Se blant annet Andorsen 1999 s. 259.

Denne konsekvensen skyldes at strl. § 48 andre ledd inneholder et vilkår om at man må forsvare seg mot et «rettsstridigt Angreb» for at noe regnes som nødverge.

Kjell V. Andorsen stiller spørsmål ved om en fremtvunget handling skal anses for å være et rettmessig nødrettsinngrep og konstaterer så: «Etter min mening kan et inngrep under slike tvangsomstendigheter ikke bli rettmessig etter strl. § 47 om nødrett; det er rett og slett altfor mange og tungtveiende hensyn som taler mot en slik løsning.»<sup>218</sup> Videre påpeker han at hensynet til den som utsettes for tvangen kan tenkes ivaretatt ved at man anser den tvungnes opptreden for å være unnskyldelig.<sup>219</sup>

Konklusjonen blir så at tvang bør være en unnskyldningsgrunn, ikke en rettmessighetsgrunn.

### **6.5.3 Bevisproblemer som motargument mot en god regel**

#### **6.5.3.1 Et potensielt problem**

Rettsvitenskapen må også ta hensyn til praktiske problemer som kan oppstå i det virkelige liv. Når det gjelder tvang som en unnskyldningsgrunn er det grunn til å tro at en slik bestemmelse vil kunne skape problemer for påtalemyndighetene. Årsaken er at påtalemyndighetene har bevisbyrden og at det av den grunn er deres oppgave å bevise at tiltalte ikke er utsatt for rettslig relevant tvang.<sup>220</sup> Tvang trenger ikke å etterlate fysiske spor. Alt som begrunner ansvarsfrihetsgrunnen kan på den måten være borte i neste øyeblikk. Dersom det ikke har vært andre til stede enn tvangsutøver, tvangsoffer og drapsoffer, kan det bli svært vanskelig å bringe på det rene hva som faktisk har foregått. Faren med en ansvarsfrihetsgrunn som er så vanskelig å bevise at ikke har vært til stede er at den kan påberopes av lovovertredere som faktisk ikke er blitt tvunget. Som følge av det høye beviskravet innenfor strafferetten, er det tilstrekkelig for frifinnelse at det etableres rimelig tvil om at ansvarsfrihetsgrunnen ikke

---

<sup>218</sup> Andorsen 1999 s. 259.

<sup>219</sup> Andorsen 1999 s. 259.

<sup>220</sup> Andenæs 2004 s. 102. I tillegg til å bevise at gjerningspersonen oppfyller skyldkravet og de objektive vilkårene i gjerningsbeskrivelsen påligger det påtalemyndigheten å bevise at det ikke foreligger omstendigheter som utelukker straffbarhet i det konkrete tilfellet jf. Andenæs 2009 s. 160 og Strandbakken 2003 s. 373.

foreligger.<sup>221</sup> Det er altså en risiko for at man gir kriminelle et frikort ved å vedta en regel om tvang som unnskyldningsgrunn.

Spørsmålet er så om det finnes noen god løsning på denne bevisproblematikken. Om det ikke finnes gode løsninger, kan dette tale mot at en prinsipielt god regulering bør innføres. Derfor bør det undersøkes om endringer i reglene vedrørende bevisbyrde eller beviskrav kan være en farbar vei.

### 6.5.3.2 Bevisbyrde

Det er en regel med svært lange og sterke tradisjoner at påtalemyndigheten har bevisbyrden. Spørsmålet er om man bør avvike fra den alminnelige bevisbyrderegelen i tvangstilfellene. Vi har i dag noen bestemmelser i strafferetten hvor bevisbyrden er snudd. Et naturlig utgangspunkt for å besvare spørsmålet er dermed å undersøke om tvangssituasjonen har relevante likhetstrekk med tilfellene hvor bevisbyrden er snudd.

I bestemmelsen som angir redaktørers straffeansvar, strl. § 431, er tiltalte pålagt bevisbyrden. Første setning angir den straffbare handlingen uten noen krav til subjektiv skyld. Andre setning gjør imidlertid unntak fra denne strenge regelen for de tilfellene hvor redaktøren «godtgjør at det ikke kan legges ham noe til last». I motsetning til hovedregelen plikter altså redaktøren å bevise sin uskyld fordi presumsjonen er for skyld.

Det skal godt gjøres å lage en parallell fra det strafferettslige redaktøransvaret til tvang som ansvarsfrihetsgrunn. Årsaken består i at de faktiske omstendighetene er svært ulike. Som redaktør aksepterer man en stilling man er klar over at medfører ansvar. Gjennom dette ansvaret oppfordres man til å opprette rutiner innad i foretaket slik at ansvaret ikke realiseres. Tvang er på sin side ikke forbeholdt en spesiell stilling, men kan ramme hvem som helst når som helst. Den tvungne gjøres altså ikke oppmerksom på risikoen for å bli strafferettslig ansvarlig og gis heller ikke mulighet til å forsikre seg mot å havne i situasjonen.

Redaktøransvaret illustrerer dermed den høye terskelen for å snu bevisbyrden og tilsier at en slik omrokking ikke kan rettferdiggjøres i tvangstilfellene.

---

<sup>221</sup> Det alminnelige beviskravet i strafferetten er at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode jf. Eskeland 2013 s. 556. I Andenæs 2004 s. 102 formuleres det slik: «Er det tvil om den faktiske siden ved et eller flere av straffbarhetsvilkårene, må resultatet blir frifinnelse: Tvilen skal komme tiltalte til gode (*In dubio pro reo*)».

Et annet område med snudd bevisbyrde finner man ved utvidet inndragning jf. strl. § 34a.<sup>222</sup> Her pålegges en person som er funnet skyldig i en straffbar handling som kan gi betydelig utbytte, å sannsynliggjøre at formuesgodene er ervervet på lovlig måte. Også denne situasjonen er lite sammenlignbar med tvangssituasjonen. På samme måte som for redaktøransvaret er omstendighetene så spesielle at tiltalte har en viss oppfordring til å kunne fremlegge bevis for formuesgodenes opprinnelse.

Da tvangssituasjonen må sies å være av en helt annen karakter enn de tilfellene hvor bevisbyrden i dag er snudd, virker det urimelig å pålegge en tvunget gjerningsperson bevisbyrden for egen uskyld. Denne konklusjonen gis støtte i NOU 1983:57, hvor det står at «Omvendt bevisbyrde bør derfor brukes bare der det er helt nødvendig for at straffebudet skal bli tilstrekkelig effektivt».<sup>223</sup>

En annen, og mindre drastisk, løsning på bevisbyrdespørsmålet er å finne i det som kalles *evidential burden* i engelsk rett.

#### **6.5.3.2.1 Evidential burden**

I England har man noe som kalles *evidential burden*. Det innebærer at om det ikke er noe i saken som ved rimelig tolkning kan forstås som at gjerningspersonen er utsatt for rettslig relevant tvang har tiltalte selv «[...] the ‘evidential burden’ of laying a foundation for the defence by introducing evidence of such facts».<sup>224</sup> Fordelen med en slik regel er at tiltaltes muligheter til å trenere saksprosessen blir redusert ved at påtalemyndigheten ikke må motbevise en hver anførsel om at det foreligger en ansvarsfrihetsgrunn.<sup>225</sup>

I Blackstone’s criminal practice står følgende om *evidential burden*;

«The evidential burden is not a burden of proof but the burden of adducing evidence or ‘the duty of passing the judge’, in other words the burden imposed on a party to adduce sufficient evidence on a fact or facts in issue to satisfy the judge that such issue or issues should be left before the tribunal of fact.»<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> For videre lesning om utvidet inndragning jf. strl. § 34 a, se Andenæs 2004 s. 520-522.

<sup>223</sup> NOU 1983:57 s. 98.

<sup>224</sup> Ormerod 2008 s. 326. Det samme sitatet finnes i den oppdaterte utgaven: Ormerod og Laird 2015 s. 389.

<sup>225</sup> Oppgaven med å motbevise tilstedeværelsen av duress ligger hos påtalemyndigheten i England jf. Ormerod 2008 s. 326 og Ormerod og Laird 2015 s. 389.

<sup>226</sup> Hooper og Ormerod 2014 s. 2380.

Det er altså ikke tale om snudd bevisbyrde i disfavør av tiltalte, men en plikt til å fremlegge noe bevis før domstolen kan vurdere de faktiske forhold. Akkurat hvor stor byrde tiltalte pålegges, er imidlertid ikke klart fastlagt:

«There is no universally accepted formula to describe how much evidence must be placed before the court to satisfy the evidential burden. The evidence will of course differ depending on the nature of the issue to which the burden relates.»<sup>227</sup>

I Norge har man en regel i strpl. § 294 som angir følgende: «Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen». Rettens selvstendige plikt til å sørge for at saken blir fullstendig opplyst er et resultat av det materielle sannhets prinsipp.<sup>228</sup> Det materielle sannhets prinsipp utgjør en forskjell fra det anglo-amerikanske systemet hvor prosessen er mer partsdrevet.<sup>229</sup> I lys av det materielle sannhets prinsipp synes det at *evidential burden* omtales som «[...]the duty of passing the judge [...]» å gjøre at en slik bevisregel passer dårlig inn i det norske systemet.<sup>230</sup> Asbjørn Strandbakken skriver imidlertid følgende under henvisning til regelen om *evidential burden*: «Selv om man ikke har utviklet et slikt formelt instrument i norsk prosess, er det neppe tvil om at man i praksis opererer med et tilsvarende syn».<sup>231</sup> Strandbakken viser til følgende sitat fra Hagerup for å underbygge utsagnet:

«Sæt, at det f. ex. er bevist, at tiltalte har dræbt en person ved at affyre en pistol lige i brystet paa ham. Hvis nu tiltalte paastaar, at han ikke havde bevidsthed om sin handling, eller at hans hensigt kun var at skræmme den dræbte, ikke at forvolde hans død, saa maa han aapenbart fældes, naar der intetsomhelst foreligger, som kan støtte disse paastande.»<sup>232</sup>

Det stemmer godt overens med den øvrige bevisretten i Norge at vi ikke har en lovfestet regel om *evidential burden*. I Norge har vi en hovedregel om fri bevisførsel og fri bevisvurdering, hvilket innebærer at vi i liten grad har skriftlige regler om bevis.<sup>233</sup> Dette illustreres blant annet av at hovedreglene om bevisbyrde og beviskrav i dag ikke er lovfestet.<sup>234</sup>

---

<sup>227</sup> Stumer 2010 s. 17.

<sup>228</sup> Rui 2014 s. 391.

<sup>229</sup> Strandbakken 2003 s. 543.

<sup>230</sup> Hooper og Ormerod 2014 s. 2380 skriver «[...]the duty of passing the judge [...]».

<sup>231</sup> Strandbakken 2003 s. 545.

<sup>232</sup> Hagerup 1892 s. 304. Den første setningen er ikke sitert av Strandbakken.

<sup>233</sup> Strandbakken 2003 s. 61-62.

<sup>234</sup> Andenæs 2004 s. 102 og Fredriksen 2013 s. 275 og 276.



Risikoen for at tvang som ansvarsfrihetsgrunn kan bli et frikort for kriminelle, motvirkes altså i nokså stor grad ved at vi i praksis allerede benytter oss av noe som ligner på *evidential burden*. Tilstedeværelsen av denne praksisen taler altså mot at bevisproblematikken utgjør et argument mot å innføre en prinsipielt god regel.

### 6.5.3.3 Beviskrav

I norsk strafferett er hovedregelen om at tiltaltes skyld må bevises utover en hver rimelig tvil så altoverveiende at det knapt finnes unntak. Et eksempel på at det er gjort unntak fra hovedregelen finner man i spørsmålet om tilregnelighet. I Rt. 1979 s. 143 tok Høyesterett eksplisitt stilling til beviskravet for utilregnelighet;

«Jeg er enig med lagmannen i at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke som når det gjelder spørsmålet om bevis for at tiltalte har begått den handling som er angitt i tiltalebeslutningen. Men jeg er ikke uten videre enig med lagmannen i at en overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig.»<sup>235</sup>

Uttalelsen innebærer at beviskravet når det gjelder tilregnelighet befinner seg et sted mellom sannsynlighetsovervekt og utover en hver rimelig tvil.<sup>236</sup> Høyesterett forholder seg imidlertid taus med hensyn til begrunnelsen for det avvikende beviskravet. Det er derfor naturlig å undersøke om utilregnelighet og tvang har likhetstrekk som tilsier at beviskravet bør være likt for begge.

Om påtalemyndigheten ikke makter å bevise utover en hver rimelig tvil at tiltalte er tilregnelig er konsekvensen at vedkommende stemples som utilregnelig av domstolen. Stadfestelse av gjerningspersonens utilregnelighet jf. strl. § 44 kan enten føre til frifinnelse eller til idømmelse av tvungent psykisk helsevern jf. strl. § 39. Ved overføring til tvungent psykisk helsevern åpnes det for at reaksjonen opprettholdes så lenge det anses nødvendig jf. strl. § 39b. En dom på tvungent psykisk helsevern medfører dermed at gjerningspersonen kan risikere livsvarig innesperring.<sup>237</sup> Det er videre grunn til å anta at det kan ha uheldige konsekvenser for enkelte dersom de anses utilregnelige uten faktisk å være det. Å bli stemplet som utilregnelig kan blant annet tenkes å skape sosiale problemer i tillegg til at det kan

---

<sup>235</sup> Rt. 1979 s. 143 s. 147.

<sup>236</sup> Strandbakken 2003 s. 406. Strandbakken påpeker at det må bevises utover en hver rimelig tvil at tiltalte er tilregnelig, men at det er større rom for usikkerhet enn normalt før tvilen anses rimelig jf. Strandbakken 2003 s. 407.

<sup>237</sup> Strandbakken 2003 s. 404.

utgjøre et problem i arbeidslivet. Man taler normalt om at tvilen kommer tiltalte til gode, men her kan det altså reises spørsmål ved hvilken reaksjon som medfører størst tap for gjerningspersonen.<sup>238</sup> I tvangstilfellene vil konsekvensen av at påtalemyndigheten ikke kan bevise tiltaltes skyld være at vedkommende frifinnes. Da er det altså ikke tvil om hvilket resultat som er til gode for tiltalte. Den særegne situasjonen man har å gjøre med når det gjelder bevistemaet tilregnelighet er ikke sammenlignbar med tvangsspørsmålet når det kommer til beviskravet.

Neste spørsmål blir om det er andre hensyn som tilsier at beviskravet bør endres for tvang. I forbindelse med en vurdering av beviskravene for nødrett og nødverge trekker Strandbakken frem noen generelle argumenter når det gjelder hvilket beviskrav man skal stille; hensynet til fornærmede og uriktig fellende dommer.<sup>239</sup>

Hensynet til fornærmede taler i alminnelighet for at beviskravet senkes for andre straffbarhetsvilkår enn at den objektive handling er bevist utover en hver rimelig tvil.<sup>240</sup> Strandbakken påpeker imidlertid at hensynet til fornærmede ikke kan være bestemmende når det gjelder fastsettelsen av det generelle strafferettslige beviskrav.<sup>241</sup> Når det gjelder vektleggingen av hensynet til fornærmede i nødverge- og nødrettshandlinger, kan det oppstå vesentlig ulikhet i erstatningen. Årsaken er at personen som handlet i nødrett har erstatningsplikt, mens den som opptrådte i nødverge ikke har det jf. skl. § 1-4. Skadeserstatningsloven § 1-4 angir at skadevolder har erstatningsplikt for skade som er lovlig voldt «for å avverge truende fare». Unntaket i § 1-4 andre setning gjelder bare der skaden er voldt på person eller gjenstand som faren truer fra, og kommer altså ikke til anvendelse for tvangstilfellene hvor skaden typisk rammer en annen enn tvangsutøveren. At fornærmede kan få sine økonomiske tap dekket gjør at hensynet ikke kan tillegges særlig vekt i vurderingen av hva beviskravet skal være. Hensynet til fornærmede har dermed samme vekt i nødretts- og tvangsspørsmålene, noe som tilsier at det alminnelige beviskravet opprettholdes.

Så står hensynet som egenhendig begrunner det høye beviskravet i alle straffesaker: Hensynet til å unngå uriktige fellende dommer. Dette taler generelt for et høyt beviskrav i alle straffesaker, også når det gjelder tvang. Mange vil kanskje oppfatte det som et grovere

---

<sup>238</sup> Strandbakken 2003 s. 403 med videre henvisninger.

<sup>239</sup> Strandbakken 2003 s. 418 og 423

<sup>240</sup> Strandbakken 2003 s. 418.

<sup>241</sup> Strandbakken 2003 s. 418 i fotnote 131 med videre henvisning.

overgrep overfor enkeltmennesket å straffes for noe man slett ikke har gjort enn for noe man har gjort, men ikke har skyld i. Dette kan tilsi at beviskravet bør være lavere enn normalt for bevisetemaet fravær av tvang.<sup>242</sup> Det er imidlertid ingen grunn til å tro at den alminnelige rettsfølelsen skiller sterkt mellom nødrett og tvang, hvilket tilsier at det alminnelige beviskravet opprettholdes for tvang som for nødrett.

Om påtalemyndigheten ikke fremlegger tilstrekkelig bevis for at tiltalte ikke er tvunget er den største risikoen at gjerningspersonen faktisk ikke er tvunget og at man har frifunnet en forbryter. Dette er imidlertid er risiko vi som samfunn har sagt oss villige til å ta i forsøket på å hindre justismord.

Samlet synes ikke bevissituasjonen for tvang å være så særegen eller utfordrende at det er naturlig å konkludere med at en endring i beviskravet er nødvendig for at regelen skal kunne praktiseres. Det er i denne sammenheng viktig å påpeke at hverken bevisbyrde- eller beviskravproblematikken er unik for tvangssituasjonen. Eksempelvis kan det være svært vanskelig å bevise at en gjerningsperson ikke har handlet i nødverge eller nødrett. All den tid man ikke har ansett bevisvanskelighetene i nødverge- og nødrettssituasjonen som så problematisk at det har medført endring, er det vanskelig å se at det skal være noen grunn til at tvang behandles på en annen måte. Det er egnet til å bøte på de største problemene knyttet til bevissituasjonen ved tvang at vi i praksis opererer med en slags *evidential burden*.

Etter en vurdering av hensiktsmessigheten og nødvendigheten ved endring av bevisbyrde og beviskrav fremstår ikke bevissituasjonen som så særegen som man kanskje skulle tro ved første øyekast. Det vil alltid være risiko for at mennesker som er fullt ansvarlige for egne handlinger påberoper seg usannheter i rettssalen. Slik er imidlertid vårt system bygget, tiltalte skal gå fri dersom det er sådd rimelig tvil om hvorvidt vedkommende er skyldig.

Konklusjonen er dermed at de praktiske problemene som kan oppstå ved innføringen av tvang som ansvarsfrihetsgrunn ikke synes å være så store at de taler mot innføring av en regel som virker materielt og prinsipielt fornuftig.

---

<sup>242</sup> Strandbakken 2003 s. 418.

## 6.6 Øvrige vilkår

### 6.6.1 Vilkår for hva som utgjør rettslig relevant tvang

Formålet i oppgaven har vært å konsentrere vurderingene om selve tvangssituasjonen og hvordan denne bør håndteres. Virkeområdet til en tvangsregel kan imidlertid ikke alene basere seg på at gjerningspersonen er utsatt for tvang. Det må stilles andre vilkår som gjør at ansvarsfrihetsgrunnen får virkning for dem den er tiltenkt. Vilkårene for hva som bør anses for rettslig relevant tvang behandles i det følgende. Gjennomgangen av de ulike vilkårene blir kort fordi hensikten er å gi et oversiktsbilde over hvilke handlinger det er naturlig å anse for rettslig relevant tvang.

### 6.6.2 At trusselen oppleves som reell og krav til årsakssammenheng

For det første er det klart at situasjonen må fortone seg på en slik måte at gjerningspersonen anser det som en reell fare at tvangsutøveren iverksetter trusselen om ikke det handles i tråd med tvangen. Her som ellers vil man måtte se på omstendighetene og hvordan den som utsettes for tvangen har grunn til å oppfatte situasjonen jf. strl.§ 42. Nært knyttet til tvangen og gjerningspersonens oppfatning av realiteten i trusselen er et krav om årsakssammenheng. Å kreve årsakssammenheng mellom tvangen og det aktuelle lovbruddet er naturlig fordi det ikke gir stor mening å snakke om at man er tvunget til å begå et lovbrudd man ville begått i alle fall. Det er av den grunn logisk å avgrense den rettslig relevante tvangen mot situasjoner hvor gjerningspersonen i tillegg til tvangen har andre motiver for det aktuelle drapet. Et tilsvarende vilkår er oppstilt i engelsk rett.<sup>243</sup> En viss parallell finnes også i strl. § 48 fjerde ledd hvor det kreves at nødvergeoverskridelsen «alene» har funnet sted som følge av en sinnsbevegelse eller bestyrtelse som følger av angrepet.

### 6.6.3 Fravær av alternativ handling

Videre stilles det i strl. § 47 krav om at faren må ha vært «paa anden Maade uafvendelig». Et tilsvarende krav kan være fornuftig å stille også i en eventuell regel om tvang. Dersom den som utsettes for tvangen har et handlingsalternativ som kan medføre mindre skade enn den handling vedkommende tvinges til å gjennomføre, ligger det en forventning i dagens lovgivning om at dette blir valgt. Da skyldprinsippet bygger på at gjerningspersonen både

---

<sup>243</sup> Ormerod 2008 s. 327 og Ormerod og Laird 2015 s. 390 med videre henvisning til avgjørelsen vilkårene er hentet fra.

kunne og burde foretatt en alternativ handling, kan gjerningspersonen altså klandres hvis ikke handlingsalternativet med mindre skaderisiko velges.<sup>244</sup> Det vil også være unaturlig å si at vedkommende er tvunget dersom det forelå et rimelig handlingsalternativ. En forutsetning må imidlertid være at man tar hensyn til situasjonen gjerningspersonen er i når vedkommende stilles overfor alternative handlinger. Årsaken er at en objektiv vurdering av potensielle alternative handlinger i ettertid kan fremstå som urimelig og lite hensiktsmessig. Teoretisk mulige alternativer er dermed ikke interessante når det gjelder plassering av skyld. Tett knyttet sammen med vilkåret om fravær av alternativ handling er kravet om nært forestående realisering av trusselen dersom den straffbare handlingen ikke begås. Årsaken er at det i praksis ofte vil eksistere en form for alternativ handling dersom trusselen ikke vil gjennomføres før etter en viss tid, eksempelvis ved at man kan kontakte politiet.

#### **6.6.4 Fravær av skyld hos gjerningspersonen**

Videre er det naturlig at loven tar stilling til betydningen av gjerningspersonens egen skyld i tvangssituasjonen. Med egen skyld siktes det til tilfeller hvor vedkommende eksempelvis frivillig er blitt en del av en gruppe som driver med utbredt kriminell aktivitet. Et aktuelt eksempel er dem som slutter seg til terrororganisasjoner som jihadistgruppen IS. Slutter man seg til en slik organisasjon, har man utsatt seg selv for en fremtidig potensiell tvangssituasjon. Dette følger av at slike grupper gjerne har en hierarkisk oppbygning og at man ofte må vinne gruppens tillit i tillegg til at denne typen grupper driver utbredt kriminell virksomhet hvor menneskelivet ofte ikke anses like ukrenkelig som i resten av samfunnet.<sup>245</sup>

I den amerikanske MPC seksjon 2.09(2) har man gjort et eksplisitt unntak fra ansvarsfrihetsgrunnen hvis gjerningspersonen uaktsomt har plassert seg i en situasjon hvor det var sannsynlig at en tvangssituasjon kunne oppstå; «The defense provided by this Section is unavailable if the actor recklessly placed himself in a situation in which it was probable that he would be subjected to duress.» En tilsvarende begrensning finnes i engelsk rett ved at «[...] the threat cannot be one that arises from D having voluntarily exposed himself to threats of violence».<sup>246</sup> Tvangsproblematikken rendyrkes ved en slik begrensning i retten til å påberope seg tvang som ansvarsfrihetsgrunn. Det skyldes at man luker vekk situasjonene hvor gjerningspersonen kan sies å ha medvirket til den straffbare handlingen utover å utøve selve

---

<sup>244</sup> Gröning 2014 s. 407.

<sup>245</sup> Dette kommer blant annet til uttrykk i følgende artikkel: Nr.no: «Slik er mc-gjengene organisert»

<sup>246</sup> Ormerod 2008 s. 337.

gjerningen. Når man ser på hensynene som tilsier straffritak eller ansvarsfrihet for handlinger begått under tvang, er det naturlig å gjøre et unntak slik som i både MPC og England.

### 6.6.5 Krav til hva gjerningspersonen trues med

Det er viktig å avgjøre hvor mye som kreves av trusselen før man kan påberope seg tvang med den følge at man går fri for straff. Bare fantasien setter grenser for typen trusler man kan utsettes for, men spørsmålet er hvilke trusler som eventuelt skal anerkjennes av samfunnet som tilstrekkelig tungtveiende til å medføre at gjerningspersonen er fri for ansvar.

Et naturlig første krav er at det tvangsutøveren truer med må være ulovlig. Mennesker fristes og presses av ulike ting. Når det er snakk om tvang som får noen til å begå straffbare handlinger, er det grunn til å tro at de individuelle forskjellene fra menneske til menneske gjør at man føler seg tvunget av ulike forhold. For å besvare hvilken betydning trusselens karakter skal ha, må man komme til bunns i et annet spørsmål, nemlig hvordan tvangen skal vurderes. Er det avgjørende hvordan gjerningspersonen opplever tvangen? I så fall vil tvangsvurderingen være utelukkende subjektiv og avhengig av den enkeltes verdier og tålegrenser. En annen mulighet er at man vurderer hva en alminnelig forstandig person ville opplevd i den situasjonen gjerningspersonen befant seg i. I MPC seksjon 2.09 har man valgt sistnevnte løsning ved at man vurderer om en «person of reasonable firmness» ville klart å motstå tvangen. England har en lignende begrensning ved at man krever at den tvungnes respons på trusselen samsvarer med det som kan forventes av «[...]a sober person of reasonable firmness».<sup>247</sup> I engelsk rett stilles det imidlertid et tilleggskrav om innholdet i trusselen: «there must be a threat of death or serious injury».<sup>248</sup>

De to innfallsvinklene kan gi svært ulike resultater. Et eksempel hvor den subjektive virkningen av tvang får avgjørende betydning er om noen trues med nært forestående ødeleggelse av et verdifullt maleri. En slik trussel kan lamslå én person, mens en annen kan være helt uberørt av trusselen som følge av likegyldighet til maleriets skjebne. Trusselen vil dermed kunne oppleves som så alvorlig for person A at denne ikke opplever å ha et valg, mens person B ikke påvirkes. Om den subjektive opplevelse av trusselen skal være

---

<sup>247</sup> Ormerod 2008 s. 331 og Ormerod og Laird 2015 s. 394.

<sup>248</sup> Ormerod 2008 s. 327 og Ormerod og Laird 2015 s. 390.

avgjørende, kan det føre til at person A vil gå fri for straff, men ikke person B, selv om begge har begått nøyaktig samme straffbare handling.

Om man tar utgangspunkt i en alminnelig forstandig person kan man i denne standarden ta hensyn til hvor høyt samfunnet og rettssystemet setter ulike verdier i vurderingen av om trusler mot dem kan utgjøre kvalifisert tvang. Da blir det i større grad en objektiv vurdering som kanskje er bedre egnet for rettslig behandling enn hva en undersøkelse av den psykologiske virkningen på enkeltmennesker er. I denne sammenheng er det naturlig å se til gjennomgangen av hensynet til psykologien og til den menneskelige feilbarlighet. Særlig argumentene som er trukket frem under behandlingen av gjerningspersonens psykologiske reaksjon på tvangen krever at det man trues med overstiger en viss alvorlighetsgrad. Når man kan bygge en forventning inn i standarden om en alminnelig forstandig person, fremstår det ikke som nødvendig at bestemmelsen oppstiller et tilleggskrav til innholdet i trusselen, slik man har gjort i engelsk rett.

### **6.6.6 Krav til hva trusselen rettes mot**

En mulig begrensning på tvangsregelens virkeområde er hvem trusselen må omfatte for at bestemmelsen kommer til anvendelse. En naturlig første begrensning, som også følger av at man skal vurdere om en alminnelig forstandig person ville motstått tvangen, bør være at trusselen retter seg mot et menneske.<sup>249</sup>

Spørsmålet blir så om det er tilstrekkelig at trusselen var rettet mot et menneske, eller om det skal stilles noen krav til forholdet mellom gjerningspersonen og den trusselen retter seg mot. Som tidligere nevnt varierer andre lands rett på dette området. Tyskland har valgt en versjon hvor ansvarsfrihetsgrunnen kun kommer til anvendelse dersom trusselen retter seg mot gjerningspersonen selv, dennes familie eller nærmeste jf. StGB § 35. I MPC er det kort og godt konstatert at trusselen må rette seg mot gjerningspersonen eller «the person of another» jf. seksjon 2.09. I England har man valgt å si at trusselen må være rettet mot gjerningspersonen, dennes nærmeste familie, noen som står vedkommende nær eller noen gjerningspersonen har rimelig grunn til å oppfatte seg som ansvarlig for.<sup>250</sup>

Gjerningspersonens ansvar synes imidlertid å kunne etableres ved selve trusselen, og vilkåret

---

<sup>249</sup> At trusselen må rette seg mot et menneske synes også å være et krav i Model Penal Code, tysk rett og Roma-vedtektene jf. punkt 4.2.2-4.2.4.

<sup>250</sup> Ormerod 2008 s. 327 og Ormerod og Laird 2015 s. 390.

fremstår av den grunn ikke å utgjøre noen reell begrensning når det gjelder hvem trusselen retter seg mot.<sup>251</sup>

Det psykiske presset i retning av å handle i tråd med tvangen må antas å være spesielt sterkt når gjerningspersonen selv eller noen av dennes nærmeste blir truet. Dersom A tvinger B til å drepe den fremmede C under trussel om at A ellers dreper tre fremmede mennesker, fortøner situasjonen seg annerledes enn om de truede var Bs familie. Likevel dreier det seg utvilsomt om tvang. Forskjellen ligger i at når ens kjente og kjære trues, vil man antagelig gi etter for tvangen for å beskytte det truede godet. I en situasjon hvor noen truer med å drepe tre fremmede med mindre du dreper én fremmed, er det lett å la en utilitaristisk tankegang ta styringen og veie antall menneskeliv mot hverandre. Av den grunn ligner situasjonen med fremmede på begge sider av vektskålen mer på nødrett jf. strl. § 47. En forutsetning i denne sammenheng er imidlertid at strl. § 47 åpner for å veie antall menneskeliv mot hverandre i proporsjonalitetsvurderingen.

Som nevnt har Tyskland stilt et tydelig krav til forholdet mellom gjerningsperson og den trusselen går utover. Samtidig har den tyske forfatningsdomstolen gjort det klart at man ikke kan veie antall menneskeliv mot hverandre da den fastslo at en lovbestemmelse som tillot nedskyting av fly var grunnlovsstridig.<sup>252</sup> Situasjoner hvor det trues med drap av tre fremmede om ikke gjerningspersonen dreper én fremmed, ser dermed som en konsekvens av rettstilstanden ut til å falle mellom to stoler. Situasjonen vil ikke kunne behandles som *Rechtfertigender Notstand* fordi denne ikke åpner for vekting av menneskeliv, og ikke som *Entschuldigender Notstand* fordi tilknytningskravet ikke er oppfylt. Det virker umiddelbart urimelig om akkurat denne gruppen gjerningspersoner ikke skal omfattes av en ansvarsfrihetsgrunn. I jurisdiksjoner hvor situasjoner med fremmede liv på begge sider av vektskålen hverken regnes som straffritaksgrunn eller ansvarsfrihetsgrunn tilsier konsekvensen at man bør la slike tilfeller omfattes av tvangsregelen.

I forarbeidene til straffeloven av 2005 er det trukket frem at «[...] drapet på den ene for å redde de mange kan være unnskyldelig».<sup>253</sup> Dette følges opp med at en slik drapshandling kan

---

<sup>251</sup> Ormerod 2008 s. 330 og Ormerod og Laird 2015 s. 393.

<sup>252</sup> Bohlander 2009 s. 108.

<sup>253</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 205.



bli straffri, men ikke rettmessig, dersom en regel om overskridelse av nødrett innføres.<sup>254</sup> Uttalelsen kan imidlertid tilsi at tilfeller hvor én uskyldig drepes for å redde flere uskyldige ikke omfattes av selve nødrettsregelen. Bestemmelsen om overskridelse av nødrett er imidlertid innført i straffeloven av 2005 § 81. Den aktuelle situasjonen kan dermed føre til straffrihet, men ikke ansvarsfrihet. Fordi situasjonen med fremmede på begge sider av vektskålen vil fanges opp i det norske systemet når straffeloven av 2005 trer i kraft, kan det ikke være et tungtveiende argument mot å innføre en tilknytningsbegrensning i tvangsregelen.

### **6.6.7 Utgjør resultatet av drapet noen forskjell?**

Spørsmålet er om andre omstendigheter enn det at gjerningspersonen har begått drap under tvang skal gis betydning i den strafferettslige håndteringen av lovovertrederen. Mer konkret er det et spørsmål om resultatet av drapet skal tillegges vekt i noen retning. To situasjoner vil i det følgende benyttes for å belyse problemstillingen.

I den første situasjonen tvinges en person til å ta en fremmeds liv under trussel om at vedkommende selv vil bli drept. Det er altså to objektivt like store verdier som står mot hverandre. Forutsetningen er at drapsofferet kunne vært reddet ved at gjerningspersonen ofret sitt eget liv. I realiteten er det altså én person som skal dø, og den tvungnes adferd avgjør hvem den ene skal være.

I den andre situasjonen ville den drepte blitt drept også om gjerningspersonen hadde ofret sitt eget liv ved å motstå tvangen. Denne situasjonen innebærer altså i realiteten at valget står mellom at én eller to personer mister livet.

En utilitaristisk tilnærming til situasjonene tilsier til at det er mindre kritikkverdig å drepe i den andre situasjonen enn i den første. Årsaken til dette er at gjerningspersonen i realiteten redder den ene vedkommende har mulighet til – seg selv. I et samfunnsperspektiv er det bedre om én person dør enn to. Om den tvungne hadde motstått tvangen og latt være å drepe en uskyldig, ville vedkommende i realiteten påført samfunnet større skade enn alternativet hadde medført. Av den grunn kan man kanskje argumentere for at proporsjonaliteten er bedre ivaretatt i denne drapssituasjonen enn i tilfellet hvor den drepte hadde fått leve hvis den

---

<sup>254</sup> Ot. prp. nr. 90 s. 205.

tvungne motstod tvangen. Å si at det er proporsjonalt å ta menneskeliv skurrer likevel noe med hva vi er vant til.

Først er det naturlig å undersøke om ulikheten mellom den første og andre situasjonen har vært tillagt vekt i praksis. Et eksempel på en sak hvor ofrene ville vært drept i alle fall er Erdemović-saken avsagt i Det internasjonale krigsforbrytertribunalet for det tidligere Jugoslavia (ICTY). Erdemović var i tyveårene da han sluttet seg til militæret i Republika Srpska. En julidag i 1995 ble han sammen med flere andre beordret til å drepe sivile mannlige bosnjaker. Da han nektet å gjennomføre ordren fikk han beskjed om at han kunne gi fra seg skytevåpenet og stille seg opp blant mennene slik at de kunne skyte ham også.<sup>255</sup> Erdemović ga etter for tvangen og drepte personlig omtrent 70 menn den dagen.<sup>256</sup> Responsen han mottok i sitt forsøk på ordrenekt gjorde det klart at hans eventuelle ofring av eget liv ikke ville hatt noen innvirkning på de andre mennenes. Saken til Erdemović ble først behandlet i «trial chamber I», så i «appeals chamber» før saken ble endelig avgjort i «trial chamber II». Erdemović ble idømt fem års fengsel og avtjente straffen i Norge.<sup>257</sup>

I Erdemović-saken ble det anført at *duress* kunne utgjøre et forsvar i tilfellene hvor offeret ville blitt drept i alle fall.<sup>258</sup> To av dommerne i Appeals Chamber, McDonald og Vohrah, anser denne anførselen for å være avhengig av en utilitaristisk tankegang og konkluderer som følger under overskriften «Rejection of utilitarianism and proportionality where human life must be weighed»; «In accordance with the spirit of international humanitarian law, we deny the availability of duress as a complete defence to combatants who have killed innocent persons.»<sup>259</sup>

Dommerne synes altså å mene at tvang aldri kan utgjøre en fullstendig ansvarsfrihetsgrunn for militære som har drept sivile, og later til å ha lite sans for argumentet om at man må ta hensyn til om offeret i alle tilfeller ville blitt drept. Videre later det til at dommerne mener at det beste

---

<sup>255</sup> ICTY, Prosecutor v. Erdemovic, Trial Chamber I, 29. november 1996, avsnitt 80.

<sup>256</sup> Krabbe 2014 s. 194.

<sup>257</sup> Icty.org: informasjonsark om Erdemovic-saken, s. 1 og 5.

<sup>258</sup> ICTY, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, joint separate opinion of judge McDonald and judge Vohrah, avsnitt 79.

<sup>259</sup> ICTY, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, joint separate opinion of judge McDonald and judge Vohrah, avsnitt 80.

verktøyet for å håndtere den aktuelle typen saker er straffnedsettelse.<sup>260</sup> Dommerne i ICTY mente altså at offerets sikre skjebne ikke endrer virkeområdet for duress.

At offeret ville endt opp død i alle tilfeller, ble også anført til støtte for å frifinne de tiltalte i Rt. 1950 s. 377.<sup>261</sup> Retten uttalte i denne sammenheng at:

«[...] ved bedømmelsen av de tiltaltes straffeskyld må det etter min mening tillegges stor vekt at det for dem måtte fremstille seg slik at de ved å nekte å lystrø ordre ville ofre sitt liv forgjeves.»<sup>262</sup>

Uttalelsen tilsier at man mener det er en annen grad av moralsk klander som utvises fra gjerningspersonens side enn om valget stod mellom eget og andres liv. Dommerne i den norske Høyesterett synes altså å mene at offerets sikre skjebne bør tillegges til dels stor vekt, selv om straffansvaret ikke opphører. Dommerne i både norsk Høyesterett og ICTY synes med dette å være enige om å anse det som en formildende omstendighet at offeret i uansett ville blitt drept.

Det som til nå er gjennomgått gjør det naturlig å mene at graden av klander avtar eller bortfaller dersom offeret i alle tilfeller ville mistet livet. Selv om det foreligger direkte årsakssammenheng mellom gjerningspersonens handling og offerets død, er ikke gjerningspersonens handling i disse tilfellene nødvendig for å oppnå dødsresultatet. En slik situasjon gjør det lettere å betrakte den umiddelbare gjerningspersonen som et våpen heller enn et selvstendig handlende menneske. Det er også lettere å se for seg at gjerningspersonen vil kunne ha mindre moralske plager i ettertid i en slik situasjon. Ettersom gjerningspersonen egentlig opptrer som redskap og ikke som et selvstendig handlende menneske med reell mulighet til å redde offeret, fremstår handlingen som mindre moralsk klanderverdig. Disse synspunktene tilsier at gjerningspersonen skal dømmes mildere i den andre situasjonen enn i den første.

Det er imidlertid klart at gjerningspersonen faktisk tar livet av noen, selv om vedkommende i alle tilfeller ville blitt drept. I sammenheng med en forarbeidsuttalelse som gir uttrykk for at noen timers forkortelse av den enes liv må anses ubetydelig når det redder de øvrige, skriver

---

<sup>260</sup> ICTY, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, joint separate opinion of judge McDonald and judge Vohrah, avsnitt 81.

<sup>261</sup> Saksforholdet i denne avgjørelsen er gjengitt i punkt 3.1.3.

<sup>262</sup> Rt. 1950 s. 377 s. 379.

Andenæs følgende: «Et drap betyr kvalitativt sett noe annet og mer enn at et menneske mister livet på en annen måte.»<sup>263</sup> Selv om dette ikke er direkte sammenlignbart med foreliggende situasjon, setter Andenæs fingeren på en viktig oppfatning i vårt rettssystem; at drap skiller seg fra de fleste andre forbrytelser simpelthen ved at det er drap. Oppfatningen Andenæs gir uttrykk for kan tilsa at det ikke blir riktig å se på den umiddelbare gjerningspersonen kun som et redskap, nettopp fordi denne faktisk har begått drap. At det er begått drap tilsier derfor at situasjonene ikke skal håndteres ulikt.

Argumentene ovenfor avhenger av at man ser på handlingen fra utsiden og undersøker hva som er mest kritikkverdig av de objektivt konstaterbare skadene.

Man kan også sammenligne de to situasjonene med utgangspunkt i et indre perspektiv – altså gjerningspersonens antatte psykologiske opplevelse av situasjonen. I den andre situasjonen påføres gjerningspersonen egentlig én stor psykisk belastning ved å skulle ta et liv. Dersom det står mellom ditt eget og en fremmeds liv, kan man imidlertid se for seg at det blir tale om to, til en viss grad, separate belastninger. Den ene omfatter selve påkjenningen ved å ta et liv. I tillegg utsettes man for å måtte velge mellom eget og andres liv. Hvis man ser på den psykiske virkningen tvangen har hos gjerningspersonen, kan det å velge hvem som skal leve og dø tenkes å utgjøre en ekstra påkjenning, slik at det samlede presset er størst i dette tilfellet.

Noe av det særegne ved tvangssituasjonen er som tidligere nevnt det psykiske presset gjerningspersonen utsettes for utenfra. Ifølge Perrys psykologiske modell forsvinner deler av evnen til refleksjon i situasjoner hvor en person opplever frykt.<sup>264</sup> At personen i det første tilfellet i tillegg avgjør hvem som skal dø, kan tenkes å utgjøre en ytterligere psykisk påkjenning som kan bidra til å øke gjerningspersonens opplevelse av frykt, og dermed redusere tankeevnen. Det vil ikke samsvare med de bærende hensynene i hverken skyldprinsippet eller gjengjeldelsesteorien å straffe et menneske som er ute av stand til å se handlingsalternativer. Om man fokuserer på den antatte psykologiske opplevelsen av situasjonen, tilsier denne at personen i den første situasjonen skal dømmes mildere enn i den andre situasjonen.

---

<sup>263</sup> Andenæs 1956 s. 165. Forarbeidsuttalelsen trekkes frem i sammenheng med at Andenæs skriver at man i motivene går ut fra at det er lovlig å drepe og spise en av passasjerene i en livbåt etter et skipsforlis.

<sup>264</sup> Teorien presenteres i denne filmen: [youtube.com: SevenSlideSeries: State-dependent Functioning](https://www.youtube.com/watch?v=SevenSlideSeries).

Man ender på den måten opp med en konflikt mellom et indre og et ytre perspektiv. Hensynene som gjør seg gjeldende i de to perspektivene er viktige på hver sin måte, og det virker av den grunn ikke fornuftig å la ett av perspektivene få avgjørende betydning. Videre er gjerningspersonen truet på livet i begge tilfeller, og frykten fremkaller antagelig den samme redselen. Hensynet til gjerningspersonens antatte psykologiske opplevelse av situasjonen taler for ansvarsfrihet i begge tilfeller.<sup>265</sup> Konklusjonen blir derfor at resultatet av tvangen ikke skal ha betydning for om tvangen medfører ansvarsfrihet hos gjerningspersonen.

## 6.7 Rettslige begrensninger

Spørsmålet er så om det eksisterer rettslige begrensninger som medfører at den foreslåtte regelen ikke kan innføres. Som allerede nevnt under punkt 6.1 er det naturlig å spørre om retten til liv kan utgjøre en begrensning. Et skille som kan tenkes å få betydning for om den foreslåtte regelen kolliderer med retten til liv, er grensedragningen mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner. Ved å gjøre noe til en rettmessighetsgrunn har myndighetene, som tidligere forklart, anerkjent adferden som fri for klander. Et forslag om å gjøre tvang til en rettmessighetsgrunn kan av den grunn tenkes å komme i konflikt med retten til liv. Ved å gjøre drap begått under tvang til en rettmessighetsgrunn gir man uttrykk for at handlingen i seg selv ikke er klanderverdig. En unnskyldningsgrunn skaper ikke de samme problemene. Årsaken er at unnskyldningsgrunnene gir uttrykk for at omstendighetene rundt den ellers straffbare handlingen er av en slik karakter at gjerningspersonen ikke bør regnes for å være ansvarlig for det aktuelle lovbruddet. Det har skjedd et brudd på normen som gjerningspersonen ville vært ansvarlig for om det ikke var for de ansvarsfrie omstendighetene. Myndighetene bifaller altså ikke selve drapet, men anerkjenner at omstendighetene gjør at gjerningspersonen fratras ansvaret for handlingen.

EMD synes ikke å ha tatt stilling til om det er noen konflikt mellom EMK art. 2 og en unnskyldningsgrunn som gjelder drap begått under tvang. I lys av tvangssituasjonens likhet med det eksplisitte unntaket i EMK art. 2 og problemet forbundet med å vektlegge retten til liv når det er to liv som står mot hverandre, ser det ikke ut til at retten til liv utgjør noe hinder for medlemslandenes adgang til å gjøre tvang til en unnskyldningsgrunn. At Tyskland har en unnskyldningsgrunn som gjelder for tilfellene hvor noen er utsatt for tvang, og ikke er avskåret

---

<sup>265</sup> Se punkt 6.2

for tilfeller hvor det er begått drap, gir støtte til oppfatningen om at EMK art. 2 ikke utgjør et hinder for den foreslåtte reguleringen.

## 7 Avslutning

Oppgaven har vist at tvang gjør det naturlig å stille spørsmål ved om begrunnelsen for å straffe i det hele tatt gjør seg gjeldende. Fordi tvangen gjennomsyrrer hele den straffbare handlingen blir det for snevert å se på den som bare en del av handlingen. Oppgavens konklusjon er derfor at tvang fortjener selvstendig regulering som unnskyldningsgrunn. Det er forhåpentlig ikke så mange tilfeller hvor mennesker trues på livet til å drepe, men drøftelsen som er foretatt er også ment å ha gyldighet for andre tvangstilfeller. Da nødrettsbestemmelsen i strl. § 47 omfatter situasjoner hvor mennesker utgjør den aktuelle faren vil en ny regel om tvang hovedsakelig være interessant hvor gjerningspersonen forårsaker like stor eller større skade enn det vedkommende trues med. I det følgende skisseres et forslag til utforming av en tvangsregel i straffeloven. Årsaken til at reguleringsforslaget ikke inneholder enda flere vilkår og unntak er at mange av kravene som kunne vært skilt ut én og én i stedet tolkes inn i standarden «en alminnelig forstandig person».

### *§ X: Tvang*

*Ingen skal straffes for handling som er en direkte følge av ulovlig tvang fra et annet menneske dersom trusselen retter seg mot gjerningspersonen eller noen denne har nær tilknytning til, og tvangen er av en slik karakter at en alminnelig forstandig person ikke kan forventes å motstå den.*

*Første ledd kommer ikke til anvendelse dersom gjerningspersonen:*

- a) uaktsomt eller forsettlig har havnet i en situasjon hvor det er sannsynlig at vedkommende vil kunne utsettes for tvang, eller*
- b) ikke har benyttet seg av et rimelig handlingsalternativ.*

# Epilog

Hva vil så den foreslåtte reguleringen av tvang som ansvarsfrihetsgrunn medføre for den fiktive Ole? Det er klart at Oles motivasjon for å drepe den knelende er at han redder sitt eget liv. Drapet er dermed en «direkte følge av» tvangen han utsettes for. Videre er det Ole som trues på livet, og vilkåret om hvem trusselen skal ramme er også oppfylt. Spørsmålet blir så om tvangen er av «en slik karakter at en alminnelig forstandig person ikke kan forventes å motstå den». Ut fra omstendighetene fremstår det som klart at Ole har rimelig grunn til å oppleve trusselen som reell. Av de truslene man selv kan rammes av er det naturlig å regne det å miste livet for den mest alvorlige. Fordi mennesker generelt forventes å ha en selvoppbyggelsesdrift virker trusselen Ole utsettes for å være av en slik karakter at en alminnelig forstandig person ikke kan forventes å motstå den. Situasjonen Ole befinner seg i gjør det videre klart at han hverken kan klandres for å ha havnet i situasjonen eller ikke å ha benyttet seg av rimelig handlingsalternativ. Den foreslåtte reguleringen vil dermed medføre at Ole ikke har pådratt seg straffansvar for drapet.



# Kilder

## Lov

Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven), given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de mai 1814.
strl.	Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10.
Endringslov av 22. februar 1929	Lov 22. februar 1929 nr. 5 om forandringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902.
Landssvikanordningen	Landssvikanordningen 15. desember 1944.
Provisorisk anordning av 3. august 1945	Provisorisk anordning av 3. august 1945 om endring i landssvikanordningen.
skl.	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
strpl.	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
mnskr.	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
sprøyteromsloven	Lov 2. juli 2004 nr. 64 om ordning med lokaler for injeksjon av narkotika (sprøyteromsloven)
strl. 2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
plan- og bygningsloven	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

## Andre lands lover og internasjonale rettskilder

MPC	The Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962.
StGB	Strafgesetzbuch. In der Fassung der Bekanntmachung vom 11. november 1998.
Roma-vedtektene	Den internasjonale straffedomstols vedtekter 17. juli 1998

(Roma-vedtektene)

EMK	Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon).
EMK protokoll 13	Protokoll nr. 13 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, om avskaffelse av dødsstraff under enhver omstendighet, av 3. mai 2002.
SP	De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter.
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.
Menneskerettighetserklæringen	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter. Vedtatt den 10. desember 1948 av De Forente Nasjoners tredje Generalforsamling.

## Norske offentlige dokumenter

Udkast 1896	Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov, 1896, II. Motiver.
Innstilling I	Innstilling fra den av justisdepartementet 11. mai 1922 opnevnte komité til revisjon av straffeloven. Første del. 1925.
NOU 1983:57	NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming Straffelovkommisjonens delutredning I.
NOU 1992:23	NOU 1992:23 Ny straffelov - alminnelige bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V.
NOU 2002:4	NOU 2002:4 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII
NOU 2003:15	NOU 2003:15 Fra bot til bedring Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff
NOU 2014:10	Tilregnelighetsutvalgets utredning, NOU 2014:10 Skyldelne, sakkyndighet og samfunnsvern.
Ot. prp. nr. 26	Ot.prp.nr.26 (1986-1987) Om lov om endringer i straffeloven m m (heving av den kriminelle lavalder)
Ot. prp. nr. 90	Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot. prp. nr. 56	Ot. prp. nr. 56 (2003-2004) Om midlertidig lov om prøveordning med lokaler for injeksjon av narkotika (sprøyteromsordning).
Ot. prp. nr. 8	Ot. prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)
Meld. St. 7	Meld. St. 7 (2010–2011) Kampen mot organisert kriminalitet - en felles innsats
Dok. nr. 16	Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

## Rettspraksis

Rt. 1950 s. 377  
 Rt. 1979 s. 143  
 Rt. 1983 s. 492  
 Rt. 2005 s. 833  
 Rt. 2010 s. 1076

Agder lagmannsrett: LA-2010-44868

G v. United Kingdom 2011, application no. 37334/08.

ICTY, Prosecutor v. Erdemovic, Trial Chamber I, 29. november 1996

ICTY, Prosecutor v. Erdemovic, Joint separate opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Appeals Chamber, 7 October 1997.

## Litteratur

Ambos 2013	Ambos, Kai: <i>Treatise on international criminal law, Foundations and General Part, Volume 1</i> . Oxford: Oxford university press, 2013.
American Law Institute 1985	American Law Institute: <i>Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments) part 1 general provisions §§ 1-01 to 2.13</i> . Philadelphia: The American Law Institute, 1985.
Andenæs 1956	Andenæs, Johs.: <i>Alminnelig strafferett</i> , 2. rev. utg. Oslo: Akademisk Forlag, 1956.
Andenæs 1971	Andenæs, Johs.: ”Etiske problemer ved almenprevensjonen”, <i>Festskrift til Stephan Hurwitz</i> , 1971 s. 31-54.

- Andenæs 1974                      Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*, Oslo: Universitetsforlaget, 1974.
- Andenæs 2004                      Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Andenæs 2009                      Andenæs, Johs.: *Norsk straffeprosess*, 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Andorsen 1996                      Andorsen, Kjell V.: “Den onde vilje – eller har vi ingen vilje?” *Kritisk juss* 1996, s. 112-126.
- Andorsen 1999                      Andorsen, Kjell V.: *Strafferettslig nødrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 1999.
- Bernt og Mæhle 2007              Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle: *Rett, Samfunn og Demokrati*, Bergen: Gyldendal Akademisk, 2007.
- Bibelen                                Det Hellige Skrift: Bibelen: Det gamle og Det nye testamente. Oversettelse 1978. Oslo: Det norske Bibelselskaps forlag, 1979.
- Bogdan 2003                        Bogdan, Michael: *Komparativ Rättskunskap*, andra upplagan. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2003.
- Bohlander 2009                    Bohlander, Michael: *Principles of german criminal law*. Portland: Hart Publishing, 2009.
- Bratholm 1980                      Bratholm, Anders: *Strafferett og samfunn: alminnelig del*. Oslo: Universitetsforlaget, 1980.
- Brett 1963                            Brett, Peter: *An Inquiry Into Criminal Guilt*. London: Sweet & Maxwell Limited, 1963.
- Dressler 1989                      Dressler, Joshua: “Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for Its Proper Limits”, *Southern California Law Review*, Vol. 62, Issue 5 (July 1989), pp. 1331-1386.
- Dressler 2011                      Dressler, Joshua: *Duress*, i *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, John Deigh og David Dolinko (red.) Oxford: Oxford University Press 2011, s. 269-299.
- Duus Otterström 2009            Duus Otterström, Göran: “Straff som retribusjon”, *Minerva* nr. 2, 2009. Tilgjengelig på: <http://www.minervanett.no/straff-som-retribusjon/> (sist besøkt: 31.5.2015)
- Egidius 2008                        Egidius, Henry: *Psykologisk leksikon*. Oversatt av Johan Rygge og Tone M. Andersen. Oslo: Utgitt ved Aschehoug & Co, 2000.
- Eskeland 2013                      Eskeland, Ståle: *Strafferett*, 3. Utgave. Oslo: Cappelen Damm

- akademisk, 2013.
- Fredriksen 2013 Fredriksen, Steinar: *Innføring i straffeprosess*, 3. utgave. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2013.
- Frøberg og Torgersen 2012 Frøberg, Thomas og Runar Torgersen: “Noen kommentarer til Jørn RT Jacobsens artikkel «Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære»”, *Tidsskrift for strafferett* 2012, s. 184-205.
- Gröning 2014 Gröning, Linda: “Tilregnelighet og utilregnelighet: Begreper og regler”. Artikkelen utgjør vedlegg 1 til NOU 2014:10, s. 404-426.
- Hagerup 1892 Hagerup, Francis: *Forelæsninger over Den norske straffeproses*. Kristiania: H. Aschehoug & Co, 1892.
- Hagerup 1911 Hagerup, Francis: *Strafferettens almindelige del*. Kristiania: Aschehoug, 1911.
- Hagerup 1916 Hagerup, Francis: *Almindelig borgerlig straffelov*. Kristiania: Aschehoug, 1916.
- Hanneborg 1975 Hanneborg, Bente og Knut: *Filosofisk Ordbok*. Oslo: Johan Grundt Tanum Forlag, 1975.
- Harris, O’Boyle og Bates 2014 Harris, David; Michael O’Boyle og Ed Bates: *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 3. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Hart 1968 Hart, H. L. A.: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- Hauge 1996 Hauge, Ragnar: *Straffens begrunnelser*. Oslo: Universitetsforlaget, 1996.
- Hooper og Ormerod 2014 Hooper, Sir Anthony og David Ormerod: *Blackstone’s Criminal practice 2014*, Oxford: Oxford University Press: 2013.
- Horder 1998 Horder, Jeremy: “Self-Defence, Necessity and Duress: Understanding the Relationship”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 11, 1998, s. 143-165.
- Hurwitz 1952 Hurwitz, Stephan: *Den danske kriminalret: almindeling del*. København: G.E.C. Gads Forlag, 1952.
- Husabø 1999 Husabø, Erling Johannes: *Straffansvarets periferi: medverking, forsøk, førebuing*. Bergen: Universitetsforlaget, 1999.
- Jacobsen 2004 Jacobsen, Jørn RT: “Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad”. *Tidsskrift for Strafferett*, nr. 4/2004, s. 394-438.

- Jacobsen 2009 Jacobsen, Jørn RT: "Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi?" *Tidsskrift for Strafferett*, nr. 1/2009 s. 43-74.
- Jacobsen 2012 Jacobsen, Jørn RT: "Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære", *Tidsskrift for Strafferett*, nr. 1/2012, s. 5-25.
- Jahre og Holmboe 2012 Jahre, Hans-Petter og Morten Holmboe: "Alderen som objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen?" *Lov og Rett* 10/2012 s. 579-597.
- Kinander 2013 Kinander, Morten: "Straffens begrunnelse og begrep i norsk rett – en kritikk", *Jussen Venner* nr. 3, 2013, s. 155-192.
- Kjølbrot 2010 Kjølbrot, Jon Fridrik: *Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – for praktikere*, 3. utgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.
- Krabbe 2014 Krabbe, Maartje: *Excusable Evil: An Analysis of Complete Defences in International Criminal Law*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- Mathiesen 2007 Mathiesen, Thomas: *Kan fengsel forsvares?* Oslo: Pax forlag, 2007.
- Merryman 1985 Merryman, John Henry: *The civil law tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Second edition. California: Stanford University Press, 1985.
- Mæland 2012 Mæland, Henry John: *Norsk alminnelig strafferett*. Bergen: Justian, 2012.
- Ormerod 2008 Ormerod, David: *Smith and Hogan: Criminal law*, 12. utgave. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Ormerod og Laird 2015 Ormerod, David og Karl Laird: *Smith and Hogan's criminal law*, 14. Utgave. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Platon 1999 Platon: *Samlede verker*, Bind 1. Oslo: Vidarforlagets Kulturbibliotek, 1999.
- Risacher 2014 Risacher, Benjamin J.: "No Excuse: The Failure of the ICC's Article 31 "Duress" Definition", 89 *Notre Dame L. Rev.*, 2014, s. 1403-1426.
- Rui 2014 Rui, John Petter: "Straffeprosessen i perspektiv", *Jussens Venner* 06/2014 s. 382-443.
- Schaanning 1994 Schaanning, Espen: *Den onde vilje: En kriminal-filosofisk pamflett*. Oslo: Spartacus forlag, 1994.
- Solem 1945 Solem, Erik: *Landssvikanordningen (prov. anordn. av 15.desbr. 1944 med tillegg) med kommentarer*. Oslo: Tanum, 1945.

- Strandbakken 2003 Strandbakken, Asbjørn: *Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»*. Bergen: Fagbokforlaget, 2003.
- Stumer 2010 Stumer, Andrew: *The presumption of innocence: evidential and human rights perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2010.
- Sunde 2010 Sunde, Jørn Øyrehagen: *Speculum Legale: rettsspegele*. Bergen: Fagbokforlaget, 2010.
- Tuori 1999 Tuori, Kaarlo: "Från ideologikritik til kritisk positivism". Oversatt fra finsk av Lenita Häggblom. *Retfærd* nr. 85, 22. årgang, 1999, nr. 2, s. 5-18.
- Tuori 2002 Tuori, Kaarlo: *Critical Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate, 2002.
- Van Sliedregt 2012 Van Sliedregt, Elies: *Individual criminal responsibility in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Wechsler 1968 Wechsler, Herbert: "Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code", *Columbia Law Review*, vol. 68, No. 8, 1968, s. 1425-1456.
- Westen og Mangiafico 2003 Westen, Peter og James Mangiafico: "The Criminal Defense of Duress: A Justification, Not an Excuse – And Why It Matters", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 6, No. 2 (January 2003) pp. 833-950.
- Zweigert og Kötz 1998 Zweigert, Konrad og Hein Kötz: *Introduction to comparative law*. Tredje utgave. Oversatt fra tysk av Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1998.

## Referanser på Internett:

- Signo.no: «Om Fritz Moen» <http://www.signo.no/Fritz-Moens-forskningsfond/Om-Fritz-Moen/> (Sist besøkt: 31.5. 2015)
- Icty.org: informasjonsark om Erdemovic-saken [http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/cis/en/cis\\_erdemovic\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/cis/en/cis_erdemovic_en.pdf) (Sist besøkt: 31.5. 2015)
- Nrk.no: «Slik er mc-gjengene organisert» <http://www.nrk.no/norge/slik-er-mc-gjengene-organisert-1.7496857> (Sist besøkt: 31.5.2015)
- Youtube.com: SevenSlideSeries: State-dependent Functioning <https://www.youtube.com/watch?v=1uCn7VX6BPQ> (Sist besøkt: 31.5.2015)