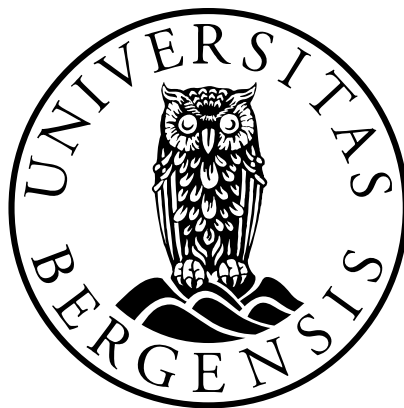


# **Straffebudenes rettsstridsreservasjon**

*Noen hovedpunkter om materiell atypisitet*

Kandidatnummer: 198611

Antall ord: 14 990



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.14

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning</b> .....	<b>2</b>
<b>1.1. Hovedproblemstilling</b> .....	<b>2</b>
<b>1.2. Historikk</b> .....	<b>4</b>
<b>1.3. Rettskildebruk</b> .....	<b>6</b>
<b>1.4. Nærmere avgrensinger</b> .....	<b>6</b>
<b>2. Tilnærminger til rettsstridsbegrepet</b> .....	<b>7</b>
<b>2.1. Innledning</b> .....	<b>7</b>
<b>2.2. Materielt og formelt rettsstridsbegrep</b> .....	<b>7</b>
<b>2.3. Rekkevidden av rettsstridsbegrepet</b> .....	<b>8</b>
<b>3. Formelle og materielle grenser for straffansvaret</b> .....	<b>13</b>
<b>4. Utgangspunkter for vurderingen</b> .....	<b>16</b>
<b>5. Grunner som kan utelukke materiell typisitet</b> .....	<b>18</b>
<b>5.1. Innledning</b> .....	<b>18</b>
<b>5.2. Handlefrihetens grenser</b> .....	<b>20</b>
5.2.1. Utgangspunkt .....	20
5.2.2. Handlingstypens art .....	22
5.2.3. Handlingens omfang .....	26
5.2.4. Handlingens grovhet .....	26
5.2.5. Handlingens formål .....	27
5.2.6. Forholdet mellom dem handlingen berører .....	31
5.2.7. Fornærmedes eget forhold .....	34
<b>5.3. Den vernede interesse</b> .....	<b>34</b>
<b>5.4. Effektivitetshensyn</b> .....	<b>37</b>
<b>5.5. Rettssikkerhetshensyn</b> .....	<b>39</b>
<b>5.6. Forutberegnelighetshensyn</b> .....	<b>40</b>
<b>5.7. Hensynet til konkret rimelighet</b> .....	<b>41</b>
<b>6. Forholdet mellom materiell atypisitet og uaktsomhetsnormen</b> .....	<b>43</b>
<b>7. Noen prosessuelle spørsmål</b> .....	<b>45</b>
<b>8. Avsluttende refleksjoner</b> .....	<b>46</b>
<b>Litteraturliste og kildetilvisninger</b> .....	<b>51</b>
<b>Litteratur</b> .....	<b>51</b>
<b>Lover</b> .....	<b>53</b>
<b>Forarbeider og offentlige dokumenter</b> .....	<b>54</b>
<b>Konvensjoner</b> .....	<b>55</b>
<b>Rettspraksis</b> .....	<b>55</b>
Høyesterett.....	55
Rettspraksis fra underordnede instanser .....	55
Utenlandsk rettspraksis.....	55

# 1. Innledning

## 1.1. Hovedproblemstilling

«Ingen kan dømmast utan etter lov [...]» lyder Grunnlova § 96 første ledd.<sup>1</sup> Bestemmelsen knesetter et strafferettslig legalitetsprinsipp: Straffbarheten er betinget av at handlingen er kriminalisert ved lov. Bestemmelsen innebærer også et krav til lovgiver om at beskrivelsen av det straffbare forhold må utformes med en presisjon som i rimelig grad gjør det mulig for borgeren å forutse hvilken adferd som er straffbar (*klarhetskravet*).<sup>2</sup>

I norsk rett benyttes en syntetisk lovgivningsmetode, hvor straffebudene blir utformet generelt med tanke på å ramme et ubestemt antall av enkelttilfeller.<sup>3</sup> Holdt opp mot klarhetskravet har lovgiver særlige utfordringer på strafferettens område. Har lovgiver forsømt seg med utformingen av straffebudet, kan åpenbart straffverdige handlinger likevel gå klar av straffebudet.<sup>4</sup> Motsatt: Er utformingen av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet for vid, kan handlinger som ikke er ment å skulle være straffbare likevel bli omfattet av gjerningsbeskrivelsen. Det kan dermed oppstå en forskjell mellom lovgivers språklige utforming av gjerningsbeskrivelsen, og straffebudets tilsiktede rekkevidde.

For å bøte på problemet med en for vid gjerningsbeskrivelse, har lovgiver i flere straffebud oppstilt en reservasjon: Handlingen må være *rettsstridig*. Rettsstrid innebærer at handlingen strider mot rettsordenen, og står i motsetning til rettmessighet.<sup>5</sup> Rettsstrid er blant annet inntatt som vilkår i sentrale bestemmelser om underslag og bedrageri.<sup>6</sup> Rettsstridsvilkår blir også benyttet i spesiallovgivning.<sup>7</sup> Loven bruker ikke nødvendigvis formuleringen rettsstrid.

---

<sup>1</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnlova).

<sup>2</sup> Strandbakken (2004) s. 191 flg.

<sup>3</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 214.

<sup>4</sup> Illustrerende er Rt. 1952 s. 989 og Rt. 2012 s. 1211.

<sup>5</sup> Andenæs (2004) s. 156.

<sup>6</sup> Lov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven) §§ 255 og 270 / Lov nr. 28/2005 om straff (straffeloven 2005) §§ 324 og 371. Lovene omtales i det følgende som henholdsvis straffeloven 1902 og straffeloven 2005.

<sup>7</sup> Se blant annet lov 5. desember 1947 nr. 1 om boikott (boikottloven) § 5 og lov 21. november 1952 nr. 3 om tjenesteplikt i politiet (polititjenestepliktloven) § 7.

Liknende karakteristikk forekommer også, slik som «utilbørlig» eller «uforsvarlig».<sup>8</sup> Reservasjonene innebærer at det ikke er meningen å ramme alle de tilfeller som ellers ville gå inn under beskrivelsen i straffebudet.<sup>9</sup>

Også i de tilfeller hvor lovteksten ikke oppstiller et vilkår om rettsstrid, er det sikker rett at det etter omstendighetene kan foreligge en rettsstridsbegrensning, jf. Rt. 2008 s. 1491. Med andre ord må ethvert straffebud tolkes som om rettsstrid var et vilkår.<sup>10</sup> En forsøker da å se om lovens ordlyd (formell typisitet) er i tråd med hva som må være lovens mening. Dette omtales gjerne som et krav om *materiell typisitet*.<sup>11</sup> I norsk rettspraksis og juridisk teori er det vanlig å henføre materiell typisitet under betegnelsen «den alminnelige rettsstridsreservasjon», se for eksempel Rt. 2011 s. 1 (avsnitt 30).

I denne oppgaven vil jeg behandle noen hovedpunkter om *materiell atypisitet*, dvs. de tilfeller hvor det ikke kan ha vært lovgivers mening å ramme handlinger som språklig sett faller inn under gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Jeg vil først nevne historikk, rettskildebruk og avgrensninger (punktene 1.2 til 1.4). Deretter vil jeg drøfte tilnærminger til rettsstridsbegrepet, og formelle og materielle grenser for straffansvaret (punktene 2 og 3). Jeg vil så redegjøre for utgangspunkter knyttet til vurderingen av om materiell typisitet foreligger (punkt 4), og drøfte grunner som kan tilsi at en handling er atypisk (punkt 5). Videre vil jeg se på forholdet mellom materiell atypisitet og uaktsomhetsnormen (punkt 6), samt kort behandle noen prosessuelle spørsmål som kan oppstå (punkt 7). Endelig vil jeg gi noen avsluttende refleksjoner (punkt 8).

---

<sup>8</sup> Se for eksempel straffeloven 1902 §§ 276a og 283.

<sup>9</sup> Andenæs (2004) s. 155.

<sup>10</sup> Hagerup (1911) s. 229–230, Bratholm (1980) s. 89 og Andenæs (2004) s. 155. Straffebudene i straffeloven 2005 må tolkes på samme måte, jf. Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 22.

<sup>11</sup> Andenæs (1942) s. 196, Agge (1964) s. 328–330, Høgberg (2000) s. 636–637, og Toftegaard Nielsen (2013) s. 42–43.

## 1.2. Historikk

Mot slutten av 1800-tallet fremsatte Goos i Danmark og Getz i Norge sine nært beslektede teorier om rettsstrid. Teoriene var utviklet uavhengig av hverandre,<sup>12</sup> og kalles gjerne for *den nordiske rettsstridslæren*.<sup>13</sup> Læren gikk i hovedtrekk ut på at kun rettsstridige handlinger kunne medføre straffansvar, og rettsstridig var handlingen om den overskred rettsordenens grenser for handlefriheten.<sup>14</sup> Med andre ord ble det et spørsmål om handlingen objektivt sett var forsvarlig.<sup>15</sup> Dette ville bero på en interesseavveining mellom handlefrihet og kravet om respekt for andres goder eller rettigheter.<sup>16</sup>

Læren ble i utgangspunktet kun utviklet av Goos for handlinger som skadet eller truet de ytre selvstendige rettsgoders integritet. Flere forkjempere for læren utvidet den imidlertid til å gjelde alle straffbare handlinger.<sup>17</sup> I sin lærebok skrev Hagerup at:

*«[d]et fælles for [reglene om rettsstrid] er nemlig, at de optrækker visse grænser for den individuelle handlefrihed og derunder søger at afveie de krydsende interesser, som de forskjellige retssfærer knytter sig til en handlings foretagelse eller undlatelse.»*<sup>18</sup>

I ettertid er det blitt sagt de juridiske forfatterne forsøkte å oppstille et *materielt rettsstridsbegrep*, gjennom å identifisere felles innholdsmessige kriterier for alle rettsstridige handlinger.<sup>19</sup>

Handlingens rettsstridighet ble tradisjonelt oppfattet som et objektivt vilkår, uavhengig av skyld eller tilregnelighet hos den handlende.<sup>20</sup> Mot dette opponerte Ragnar Knoph, som i sin doktorgrad konkluderte med at læren om at rettsstrid alltid var objektivt ikke kunne opprettholdes.<sup>21</sup> Knoph var tvilende til om det

---

<sup>12</sup> Ussing (1949) s. 22.

<sup>13</sup> Se blant annet Agge (1964) s. 331.

<sup>14</sup> Ussing (1949) s. 23.

<sup>15</sup> Ussing (1949) s. 24–25.

<sup>16</sup> Ross (1951) s. 206 og 217.

<sup>17</sup> Ussing (1949) s. 30 og 47.

<sup>18</sup> Hagerup (1911) s. 232. Se også Torp (1905) s. 252 flg.

<sup>19</sup> Frøberg (2012) s. 3.

<sup>20</sup> Hagerup (1911) s. 232 og Ussing (1949) s. 23.

<sup>21</sup> Knoph (1921) s. 273 flg.

overhodet kunne påvises et tilfelle hvor handlingens rettsstridighet utelukkende var bestemt objektivt, og uten hensyn til handlingsmannens individualitet og subjektive forhold.<sup>22</sup>

Den nordiske rettsstridslæren fikk stor tilslutning i samtiden. Senere ble den derimot utsatt for sterk kritikk.<sup>23</sup> Kritikerne tok til ordet for et *formelt rettsstridsbegrep*.<sup>24</sup> Kritikken mot rettsstridsbegrepet ble delvis tatt til følge ved utarbeidelsen av den nye straffeloven av 2005. Uttrykket «rettsstrid» ble bevisst unngått av Straffelovkommisjonen ved utarbeidelsen av lovens alminnelige del.<sup>25</sup>

Fremfor for å innta rettsstridsreservasjoner i enkelte av straffebudene, foreslo straffelovkommisjonene en generell bestemmelse om at alle straffebestemmelser måtte tolkes med det for øye at det kunne foreligge særskilte omstendigheter som innebar at straffebudet måtte tolkes innskrenkende.<sup>26</sup> Meningen var å kodifisere den alminnelige rettsstridsreservasjon. Selv om departementet erkjente at det også etter den nye straffeloven måtte innfortolkes rettsstridsreservasjoner, ble bestemmelsen utelatt fra loven. Begrunnelsen var dels at en generell bestemmelse kunne gi et inntrykk av at dommeren stod friere i rettsanvendelsen enn hva som faktisk var realiteten, og dels at man ikke ønsket å lovfeste tolkningsprinsipper.<sup>27</sup>

Ved utarbeidelsen av den spesielle del valgte likevel departementet å innta rettsstrid som vilkår i enkelte straffebestemmelser. Årsaken var en erkjennelse av at selv om det ble lagt ned mye arbeid i den språklige utformingen av lovteksten, var det ikke til å unngå at enkelte bestemmelser ville bli utformet slik at de etter omstendighetene kunne favne noe for vidt.<sup>28</sup> Et vilkår om rettsstrid ble derfor inntatt i enkelte bestemmelser som et varsko for rettsanvenderen om at enkelte bestemmelser kanskje må tolkes innskrenkende.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> Knoph (1921) s. 276.

<sup>23</sup> Særlig kjent er kritikken fra Andenæs (1942) s. 170–220 og Ross (1951) s. 205–231. Se også Agge (1964) s. 330–334.

<sup>24</sup> Se nedenfor under punkt 2.2.

<sup>25</sup> NOU 1992:23 s. 110–111.

<sup>26</sup> NOU 2002:4 s. 475, jf. s. 220 og NOU 1992:23 s. 279, jf. s. 111.

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 214–216.

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 22.

<sup>29</sup> Se punkt 2.3.

### **1.3. Rettskildebruk**

Opgaven vil primært basere seg på norsk alminnelig juridisk metode, men drøftelsene vil også ha en side til mer overordnet strafferettslig systematikk. Ettersom spørsmål om materiell atypisitet gjerne er noe som først oppstår i den konkrete sak, er rettspraksis en meget sentral rettskilde. Straffeloven av 1902 vil (forhåpentligvis) snart bli avløst av straffeloven av 2005. Selv om den nye straffeloven enda ikke har trådt i kraft, vil forarbeidene være av relevans for drøftelsene da de i stor grad gir uttrykk for hva som er gjeldende rett, også etter straffeloven 1902.<sup>30</sup>

Som historikken viser, har rettsstridslæren et nordisk opphav. Enkelte steder vil det derfor være naturlig å vise til nordisk strafferettslig litteratur. Fordi utgangspunktet for den nordiske rettsstridslæren er tilnærmet likt, vil disse drøftelsene også ha relevans for norsk rett.

### **1.4. Nærmere avgrensinger**

En naturlig konsekvens av den problemformuleringen som er angitt i punkt 1.1, sammenholdt med oppgavens ramme, er at det kun er anledning til å se på enkelte hovedpunkter ved materiell typisitet og forsøke å påpeke sammenhenger i den alminnelige strafferett. Fremstillingen retter seg først og fremst mot de tilfeller hvor loven ikke angir et rettsstridsvilkår. Straffebud hvor loven selv angir en reservasjon vil ikke bli behandlet, med mindre disse også har relevans på et mer generelt grunnlag.

---

<sup>30</sup> På enkelte steder taler likevel forarbeidene om et snevrere rettsstridsbegrep enn hva som er vanlig under straffeloven 1902, se nærmere under punktene 2.3 og 8.

## 2. Tilnærminger til rettsstridsbegrepet

### 2.1. Innledning

Uttrykket «rettsstrid» kan fremstå som vagt. I noen sammenhenger kan rettsstrid hen vise til at rettsregler utenfor straffeloven begrenser rekkevidden av straffebudet. I andre sammenhenger kan rettsstrid hen vise til fraværet av en straffrihetsgrunn. Sikkert er det uansett at rettsstrid etter norsk rett omfatter det vi kan kalle materiell typisitet.<sup>31</sup> For å få en litt bedre forståelse av materiell atypisitet, er det derfor hensiktsmessig å først se litt nærmere på rettsstridsbegrepet.

### 2.2. Materielt og formelt rettsstridsbegrep

Det finnes, som nevnt, to tradisjonelle tilnærminger til rettsstridsbegrepet. Den ene tilnærmingen er å operere med et *materielt* rettsstridsbegrep, hvilket innebærer at det oppstilles grenser mellom hva rettsordenen objektivt sett tillater og hva den forbyr.<sup>32</sup> Forsøk på å oppstille et materielt rettsstridsbegrep ble sterkt kritisert.<sup>33</sup> En del av kritikken handlet om begrepets (manglende) betydning, gjerne betraktet som et unødvendig bindeledd uten egenverdi som man like godt kunne klare seg uten.<sup>34</sup> I en spissformulering uttalte Andenæs at:

*«For den menige jurist står rettsstridsbegrepet fremdeles hyllet i en klam tåke av uklarhet og metafysikk. I sin daglige gjerning unngår han det som regel mest mulig, og griper helst til det når han er lens for reelle argumenter.»<sup>35</sup>*

Den hardeste kritikken gikk likevel på om det i det hele tatt var mulig å oppstille et materielt rettsstridsbegrep. Denne tanken ble forkastet av både Andenæs og Ross.<sup>36</sup> Begrunnelsen var i hovedsak at det ikke var mulig å påvise noen mer konkret egenskap eller betingelser for alle rettsstridige handlinger. Det ville

---

<sup>31</sup> Aasen (2000) s. 293.

<sup>32</sup> Frøberg (2012) s. 2. For eksempler, se Hagerup (1911) s. 231–232 og Torp (1905) s. 246.

<sup>33</sup> Andorsen (1999) s. 16 og Frøberg (2012) s. 3 med videre henvisninger.

<sup>34</sup> Ross (1951) s. 208–211.

<sup>35</sup> Andenæs (1942) s. 173.

<sup>36</sup> Andenæs (1942) s. 188 flg. og Ross (1951) s. 230.



derfor ikke være mulig å fastslå ut fra en objektiv målestokk om en handling var rettsstridig; en allmenngyldig grense mellom rett og galt eksisterte ikke. Rettsstridighet ville derfor bero på en konkret tolking av den aktuelle lovbestemmelsen.<sup>37</sup>

Ross og Andenæs mente at rettsstridslæren i realiteten var en behandling av visse tolkingsspørsmål som kunne oppstå ved avgrensningen av ansvarsgrunnlaget.<sup>38</sup> Rettsstrid er altså ikke et selvstendig vilkår, men en betegnelse på det resultatet som bestemte regler gir anvisning på.<sup>39</sup> Dette blir gjerne omtalt som et *formelt rettsstridsbegrep*.<sup>40</sup> Uttalelser i forarbeidene tyder på at straffelovkommisjonene la til grunn et formelt rettsstridsbegrep ved utarbeidelsen av straffeloven 2005.<sup>41</sup> For å unngå faren mellom å blande det formelle og det materielle rettsstridsbegrepet, anbefalte Andenæs at en burde la være å benytte seg av uttrykket «rettsstrid».<sup>42</sup> Denne anbefalingen er også fulgt av nyere lærebøker i strafferett.<sup>43</sup>

### **2.3. Rekkevidden av rettsstridsbegrepet**

Rettsstridsbegrepet kan forstås både vidt og snevert. Forskjellen beror på hvilke omstendigheter begrepet skal omfatte, slik som blant annet innskrenkende fortolkning, den tillatte risiko, negativ gjerningsmomenter osv.<sup>44</sup> Dette er uavhengig av sontringen mellom et materielt og formelt rettsstridsbegrep, som beror på om det er mulig å påvises forskjeller knyttet til handlinger av faktisk art som kan avgjøre om en handling er rettsstridig eller ikke.

Straffeloven 1902 har et nokså vilkårlig forhold til hvor rettsstridsuttrykket er benyttet i straffeloven.<sup>45</sup> Uttrykket er også brukt i flere betydninger, med det resultat at rettsstridsvilkåret må undergis en konkret tolking for hvert enkelt

---

<sup>37</sup> Ross (1951) s. 213 flg.

<sup>38</sup> Andenæs (1942) s. 175–181 og Ross (1951) s. 230–231.

<sup>39</sup> Frøberg (2012) s. 3.

<sup>40</sup> Andorsen (1999) s. 52.

<sup>41</sup> NOU 2002:4 s. 221, jf. NOU 1983:57 s. 122

<sup>42</sup> Andenæs (1942) s. 197–198 og Andenæs (2004) s. 157.

<sup>43</sup> Slettan/Øie (1997) s. 79–80, Mæland (2012) s. 96 og Eskeland (2013) s. 162.

<sup>44</sup> Andorsen (1999) s. 58 flg.

<sup>45</sup> Hagerup (1911) s. 230.

straffebud.<sup>46</sup> I forarbeidene til straffeloven 2005, synes departementet å ha et mer bevisst forhold til uttrykksbruken. Det uttales at «rettsstridig» vil bli benyttet for å markere at det er spesielt nærliggende å tolke straffebestemmelsen innskrenkende fordi straffansvaret ellers kan rekke lenger enn lovgiverne tilsiktet. Uttrykket er forutsatt brukt med varsomhet, og det vil ikke lenger henviser til regler utenfor straffeloven som kan være avgjørende for hvor langt straffansvaret rekker.<sup>47</sup> Fraværet av et lovfestet rettsstridsvilkår er likevel ikke til hinder for at en rettsstridsreservasjon etter omstendighetene kan innfortolkes i straffebudet.<sup>48</sup>

Høyesterett og juridisk litteratur legger tradisjonelt til grunn et vidt rettsstridsbegrep.<sup>49</sup> Et vidt rettsstridsbegrep henviser for det første til objektive straffrihetsgrunner, som eksempelvis nødrett eller nødverge. For det andre kan det henviser til at rettsanvenderen etter en innskrenkende fortolkning kommer til at handlingen ikke bør være straffbar, selv om den skulle oppfylle en alminnelig forståelse av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. I realiteten blir kravet om rettsstrid et forbehold om at disse omstendighetene ikke foreligger.<sup>50</sup> At begrepet benyttes i to sammenhenger kalles gjerne rettsstridens dobbelte funksjon.<sup>51</sup> En snevrere forståelse av rettsstridsbegrepet vil typisk henviser til en av disse funksjonene. Forarbeidene til straffeloven 2005 tyder på at det er først og fremst en innskrenkende tolkning et rettsstridsvilkår vil sikte til.<sup>52</sup>

Det kan etter omstendighetene være en viss tvil om det foreligger en straffrihetsgrunn eller om et straffebud skal tolkes innskrenkende.<sup>53</sup> En modell som kan illustrere rettsstridsbegrepets dobbelte funksjon, vil kunne se slik ut:



<sup>46</sup> Eskeland (2013) s. 152–154.

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 22. Etter mitt syn er dette uheldig, se punkt 8.

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 22.

<sup>49</sup> Andorsen (1999) s. 54–56 med videre henvisninger.

<sup>50</sup> Waaben (1997) s. 48.

<sup>51</sup> Waaben (1997) s. 49 og Mæland (2012) s. 133.

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 106–107 og Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 22.

<sup>53</sup> Andenæs (2004) s. 153 og Mæland (2012) s. 94.

Av modellen ser vi at rettsstrid dekker fullt ut vilkåret om fravær av en straffefrihetsgrunn. At det også dekker litt av vilkåret om overtredelse av et straffebud, skyldes en flytende grense mellom vilkårene. Holder vi på rettsstridsbegrepets dobbelte funksjon, vil det omfatte innskrenkende fortolkning. Rettsstridsbegrepet omfatter nok også samtykke, uavhengig av hvilken straffbarhetsbetingelse samtykke måtte høre under.<sup>55</sup>

Enkelte har tatt til ordet for at rettsstridsbegrepet bør snevres inn.<sup>56</sup> Hovedargumentet er at den tradisjonelle bruk er så vag og omfattende at den kan dekke over forskjellige og kanskje ulike ting. Andorsen argumenterer for at negative gjerningsmomenter, innskrenkende tolkning, imaginærforbrytelser og den tillatte risiko bør unntas fra rettsstridsbegrepet. Han konkluderer med at rettsstridsbegrepet bør benyttes når det er tale om «de ansvarsreglene i strafferetten som gjør at handlemåten blir rettmessig på tross av at den er formelt typisert, skyldkravet er oppfylt og årsakssammenhengen er adekvat».<sup>57</sup> Det som da vil gjenstå er de lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunnene. Liknende synspunkter synes Andenæs å legge til grunn, når han mener at et positivt krav om rettsstrid like gjerne kan formuleres som et negativt krav om fravær av en straffefrihetsgrunn.<sup>58</sup> Dette kan illustreres slik:



En fordel med en slik systematisering er at rettsstrid får et litt klarere anvendelsesområde. Det er likevel tvilsomt om alle straffefrihetsgrunner bør omfattes av rettsstridsbegrepet. Skyldes straffefriheten for eksempel

<sup>54</sup> Modell A bygger på en modell som er utviklet av professor Erling Johannes Husabø, og ble presentert i en forelesning avholdt 8. september 2014 om rettmessighetsgrunner i den norske strafferetten. Modellen benyttes etter tillatelse fra Husabø.

<sup>55</sup> Se diskusjonen mellom Jacobsen (2012a) s. 19, Frøberg/Torgersen (2012) s. 193–194. og Jacobsen (2012b) s. 338–339.

<sup>56</sup> Andorsen (1999) s. 54 flg.

<sup>57</sup> Andorsen (1999) s. 66.

<sup>58</sup> Andenæs (1942) s. 179. Andenæs skriver riktignok at «de enkelte straffutelukkelsesgrunner [er] det primære i forhold til rettsstridighetsbegrepet». Setningen tyder på at også han erkjenner at rettsstridsbegrepet favner videre enn bare straffrihetsgrunner.

overskridelse av nødverge eller politiprovokasjon, faller det for de fleste nok så unaturlig å si at handlingen bør anses som *rettmessig*, som en følge av disse omstendigheter. Har politiet fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, blir ikke den straffbare handlingen i seg selv mer akseptabel av den grunn. Derimot kan handlingen kanskje *unnskyldes*, ved at politiet har overskredet de rammer som rettsordenen aksepterer.<sup>59</sup> Andenæs valgte å dele straffefrihetsgrunnene inn i rettmessighets- og unnskyldningsgrunner.<sup>60</sup> Om vi velger å utelate unnskyldningsgrunner fra rettsstridsbegrepets rekkevidde, kan modellen se slik ut:



Her blir det enda tydeligere på hva rettsstridsbegrepet omfatter. Et problem er imidlertid at også sontringen mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner er uklar. Som Andenæs skriver: «Ved siden av de klare tilfeller av lovlighet eller ulovlighet, er det et grenseområde hvor det kan være tvil om den riktige karakteristikk, og hvor resultatet kan bli forskjellig i forskjellige relasjon».<sup>61</sup> Det er blitt hevdet at Andenæs, ved å trekke et skille mellom rettmessighets- og unnskyldningsgrunner, i realiteten videreførte grunnleggende problemer med det materielle rettsstridsbegrepet.<sup>62</sup>

Et annet problem er at modellen ikke tar høyde for at også grensen mellom innskrenkende tolking og straffefrihetsgrunnene kan være uklar. I enkelte tilfeller er det rimelig klart at det oppstilles en ulovfestet spesiell straffegrunn, for eksempel om politiet kjøper narkotika som ledd i etterforskningen av en straffesak. I andre tilfeller er det ikke fullt så klart. Man kan for eksempel si at medisinske inngrep ikke er omfattet av skadebegrepet i straffelovens bestemmelser om voldslovbrudd. På den annen side kan man like gjerne si at medisinske inngrep omfattes, og heller spørre om det lar seg gjøre å oppstille en

<sup>59</sup> Slik også Andorsen (1999) s. 55–56.

<sup>60</sup> Andenæs (2004) s. 152.

<sup>61</sup> Andenæs (2004) s. 152.

<sup>62</sup> Frøberg (2012) s. 30–32, jf. s. 5–6.

ulovfestet straffefrihetsgrunn. Hva man velger blir vel i de fleste tilfeller en smakssak.<sup>63</sup> Andre eksempler er spørsmål om rekkevidden av foreldres maktanvendelse overfor egne barn, eller om et advokatoppdrag kan omfattes av heleribestemmelsen i straffeloven.<sup>64</sup> I hvilken kategori samtykke skal plasseres er heller ikke opplagt.<sup>65</sup> Vi står dermed igjen med følgende modell for rettsstridsbegrepets rekkevidde:



Som vi ser, er det vanskelig å plassere rettsstridsbegrepet blant de tradisjonelle straffbarhetsbetingelsene. Dette skal det ses nærmere på under punkt 8.

---

<sup>63</sup> Forarbeidene til straffeloven 2005 synes å legge til grunn at medisinske inngrep omfattes av bestemmelsene om voldslovbrudd, se Ot.prp.nr.22 (2008–2009) s. 186. Det samme er antatt å være gjeldende rett etter straffeloven 1902, se Aasen (2000) s. 299 flg. Motsatt Andorsen (1999) s. 60–61 og Frøberg/Torgersen (2012) note 16.

<sup>64</sup> Se Rt. 2005 s. 1567 og Rt. 2011 s. 1, behandlet under punktene 5.2.2 og 5.4.

<sup>65</sup> Se note 55.

### 3. Formelle og materielle grenser for straffansvaret

Rettsstrid innebærer språklig sett at handlingen strider mot gjeldende rett. Hva som strider mot gjeldende rett beror på nærmere fastlagte grenser. De praktisk viktigste begrensningene for et straffansvar er *formelle grenser*. Dette er grenser som er forankret i positive rettskilder, dvs. de rettskilder som positivt gir uttrykk for en regel og som er autorisert gjennom Grunnlova. På strafferettens område er det formell lov som utgjør den viktigste positive rettskilden. For det første danner lovgivningen utgangspunktet for hvilke handlinger som i det hele tatt er kriminalisert, jf. Grunnlova § 96 første ledd. For det annet finner vi regler i straffelovene om subjektiv skyld, straffrihetsgrunner og tilregnelighet. Sammen med kravet om en overtredelse av et straffebud, omtales disse reglene gjerne som straffbarhetsbetingelser.<sup>66</sup> For det tredje finner vi regler i annen formell lov som kan begrense rekkevidden av et straffebud.

Tolkingen av den formelle lov suppleres av andre positive rettskilder, slik som lovens forarbeider og rettspraksis. I nyere tid er også folkerettslige forpliktelser blitt en sentral kilde for fastleggelsen av straffansvarets grense, og da særlig i spørsmål om menneskerettigheter. Gir de positive rettskildene et noenlunde klart svar, er det en vanlig oppfatning at det ikke er rom for å trekke ytterligere grenser for straffansvaret.<sup>67</sup> Som Agge uttrykker det:

*«Det kan icke anses tillåtet eller tillråddigt at de rättstillämpande organen helt fritt korrigerar lagstiftarens arbete genom en förnyad värdering av samma faktorer, som redan värderats genom lagens gränsdragning kring omfattningen av det kriminaliserade området.»<sup>68</sup>*

Det hender at de positive rettskildene er tause eller gir et uklart svar. Avgjørelsen av straffbarheten er ikke utelukkende begrenset til positiverte rettskilder; det er i dag allment akseptert at reelle hensyn vil være av betydning

---

<sup>66</sup> Kapittel 3 i straffeloven 1902 og Andenæs (2004) s. 101 flg. I straffeloven 2005 er terminologien endret til *grunnvilkår for straffansvar*, se kapittel 3.

<sup>67</sup> Ussing (1949) s. 29 og Eskeland (2013) s. 154. Eksempler fra rettspraksis er Rt. 1995 s. 1969 og Rt. 2011 s. 855 avsnitt 22–24. Rt. 2012 s. 686 tilsier at det i visse tilfeller kan tenkes unntak, se avsnitt 55–69, sml. avsnitt 79–89.

<sup>68</sup> Agge (1964) s. 350.

i rettsanvendelsen, også innen strafferetten.<sup>69</sup> Reelle hensyn betegnes vanligvis som vurderinger av resultatets godhet, som omfatter dels om den generelle regel man kommer frem til er god, og dels om løsningen er god i det spesielle tilfellet.<sup>70</sup>

Det er også blitt hevdet at det kan finnes begrensninger i form av allmenne rettsgrunnsetninger.<sup>71</sup> Teorien er delt i synet på hva allmenne grunnsetninger faktisk er. Hos enkelte blir de ikke regnet som en egen kategori av rettskildefaktorer, men er behandlet under kategoriene rettsoppfatning, sedvanerett og reelle hensyn.<sup>72</sup> Nygaard forstår allmenne rettsgrunnsetninger som retningslinjer som kan være rimelig faste, gjerne bygd på juridisk kulturarv eller basert på den moralkodeks som ligger til grunn i samfunnet. De kan også ha vokst frem på grunnlag av rettsutviklingen i nyere tid.<sup>73</sup>

Nygaards tilnærming synes å være fornuftig. Strafferettens hovedoppgave er å trekke grenser for hva som er væere straffbart, og hva som er straffritt.<sup>74</sup> Både den juridiske kulturarv og den moralkodeks som ligger til grunn i samfunnet må nødvendigvis være relevant i vurderingen av hva rettsordenen ønsker å straffe. Illustrerende er Rt. 2014 s. 786, som gjaldt tolkingen av utilbørighetsvilkåret i korrupsjonsbestemmelsen § 276a i straffeloven 1902. Det følger av forarbeidene at den nærmere gresedragningen for det straffbare skal avklares av domstolene, jf. Ot.prp.nr.78 (2002–2003) s. 29. Fordi det bare er de klart klanderverdige forhold som omfattes av straffebudet, mente Høyesterett at domstolene alene vanskelig kunne bidra vesentlig til å utvikle den rettslige standarden. Det var derfor «endringer i samfunnets syn på handlinger av den art som omfattes av straffeloven § 276a og praksis i offentlig og privat virksomhet, som over tid vil være bestemmende for hva som kan anses utilbørlig» (avsnitt 16).

Dersom de reelle hensyn og allmenne rettsgrunnsetninger ble dannet i den konkrete sak, ville de i realiteten kun være rettsanvenderens egne tanker om hva

---

<sup>69</sup> Emnet er utførlig behandlet av Høgberg (2000). Se også Eskeland (2013) s. 533 flg.

<sup>70</sup> Eckhoff/Helgesen (2001) s. 371 flg. For nærmere analyse, se Høgberg (2000) s. 544–547.

<sup>71</sup> Hagerup (1911) s. 231. Også Torp (1905) s. 252 synes å bygge på en liknende kilde: «Den hertil sigtede Bedømmelse af en given Handling maa først og fremmest bygge paa Livets almindelige Erfaring.»

<sup>72</sup> Nygaard (2004) s. 261 med henvisninger.

<sup>73</sup> Nygaard (2004) s. 268.

<sup>74</sup> Slik Torp (1905) s. 250.

som bør være rett og galt. Dette kan ikke anses som akseptabel juridisk metode. De reelle hensyn og allmenne rettsgrunnsetninger må derfor foreligge forut for avgjørelsen av en konkret sak.<sup>75</sup> Ved hjelp av disse kan strafferettsjuristen fullføre den grensen som lovgiveren har forsøkt å trekke mellom det rettsstridige og det rettmessige. Sammen med de positiverte rettskildene, utgjør reelle hensyn og allmenne rettsgrunnsetninger det vi gjerne kan kalle *materielle grenser* for straffansvaret.

---

<sup>75</sup> Slik også Nygaard (2004) s. 262–268 under henvisning til Rt. 1952 s. 1217 og Rt. 1977 s. 1035.



## 4. Utgangspunkter for vurderingen

Høyesterett har i flere avgjørelser uttalt seg om det overordnede vurderingstema ved oppstilling av en alminnelig rettsstridsreservasjon.<sup>76</sup> Avgjørende ved vurderingen av om en handling er rettsstridig eller ikke, er om handlingen «fremtrer som berettiget, slik at den ikke bør rammes med straff – med andre ord om det foreligger en unntakssituasjon som bør føre til straffrihet», jf. Rt. 2008 s. 1491 avsnitt 15. I samme avsnitt uttaler førstvoterende at «det må foretas en helhetsvurdering hvor de hensyn som straffebudet skal verne, må veies mot andre hensyn som det også er grunn til å beskytte», jf. også Rt. 1979 s. 1492. I forarbeidene til straffeloven 2005 uttaler departementet at det må foreligge tungtveiende reelle hensyn som etter omstendighetene tilsier at en handling ikke bør rammes av straff, selv om handlingen rammes av lovens ord.<sup>77</sup>

Forarbeidene og rettspraksis gir anvisning på at rettsanvenderen må foreta en helhetlig interesseavveining. Det som skal vurderes er om det foreligger tungtveiende hensyn som må vektlegges sterkere enn de hensyn straffebudet skal verne. Det kan ikke være tvilsomt at terskelen for anvendelse av reservasjonen ligger høyt, da det er få eksempler i nyere tid på at Høyesterett har frifunnet den tiltalte på grunn av den alminnelige rettsstridsreservasjon.<sup>78</sup> Straffebud som inneholder rettslige standarder skal tolkes med varsomhet, jf. Rt. 2005 s. 1628 og Rt. 2014 s. 786.

Naturlig nok angis det ikke konkret hvilke hensyn som skal vektlegges, og hvordan disse skal veies opp mot hverandre. Ettersom formålet med en rettsstridsreservasjon er å unnta enkelte handlinger fra straffansvar, må disse hensyn bero på det aktuelle straffebud. Det må altså foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, og det vil vanskelig lar seg gjøre å oppstille noen absolutte vilkår for når en handling er rettsstridig.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Se blant annet Rt. 1979 s. 1492, Rt. 2000 s. 646, Rt. 2005 s. 1567 og Rt. 2012 s. 686.

<sup>77</sup> Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 22.

<sup>78</sup> Noen eksempler er Rt. 1995 s. 661 og Rt. 2012 s. 686.

<sup>79</sup> Slik også Andenæs (1942) s. 196–197 og Husabø (1999) s. 99. Se også punkt 5.3.

Som nevnt under punkt 3, kan grensene for straffansvaret deles inn i to grupper. Dette påvirker også rettsstridsvurderingen. For det første vil rettsstriden kunne avgjøres på bakgrunn av formelle grenser. Disse grensene er de praktisk viktigste, og de har vært – og er fremdeles – gjenstand for omfattende behandling i juridisk litteratur. For det andre vil rettsstriden i enkelte tilfeller også kunne avgjøres på bakgrunn av allmenne rettsgrunnsetninger og reelle hensyn (ikke-formelle grenser).<sup>80</sup> Her må spørsmålet bli om den faktiske handlingen er atypisk i forhold til hva straffebudet er ment å skulle beskytte.

---

<sup>80</sup> Slik også Høgberg (2000) s. 633–637.

## 5. Grunner som kan utelukke materiell typisitet

### 5.1. Innledning

Den største kategorien av unntakssituasjoner er såkalte straffrihetsgrunner.<sup>81</sup> Disse kan være både generelle og spesielle, lovfestede og ulovfestede. De generelle straffrihetsgrunner i straffeloven 1902 er nødrett og nødverge.<sup>82</sup> Disse er videreført i straffeloven 2005, hvor også selvtekt er lovfestet som straffrihetsgrunn.<sup>83</sup> Generelle ulovfestede straffrihetsgrunner er negotiorum gestio, den tillatte risiko, samtykke, offentlig myndighetsutøvelse og ordre fra overordnet. Mer spesielle straffrihetsgrunner kan vi finne i blant annet regler om falsk forklaring, bevisforspillelse i egen sak, og avlivning av dyr.<sup>84</sup> Majoriteten av de straffrihetsgrunner som her er nevnt, tilhører det som kan benevnes som standardkategorier.<sup>85</sup> Disse vil i liten grad bli behandlet i den videre fremstilling.

Straffrihetsgrunnene utvikles gjennom lov, rettspraksis og sedvanerett i en kontinuerlig prosess som aldri tar slutt.<sup>86</sup> En må derfor kunne si at mange straffrihetsgrunner har en tilhørighet til både de formelle og de ikke-formelle grenser for straffansvaret.<sup>87</sup> Fordi straffebudene stadig revideres, og nye handlinger kriminaliseres, er det ikke til å unngå at det oppstår nye atypiske situasjoner som krever unntaksregler om straffrihet.<sup>88</sup>

Forarbeidene til straffeloven av 2005 tyder på at departementet mener det er en forskjell mellom den alminnelige rettsstridsreservasjon og straffrihetsgrunnene.

---

<sup>81</sup> Andenæs (2004) s. 150–154. En annen systematisering er å skille mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner, se Jacobsen (2012a) s. 20–23.

<sup>82</sup> Straffeloven 1902 §§ 47 og 48.

<sup>83</sup> Straffeloven 2005 §§ 17, 18 og 19.

<sup>84</sup> Straffeloven 1902 § 167 / Straffeloven 2005 § 221 annet ledd, Straffeloven 1902 § 132 tredje ledd / Straffeloven 2005 § 160 tredje ledd, lov nr. 100/2009 om forvaltning av naturens mangfold § 17.

<sup>85</sup> Eckhoff/Helgesen (2001) s. 122.

<sup>86</sup> Andorsen s. 39 og Agge s. 346.

<sup>87</sup> Straffelovens bestemmelse om nødrett blir gjerne betraktet som utslag av et prinsipp med alminnelig gyldighet, se Skeie (1946) s. 140. I samme retning Nygaard (2004) s. 295.

<sup>88</sup> Agge (1964) s. 346.

Begrunnelsen synes å være at fravær av straffrihetsgrunn er en egen straffbarhetsbetingelse, mens den alminnelige rettsstridsreservasjon er knyttet til straffbarhetsbetingelsen om beskrivelsen av den straffbare adferd.<sup>89</sup> Departementet uttaler følgende:

*«På denne bakgrunn kan man uttrykke sammenhengen mellom straffrihetsgrunnene og rettsstridsreservasjonen slik: Desto færre straffrihetsgrunner som er uttrykkelig og presist regulert, desto større behov vil det i praksis bli for å begrense rekkevidden av straffebudet gjennom innskrenkende tolking; eller om man vil, anvendelsen av den alminnelige rettsstridsreservasjon.»<sup>90</sup>*

Som nevnt under punkt 2.3, kan det være vanskelig å skille mellom innskrenkende fortolkning og oppstilling av en straffrihetsgrunn.<sup>91</sup> Det siterte viser også at behovet en innskrenkende fortolkning avtar jo flere straffrihetsgrunner som er regulert. Etter mitt syn er det derfor mer naturlig å betrakte straffrihetsgrunnene som utslag av et alminnelig prinsipp om rettsstrid.<sup>92</sup>

I det følgende vil det behandles enkelte grunner som kan tilsi materiell atypisitet. En kan velge å betrakte disse som spesielle ulovfestede straffefrihetsgrunner.<sup>93</sup> På bakgrunn av det som er sagt ovenfor, mener jeg at en slik systematisering blir litt unaturlig. Jeg har derfor valgt en litt annen systematikk. Jeg skal først drøfte handlefrihetens grenser (punkt 5.2). Deretter skal jeg se på betydningen de interesser som straffebudet verner (punkt 5.3). Endelig skal jeg se på hensynet til effektivitet, rettssikkerhet, forutberegnelighet og konkret rimelighet (punktene 5.4 til 5.7)

---

<sup>89</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 107.

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 107.

<sup>91</sup> Se punkt 2.

<sup>92</sup> Slik Hagerup s. 231–232. Se også nærmere under punkt 8.

<sup>93</sup> Slik oppfatter jeg Frøberg (2012) s. 5 og Andenæs (2004) s. 150–151. Motsatt Slettan/Øie (1997) s. 131–132.

## 5.2. Handlefrihetens grenser

### 5.2.1. Utgangspunkt

I eldre teori er grensen mellom den rettmessige og den rettsstridige handling gjerne formulert som et spørsmål om handlefrihetens grenser.<sup>94</sup> En annen måte å si dette på er at «[f]riheten for den enkelte må avveies mot de ulemper friheten kan få for andre».<sup>95</sup>

Å avgjøre hvor langt handlefriheten rekker, reiser vanskelige spørsmål. Å trekke helt presise grenser er en umulig oppgave, og vi er derfor henvist til å vurdere den enkelte sak ut fra mer eller mindre vage retningslinjer. Disse retningslinjene vil være enten formelle eller ikke-formelle grenser, for eksempel gjennom lovgivning eller alminnelige bransjestandarder. Det overordnede spørsmål må være om handlingen var *forsvarlig*.<sup>96</sup> På dette punkt blir vurderingen sammenfallende med det objektive elementet i uaktsomhetsnormen.<sup>97</sup>

I hvilken grad en handling er forsvarlig kan også gjerne omtales som et spørsmål handling har tilstrekkelig *straffverdighet*.<sup>98</sup> Er handlingens straffverdighet høy, må den klare hovedregel være at det ikke foreligger en unntakssituasjon fører til straffrihet.

Straffverdighet er i likhet med rettsstrid et nokså upresist begrep, og det er derfor nødvendig å presisere innholdet.<sup>99</sup> Med straffverdighet menes vanligvis den grad av bebreidelse som kan rettes mot gjerningspersonen, vurdert ut fra handlingen og omstendigheter knyttet til den.<sup>100</sup> At straffverdighet er et gradsspørsmål, står i kontrast til spørsmålet om rettsstrid, hvor svaret er enten et ja eller nei. En handling kan være straffverdig, selv om den ikke er

---

<sup>94</sup> Torp (1905) s. 251.

<sup>95</sup> Bratholm (1980) s. 41 og Slettan/Øie (1997) s. 78–79.

<sup>96</sup> Skeie (1946) s. 140.

<sup>97</sup> Se punkt 6.

<sup>98</sup> I den retning forstår jeg Eskeland (2013) s. 303, som riktignok sier dette i tilknytning til drøftelse av skyldformen uaktsomhet. Fordi vurderingene er sammenfallende, se punkt 6, må det samme kunne sies om forsvarlighetskriteriet ved spørsmål om materiell atypisitet.

<sup>99</sup> Slik også NOU 2002:4 s. 152 flg.

<sup>100</sup> Eskeland (2013) s. 146–148.

straffbar.<sup>101</sup> En handling kan også være rettsstridig, uten at den samtidig er straffverdig. Dette gjelder tilfeller hvor regler brytes, men hvor overtredelsen ikke gir grunnlag for å reagere med straff. Som Andenæs påpeker, kan det for eksempel neppe legges til grunn at rettsstridsvilkåret i straffeloven 1902 § 222 og avtaleloven<sup>102</sup> § 29 er identisk.<sup>103</sup> Begge bestemmelser omhandler tvang, men tvang i strafferettslig forstand krever trolig at handlingen samlet sett har en høyere straffverdighet.

Graden av bebreidelse avhenger av forholdets objektive grovhet, hvilken grad av skyld gjerningspersonen har utvist og en vurdering av handlingsforløpet i den konkrete situasjon opp mot samfunnets verdinormer.<sup>104</sup> Ved spørsmålet om det foreligger materiell atypisitet vil grad av skyld normalt ikke være relevant, da forsvarlighetskravet er sammenfallende med minstekravet for skyld (uaktsomhet).<sup>105</sup> Fordi forholdets objektive grovhet og en vurdering av handlingsforløpet henger nært sammen, har jeg i stedet valgt å spalte opp vurderingene i handlingstypen art (punkt 5.2.2), samt handlingens omfang, grovhet og formål (punktene 5.2.3 til 5.2.5). Videre behandler jeg forholdet mellom dem handlingen rammer (punkt 5.2.6), og fornærmedes eget forhold (punkt 5.2.7).

At straffverdighet er (nok) et upresist begrep har den uheldige konsekvens at det er velegnet til å kamuflere rettsanvenderens egne valg og vurderinger. I stedet for å argumentere åpent, øker faren for å maskere vurderingen under påskudd om at handlingen er straffverdig. Så langt det er mulig bør en nok derfor holde seg til de konkrete punkter som inngår i straffverdighetsvurderingen. Ved å argumentere ukritisk med både rettsstrid og straffverdighet, kan rettsanvenderen lett risikere å fremstå som en juridisk tåkefyrste.

---

<sup>101</sup> Se for eksempel Rt. 1952 s. 989 og Rt. 2012 s. 1211 avsnitt 22.

<sup>102</sup> Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

<sup>103</sup> Andenæs (2004) s. 156.

<sup>104</sup> Høgberg (2000) s. 549–550 og Eskeland (2013) s. 146–148. Se også Skeie (1946) s. 140–141.

<sup>105</sup> Se punkt 6.

### 5.2.2. Handlingstypens art

I eldre strafferettsteori ble det hevdet at jo nærmere faren for å tilføre en skade er, og jo mer betydelig faren kan tenkes å bli, desto sterkere grunner må til for at handlingen skal anses berettiget.<sup>106</sup> Også i moderne strafferettsteori blir risiko for fare og skade fremhevet.<sup>107</sup> I dag er det vanlig å betegne dette som et skadefølgeprinsipp: Fordelene med å kriminalisere en handling vil i utgangspunktet bare være store nok dersom handlingen man ønsker å hindre, kan medføre skade eller fare for skade på interesser som har et rettmessig krav på vern.<sup>108</sup>

Det kan spørres om skadefølgeprinsippet i det hele tatt er egnet som et utgangspunkt i en rettsstridsvurdering. Ofte kan det være langt mer politikk enn moralfilosofisk refleksjon som ligger til grunn for straffelovgivningen.<sup>109</sup> Forarbeidene til straffeloven av 2005 legger til grunn at skadefølgeprinsippet bør være utgangspunkt og grunnvilkår for kriminalisering. Prinsippet stiller krav om en særskilt tungtveiende begrunnelse dersom straff likevel skal tas i bruk på handlinger som ikke medfører skade eller fare.<sup>110</sup> Ved spørsmålet om materiell atypisitet vil situasjonen normalt være slik at lovgiver enten er uklar eller taus.<sup>111</sup> Dersom lovgiver ikke gir noen begrunnelse, må i hvert fall fraværet medføre at skadefølgeprinsippet blir en velegnet rettesnor for slike situasjoner.

Skadefølgeprinsippet innebærer at handlefrihetens grenser i utgangspunktet vil være overskredet i de tilfeller hvor handlingen er av en slik art at den er egnet til å fremkalle en skade eller en fare for skade. Dette kan imidlertid ikke være mer enn et veiledende utgangspunkt, og vi finner unntak i begge retninger. På den ene siden kan det tenkes tilfeller hvor skade- eller farebegrepet strekkes meget langt for å rettferdiggjøre en kriminalisering.<sup>112</sup> En taler da gjerne om såkalte abstrakte faredelikt, hvor handlingen erfaringsmessig kan føre til at skade eller

---

<sup>106</sup> Torp (1905) s. 255.

<sup>107</sup> Husabø (1999) s. 98.

<sup>108</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 88–89.

<sup>109</sup> Se nærmere Frøberg/Torgersen (2012) s. 195–198.

<sup>110</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 88–89.

<sup>111</sup> Se punkt 3 og 4.

<sup>112</sup> Frøberg (2010) s. 51–56.

fare for skade kan oppstå.<sup>113</sup> Dette gjelder for eksempel promillekjøring, hvor det ikke stilles krav om at det må ha oppstått en fare under kjøring – det er tilstrekkelig at føreren var påvirket av rusmidler, jf. vegtrafikkloven § 22, jf. § 31.<sup>114</sup>

På den andre siden er det alminnelig akseptert at visse handlinger som kan volde fare eller skade, likevel er tillatt ut fra hensynet til den enkelte eller samfunnet som helhet. I den juridiske litteratur omtales dette ofte som den tillatte risiko.<sup>115</sup> Typiske eksempler på tillatt risiko er idrett og transport (bil, tog, fly osv.). Først når handlingen medfører en uakseptabel risiko sett ut fra den konkrete situasjonen, kan gjerningspersonen pådra seg et straffansvar.<sup>116</sup> Selv om en handling skulle være foretatt i skadehensikt, vil den normalt ikke være straffbar dersom handlingen objektivt sett holder seg innenfor de allment aksepterte grenser for handlefriheten.<sup>117</sup>

En handling kan være av mer eller mindre alvorlig art. Graden av alvor vil som oftest bero på hvor stort inngrep handlingen utgjør overfor andre, og vil normalt gjenspeiles i de strafferammer som er angitt for den kriminaliserte handling. Dette gjelder ikke unntaksfritt. Samfunnets verdinormer er ikke endelig fastsatt, men endres over tid. Synet på hva som utgjør en alvorlig handling kan derfor gradvis endre seg i takt med samfunnsutviklingen. Samfunnsendringer kan føre til straffebud som ikke blir anvendt i det praktiske rettsliv fordi synet på den kriminaliserte gjerningen har endret seg siden bestemmelsen ble vedtatt, såkalte «sovende paragrafer». I dag er det mest kjente eksempelet straffeloven 1902 § 142, blasfemiparagrafen.<sup>118</sup>

Samfunnets dom over handlingene kan også bli hardere med tiden.<sup>119</sup> Et illustrerende eksempel er foreldres «refselsesrett». Det var lenge antatt at foreldre hadde en viss refselsesrett overfor sine barn, men det var usikkert hvor

---

<sup>113</sup> Andenæs (2008) s. 129.

<sup>114</sup> Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven).

<sup>115</sup> Andenæs (2004) s. 158–160 og Eskeland (2013) s. 288–289.

<sup>116</sup> Slik Jacobsen (2012a) s. 16.

<sup>117</sup> Andenæs (2004) s. 159–160

<sup>118</sup> Bestemmelsen er ikke videreført i straffeloven 2005, jf. Ot.prp.nr.22 (2008–2009) s. 385–386.

<sup>119</sup> En hardere dom over handlingen kan selvsagt bare vektlegges såfremt en domfellelse ikke strider mot legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 96.



langt denne retten strakk seg.<sup>120</sup> Spørsmålet kom på spissen i Rt. 2005 s. 1567, hvor en mann som ledd i oppdragelsen av to gutter i alderen seks til ni år, hadde slått guttene på baken med flat hånd. På bakgrunn av det rettskildematerialet som forelå, uttalte Høyesterett at det var tillatt å gi barn «lette klaps» i oppdragelsesøyemed. Avgjørelsen ble møtt med sterk kritikk, og førte til lovendringer.<sup>121</sup> I dag er all bruk av vold mot barn i oppdragelsesøyemed forbudt, jf. Rt. 2014 s. 702.

Et spørsmål blir om terskelen er høyere for å konstatere materiell atypisitet ved handlinger av alvorlig art, enn ved de mindre alvorlige. Rt. 2012 s. 686 (dissens 3-2) gjaldt et tilfelle hvor to personer var tiltalt for markedsmanipulasjon ved bruk av aksjeroboter. I dommen vektla flertallet at deres handlemåte hadde hatt lite skadepotensiale for markedet som sådan.

Tilsvarende synspunkter synes å ligge til grunn i Rt. 1947 s. 396. I denne saken hadde en mann midlertidig stanset en lastebil på fortauet utenfor en forretningsgård å levere to pianoer og ta med et tilbake. Det hadde vært helt umulig å finne parkeringsplass i nærheten, og pianoene kunne ikke bæres over lengre avstand. Høyesteretts flertall mente dette ikke kunne være rettsstridig. Begrunnelsen var at trafikkreglene ikke kunne forstås som så absolutte at de hindret nødvendig midlertidig stans for lossing av bilen.<sup>122</sup>

Et lignende tilfelle finner vi i Rt. 1904 s. 385, hvor en mann midlertidig hadde plassert noen møbler på fortauet, i forbindelse med en utkastelse.<sup>123</sup> I kommunens politivedtekter var det nedlagt forbud mot å hensette noe på offentlig sted som kunne være til hinder for ferdselen, og mannen ble tiltalt. Høyesterett mente at det ikke kunne være vedtektenes mening at kommunen skulle fullstendig forby adgangen til å sette fra seg ting på fortauet, men at forbudet måtte være rettet mot mer varig oppbevaring.

---

<sup>120</sup> Se nærmere Matningsdal (2010) s. 85–87.

<sup>121</sup> Matningsdal (2010) s. 88.

<sup>122</sup> Det er vanskelig å se hvilket rettslig grunnlag flertallet bygger sitt votum på. Av annenvoterende er det lagt til grunn at frifinnelsen bygger på straffeloven 1902 § 47. Selv mener jeg at votumet bør forstås slik at flertallet innfortolker en rettsstridsbegrensing i trafikkreglene, og at det ikke er straffeloven 1902 § 47 som er det rettslige grunnlaget.

<sup>123</sup> Avgjørelsen er ikke publisert på Lovdata, men referert hos Andenæs (1942) s. 195–196.

Er følgen mer alvorlig, synes Høyesterett å være mer tilbakeholdne i å konstatere manglende rettsstrid. I Rt. 2000 s. 646 ble en lege ikke fritatt for straffansvar ved drap, selv om det var på det rene at pasienten var håpløst syk og gjentatte ganger hadde oppfordret legen, og selv om det avgjørende motiv for drapet var medlidenhet eller barmhjertighet. Til og med i tilfeller hvor flukt er umulig, den dødsdømte vil bli drept, og den handlende selv vil bli drept av en tredjemann om ordren ikke adlydes, er drap rettsstridig, jf. Rt. 1950 s. 377.

Journalister kan ikke straffritt kjøpe narkotika, selv om formålet med kjøpet er å belyse viktige tema i den alminnelige samfunnsdebatt, jf. Rt. 2001 s. 1379. I Rt. 2008 s. 1491 ble det ikke godtatt at alvorlige trusler mot en offentlig tjenestemann ble fremsatt under samtale med en psykiater. Her konkluderte Høyesterett med at hensynet til å beskytte samfunnet veide tyngre enn hensynet til taushetsplikt.

I en sak fra Danmark (UfR 2002.1314 V) ble en far tiltalt for drapstrusler, etter å ha sendt et brev til politiet, hvor han truet med å drepe både sin datter og seg selv. For retten anførte mannen at brevet var et rop om hjelp. Anførselen førte ikke frem. Sett i lys av Rt. 2008 s. 1491 ville løsningen trolig bli den samme etter norsk rett. Avgjørelsen er kritisert.<sup>124</sup>

Å kaste en bløtkake på en finansminister går heller ikke klar av forbudet etter straffeloven 1902 § 99 mot å hindre en statsråd i å utføre sitt arbeid, jf. Rt. 2007 s. 1559. Handlingens art er alvorlig, ettersom den er en forbrytelse mot Norges statsforfatning, og den har en strafferamme på inntil 15 års fengsel. Førstvoterende uttalte at handlingen «ikke ligger i kjerneområdet av det § 99 tar sikte på å ramme. [...] Jeg kan likevel ikke se at det er grunnlag for å tolke bestemmelsen innskrenkende slik at vårt tilfelle ikke rammes» (avsnitt 14).

Avgjørelsene som her er nevnt tilsier at handlingens alvor er av betydning. Terskelen synes å være høyere for å konstatere materiell atypisitet ved handlinger av alvorlig art, enn ved de mindre alvorlige.

---

<sup>124</sup> Toftegaard Nielsen (2013) s. 42 skriver at samfunnet burde være tjent med at slike personer forteller politiet hva de pønser på.

### **5.2.3. Handlingens omfang**

Hvor mye tyven stjal, eller hvor omfattende et skadeverk var, er av betydning ved den strafferettslige bedømmelsen av forholdet. Dette gjenspeiles også når Høyesterett vurderer om en handling er rettsstridig, da gjerne i form av en forholdsmessighetsvurdering. Også ved de kjente standardkategorier av straffrihetsgrunner er handlingens forholdsmessighet fremtredende, slik som ved nødrett, nødverge, selvtekt og samtykke.<sup>125</sup>

Rt. 1995 s. 661 gjaldt et tilfelle hvor en politimester hadde fjernet fornærmede med makt. Høyesterett mente at politimesteren objektivt sett hadde overtrådt straffeloven 1902 § 228, men overtredelsen lå i nedre sjikt og andre hensyn måtte derfor veie tyngre. Høyesterett uttaler at «[n]år det som her dreier seg om en maktbruk som ligger i det nedre område for straffeloven § 228, bør ikke enhver overskridelse av det strengt nødvendige lede til straffansvar» (s. 664).

I Rt. 2005 s. 1567 oppstod spørsmålet om stefarens voldsbruk var å anse som «lette klaps». Høyesterett mente her at stefaren klart hadde overskredet hva som kunne aksepteres. Slagene hadde vært kraftige og ydmykende for barna, og de hadde ingen hindrende eller avvergende karakter, men bar et klart preg av fysisk avstraffelse.

I Rt. 2012 s. 686 vektla flertallet at de tiltalte hadde vært små aktører, og at de overveiende hadde tatt ut mindre enn tilgjengelig volum aksjer. Handlingens omfang var med andre ord nokså begrenset, målt opp mot hva de tiltalte kunne ha foretatt seg.

### **5.2.4. Handlingens grovhet**

Med handlingens grovhet tenker jeg på måten handlingen er utført på og under hvilke omstendigheter den ble foretatt. Eskeland omtaler dette som krenkelsens

---

<sup>125</sup> Ved nødrett, nødverge og selvtekt kommer dette direkte til uttrykk i lovteksten, se straffeloven 2005 §§ 17, 18 og 19. Ved samtykke er forholdsmessigheten gjerne regulert gjennom lovgivning, og det presumeres tilbakeholdenhet med rekkevidden av samtykket, se straffeloven 2005 § 276 og Rt. 1993 s. 117.

alvor.<sup>126</sup> I straffelovgivningen ser vi utslag av dette gjennom en gradering av straffebudene etter hvor grov handlingen er. I straffeloven 1902 er benyttet stort sett graderingene liten, ordinær og grov. I straffeloven 2005 er det forutsatt i forarbeidene at denne graderingsmåten skal tas i bruk mer konsekvent.<sup>127</sup> Felles for disse bestemmelsene er likevel at det er gradering av handlinger som alt er rettsstridige. Det reiser spørsmål om handlingens grovhet også kan være et moment i vurderingen av om det foreligger materiell atypisitet.

Rettspraksis tyder på at svaret må være ja. I Rt. 2012 s. 686 mente flertallet at den påståtte manipulasjonen av aksjeroboten skjedde i full åpenhet, og at dette var forhold som trakk i retning av at handlingene ikke burde straffes. Høyesterett anså dermed handlingen som mindre grov, enn om manipulasjonen hadde skjedd i det skjulte.

I Rt. 1995 s. 661 ble politimesteren frifunnet for overtredelse av straffeloven 1902 § 228 første ledd. Hadde voldsanvendelsen vært grovere, ville nok resultatet mest sannsynlig blitt et annet.

### **5.2.5. Handlingens formål**

En rød tråd i strafferetten er handlingens formål. Spørsmålet er gjerne om gjerningspersonen har utvist *hensikt*; hva ville han eller hun oppnå med handlingen? Hensikt har størst betydning ved bedømmelsen av om gjerningspersonens skyld dekker de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen (dekningsprinsippet). Enkelte straffebud har også et subjektivt overskudd, hvor straffebudet krever at gjerningspersonen i tillegg til å oppfylle de objektive vilkår i straffebudet, også må ha utvist en særskilt form for skyld. Dette er særlig aktuelt ved de såkalte vinningsforbrytelsene, som oppstiller krav om at gjerningspersonen må ha hatt en vinnings hensikt. Rettsstrid er tradisjonelt oppfattet som et objektive vilkår.<sup>128</sup> Spørsmålet blir derfor om hensikten også kan ha betydning for handlingens rettsstridighet.

---

<sup>126</sup> Eskeland (2013) s. 146.

<sup>127</sup> Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 19.

<sup>128</sup> Se note 22.

Ved enkelte straffebud er skillet mellom objektive og subjektive vilkår nokså uklart. Dette kommer særlig på spissen i straffebud som kriminaliserer forberedende handlinger, slik som eksempelvis forbud om å begå et drap eller ran.<sup>129</sup> Her må handlingen ha et bestemt formål, da straffbarheten beror på om deltakerne har hatt en hensikt om å begå et drap eller ran. Det finnes også andre situasjoner hvor gjerningspersonens hensikt er avgjørende for om det foreligger en straffbar handling, slik som bedømmelsen av om noen kan straffes for å bære kniv eller lignende skarpt redskap på offentlig sted.<sup>130</sup>

I Rt. 2005 s. 1567 ble spørsmålet om rettsstrid reist fordi handlingene var gjennomført i oppdragelsesøyemed. Spørsmålet hadde neppe blitt reist hvis hensikten med avstraffelsen hadde vært å utelukkende påføre barna smerte. En illustrerende grensedragning finner vi i LB-2013-124260, hvor en forelder hadde massert barnas blåmerker. Formålet med massasjen var todelt: Det primære formålet var å oppnå en medisinsk effekt; det sekundære formålet var fysisk avstraffelse i oppdragelsesøyemed. Lagmannsretten kom til at massasje som utelukkende var skjedd for å oppnå en helsemessig gevinst, ikke kunne anses rettsstridig. Massasje hvor formålet også var avstraffelse ble derimot ansett som straffbar legemsfornærmelse. Høyesteretts ankeutvalg uttalte i en generell vending at lovbestemmelsen var anvendt riktig, jf. Rt. 2014 s. 702.

En annen sak hvor handlingens hensikt var sentralt er Rt. 2000 s. 646. Høyesterett uttalte at den tiltaltes handlinger skilte seg fra handlinger hvor leger i samsvar med legeloven behandlet uhelbredelig syke og døende pasienter for sterke smerter. En slik behandling kan etter omstendighetene medvirke til at pasientens liv forkortes. Høyesterett påpekte at slik behandling «har til formål å lindre smerte, ikke å avslutte livet» (s. 653). Dette stod i kontrast til tiltalte, som ikke hadde tilpasset dosene «med det for øye bare å lindre smerter» (s. 653).

---

<sup>129</sup> Straffeloven 1902 §§ 267a og 233a / Straffeloven 2005 §§ 279 og 329.

<sup>130</sup> Både straffeloven 1902 § 352a og straffeloven 2005 § 189 krever et «aktverdig formål» for at bevæpning med kniv skal være lovlig. Vilkåret er en rettslig standard, og i forarbeidene gis det eksempler på typetilfeller av aktverdige formål utover dem som loven selv angir, jf. Ot.prp.nr.79 (1992–1993) s. 37. Vilkåret må likevel være subjektivt i den forstand at en overtredelse beror på hvilken hensikt gjerningspersonen hadde ved bevæpning.

Rt. 2001 s. 1379 gjaldt et tilfelle hvor en eller flere journalister hadde kjøpt ecstasytabletter i forbindelse med en serie artikler om narkotikaproblemer i Stavanger. Domspremissene tyder på at journalistene ikke hadde noen hensikt om å benytte narkotikaen til eget bruk. Under prosedyren hadde forsvareren gjort gjeldende at det måtte innfortolkes en rettsstridsreservasjon i straffeloven 1902 § 162, «i det journalisten eller journalistane her ikkje handla «ulovlig» ut frå føremålet med kjøpet som han meiner ligg utanfor dei tilfella paragrafen tek sikte på» (s. 1380). Høyesterett fant ikke argumentet holdbart, da journalister ikke stod i en særstilling sammenlignet med andre.

Fra dansk rettspraksis er UfR 2008.671 H av interesse. Saken gjaldt spørsmålet om en journalist hadde overtrådt våpenloven ved å ta med seg en grillkniv inn i transitthallen på København lufthavn. Formålet var å belyse brister i sikkerhetskontrollen. Journalistens anførsler om materiell atypisitet førte ikke frem.

I Rt. 2012 s. 686 påpekte både flertallet og mindretallet at de tiltalte hadde klar hensikt om å manipulere prisen, og det var heller ikke mulig å peke på et aktverdig formål med manipulasjonen. Et formildende moment var imidlertid at de tiltalte hadde handlet i full åpenhet, og at praksisen visstnok var akseptert av finansmarkedet.

Den som forspiller bevis i en straffesak, kan komme i straffansvar, jf. Straffeloven 1902 § 132 / Straffeloven 2005 § 160. Rt. 2013 s. 1442 gjaldt et tilfelle hvor en bevisstløs person var innbrakt til sykehuset. Denne personen hadde på seg en pose med narkotika. Den ansvarlige lege besluttet å gni posen mellom sine egne hender, før posen ble overlevert til politiet. Formålet med handlingen var å ødelegge DNA-spor, for å overholde sin taushetsplikt overfor pasienten. Høyesterett uttalte at legen objektivt sett hadde overtrådt straffebudet, men at det var rimelig å kreve at han fjernet spor for å overholde taushetsplikten. Fjerningen av DNA hadde derfor et lovlig formål. Avgjørelsen er også egnet til å illustrere hvilken betydning andre regler i rettssystemet kan ha for et straffebuds rekkevidde (de formelle grenser for straffansvaret, se punkt 3).

En sak hvor Høyesterett går langt i å vektlegge subjektive forhold i rettsstridsvurderingen er Rt. 2014 s. 901. Spørsmålet var om en sudansk

etterretningsoffiser – som hadde gitt seg ut for å være flyktning – hadde overtrådt straffeloven 1902 § 91a, ved å samle inn opplysninger fra det sudanske eksilmiljøet i Norge, og meddele disse opplysningene videre til den sudanske ambassade i Oslo. Høyesterett mente at det måtte foretas en avgrensning mot informasjonsinnsamling som ikke var rettsstridig, men at en slik innsamling ikke kunne vurderes uavhengig av straffebedet. Høyesterett uttalte at:

*«[...] Mye informasjonsinnhenting som i andre sammenhenger faller inn under den alminnelige handlefrihet, også om den måtte skje på «hemmelig» vis, vil åpenbart være rettsstridig når den skjer til fordel for en fremmed stat, og gjerningspersonen forstår eller bør forstå at overleveringen av informasjonen til denne staten kan volde fare for enkeltpersoners liv, helbred, frihet eller eiendom.»* (avsnitt 18.)

Utsagnet tyder på at rettsstriden i denne saken beror på om gjerningspersonen har positiv kunnskap om hva informasjonen kan føre til, eller at han eller hun i alle fall burde hatt det. Dersom gjerningspersonen forstår eller bør forstå følgen, vil han eller hun normalt ikke handle forsvarlig.<sup>131</sup> Avgjørelsen tyder på at rettsstrid ikke nødvendigvis kan forstås rent objektivt, men at også subjektive forhold kan ha betydning. Dette må være en konsekvens av at det ikke alltid vil være mulig å trekke en eksakt grense mellom handlingens objektive og subjektive side.<sup>132</sup> Videre viser avgjørelsen at Høyesterett baserer seg på rettsstridsvurderingen til lovgiver, da gjerningsbeskrivelsen i straffebedet er tydelig på relevansen av de subjektive forhold. Avgjørelsen illustrerer dermed at domstolene bare unntaksvis behøver å foreta en selvstendig rettsstridsvurdering.<sup>133</sup>

På bakgrunn av det som er sagt under dette punktet, må konklusjonen bli at handlingens formål kan være av betydning ved vurderingen av om en handling er rettsstridig. Et slikt syn er også lagt til grunn i juridisk teori.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Se også punkt 5.2.1 og 6.

<sup>132</sup> Se nærmere Jacobsen (2012b) s. 335 flg.

<sup>133</sup> Se også punkt 3 og særlig ved note 68.

<sup>134</sup> Emnet er utførlig behandlet av Knoph (1921). Se også Andenæs (2004) s. 158–159. For kritiske merknader, se Husabø (1999) s. 116–117.

### 5.2.6. Forholdet mellom dem handlingen berører

I forbindelse med lovforberedelsen av revisjonen av Grunnlova § 98, uttalte menneskerettighetsutvalget følgende: «At alle skal være like for loven, utgjør et grunnleggende krav om likhet, rettferdighet og respekt for menneskeverdet.»<sup>135</sup> Et slikt utsagn bygger på en alminnelig rettferdighetsforstilling: Dersom A og B foretar tilsvarende handlinger, skal dette føre til samme resultat, forutsatt at subjektive forhold ikke kan skille A og B. Hva som er tilsvarende handlinger vil likevel ofte bero på hva som er relasjonen mellom de involverte parter. Det må derfor sees nærmere på hvilken betydning forholdet mellom dem handlingen berører kan ha for vurderingen om det foreligger materiell atypisitet.

Dersom vedkommende opptrer på vegne av staten, foreskriver Grunnlova formelle grenser for tjenestemannens opptreden. Det følger av Grunnlova § 113 at myndighetene «må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket».<sup>136</sup> Bestemmelsen er en kodifisering av det alminnelige legalitetsprinsipp. En forutsetning for at handlingen skal være rettmessig overfor borgeren, blir dermed at lovens regler må være fulgt.<sup>137</sup>

Rt. 1995 s. 661 gir tydelig uttrykk for at det er forskjell på maktanvendelse utført av stat og borger. Høyesterett slutter seg til lagmannsretten, som uttalte at «politiet er det organ som kan utøve maktanvendelse overfor borgerne uten at dette uten videre skal føre til strafferettslige reaksjoner» (s. 664). Hadde politimesteren handlet som privatperson, er det mulig utfallet ville blitt et annet.

Et annet eksempel er Rt. 1981 s. 21. Saken gjaldt spørsmålet om de tiltalte hadde overtrådt straffeloven 1902 § 329, ved ikke å rette seg etter politiets pålegg om å fjerne seg fra en anleggsvei som var bygget i forbindelse med Alta-reguleringen. Høyesterett uttalte:

---

<sup>135</sup> Dok.nr.16 (2011–2012) s. 143.

<sup>136</sup> Offentlig myndighetsutøvelse regnes gjerne som en kategori av straffefrihetsgrunner, se Andenæs (2004) s. 205–207.

<sup>137</sup> Andenæs (2004) s. 205.



*«Og det kan ikke aksepteres at andre som er uenige i vedtak som Stortinget og regjeringen har truffet, søker å motvirke gjennomføringen av vedtakene ved ordensforstyrrelser eller ulydighet mot bindende pålegg fra politiet. De som griper til slike midler for å presse sine synspunkter igjennom, følger ikke rettsordenens spilleregler.» (s. 28.)*

Å bryte «rettsordenens spilleregler» må ha samme innhold som kravet om rettsstrid. I en annen avgjørelse uttaler Høyesterett at «[n]år det foreligger et lovlig myndighetsvedtak, skal det sterke grunner til for at den som hindrer gjennomføringen av dette, skal kunne frifinnes på grunn av nødtilstand», jf. Rt. 1992 s. 1639 (s. 1640). Begge avgjørelsene gjaldt spørsmål om nødrett etter straffeloven 1902 § 47, men uttalelsene er så generelle at de etter mitt syn må gi uttrykk for en holdning om at rettsstridsreservasjoner normalt bør være utelukket dersom handlingen er rettet mot offentlig myndighetsutøvelse.<sup>138</sup> Unntaket for «sterke grunner» blir i realiteten den samme vurdering som alltid må foretas i henhold til kravet om rettsstrid, se punkt 4.

Enkelte straffebud er formulert slik at det er straffbart å handle på vegne av et bestemt subjekt, se for eksempel straffeloven 1902 § 91a. Rt. 2014 s. 901 viser at handlinger som normalt er tillatt innenfor den alminnelige handlefrihet, etter omstendighetene likevel kan bli rettsstridige hvis gjerningspersonen handler på vegne av andre. En slik lovforståelse er også i tråd med medvirkningslæren, hvor en medvirkningshandling isolert sett kan være innenfor den alminnelige handlefrihet, men blir rettsstridig fordi den bidrar eller forsøker å bidra til en straffbar handling.<sup>139</sup> Eksempelvis er det normalt rettmessig av en drosjesjåfør å frakte passasjerer, men ikke dersom han eller hun vet at passasjerer skal begå et ran, jf. Rt. 2009 s. 1498 avsnitt 13.

I enkelte tilfeller handler gjerningspersonen på ordre fra overordnet.<sup>140</sup> Dette kan skje både i det offentlige og i det private næringsliv. Mæland skriver at i norsk

---

<sup>138</sup> Se også straffeloven 2005 § 18 tredje ledd. Det er presisert i forarbeidene at det skal mye til før offentlig myndighetsutøvelse skal kunne møtes med nødverge, jf. Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 209.

<sup>139</sup> Hvor langt rettsstridskravet rekker ved medvirkning beror på en konkret tolkning av straffebudet, jf. Husabø (1999) s. 95–99. For typetilfeller, se samme referanse s. 100–120 og s. 143–155.

<sup>140</sup> Ordre fra overordnet regnes gjerne som en straffrihetsgrunn, se Andenæs (2004) s. 206–207.

rett er det er bare i unntakssituasjoner at det godtas som straffriende at gjerningspersonen har handlet etter ordre fra en overordnet. Det sentrale spørsmål er hvor langt lydighetsplikten til den underordnede rekker.<sup>141</sup> Ved vurderingen må det tas høyde for at den underordnede ofte kan stå i en svært vanskelig situasjon. Valget kan stå mellom å gjøre seg skyldig i en ulovlighet, eller å nekte å lystre en ordre (som også kan være ulovlig).<sup>142</sup>

Kan enkelte yrkesgrupper stå i en særstilling? Leger er fritatt fra straffansvar, såfremt formålet med den medisinske behandling er smertelindring og ikke avslutning av livet, jf. Rt. 2000 s. 646. Redaktører kan etter omstendighetene være fritatt for forbudet mot videoopptak fra retten, jf. Rt. 2003 s. 593, og journalister ytringsfrihet rekker langt hvis saken har offentlig interesse, jf. Rt. 2002 s. 764 og Rt. 2003 s. 1190.

Men, også for pressen er det begrensninger i ytringsfriheten, jf. Rt. 2003 s. 928, og redaktører står ikke fritt til å publisere videoopptak fra retten, jf. Rt. 2004 s. 510. Journalister har heller ikke noe sterkere vern enn andre når det gjelder narkotikakjøp, jf. Rt. 2001 s. 1379. Derimot er det antatt at polititjenestemenn vil stå i en særstilling, så lenge narkotikakjøpet foretas i forbindelse med bevisprovokasjon ved etterforskning av alvorlige forbrytelser.<sup>143</sup> Rettspraksis viser her at enkelte grupper kan stå i særstilling.

Mellom andre privatpersoner kan det nok også tenkes at relasjonen kan ha en betydning, og da særlig blant nærstående. Å bruke mild tvang på sitt eget barn hvis det nekter å bli med på et familiebesøk er noe helt annet enn å bruke den samme tvangen overfor egne nevøer eller nieser. På samme måte er det en vesentlig forskjell på å gjøre seksuelle tilnærmelser overfor egen ektefelle, i forhold til noen andre. Disse tilfeller vil også gjerne grense opp mot en samtykkeproblematikk og sivilrettslige regler om foreldreansvar, som det ikke er rom for å gå nærmere inn på i det følgende.

---

<sup>141</sup> Mæland (2012) s. 162–163.

<sup>142</sup> Andenæs (2004) s. 207.

<sup>143</sup> En slik lovforståelse er forutsatt av Høyesterett, se blant annet Rt. 1984 s. 1076, Rt. 1992 s. 1088 og Rt. 2000 s. 1345. Se også Bratholm (1980) s. 202–203, og Auglend mfl. (2004) s. 634–637.

### 5.2.7. Fornærmedes eget forhold

Rettspraksis tyder på at også fornærmedes eget forhold kan bli vektlagt i en rettsstridsvurdering, jf. Rt. 1990 s. 257 og Rt. 1993 s. 537.<sup>144</sup> Begrunnelsen fra synes å være at fornærmede selv kan bebreides for at gjerningspersonen utførte handlingen. I Rt. 1993 s. 537 uttalte førstvoterende at den som selv bruker sterke uttrykk, kan måtte tåle mer enn andre.

I Rt. 1995 s. 661 ble det lagt vekt på at fornærmedes handlemåte hadde ført til irritasjon, og medførte at politimesterens maktanvendelse ble nødvendig. Under henvisning til Rt. 1986 s. 342 og Rt. 1988 s. 922, påpekte imidlertid Høyesterett at polititjenestemenn normalt må tåle mer enn andre. Rt. 2003 s. 948 er et eksempel på en avgjørelse hvor en polititjenestemann ble domfelt for unødvendig maktanvendelse, til tross for til dels sterke provokasjoner fra fornærmede.

### 5.3. Den vernede interesse

Ved spørsmål om materiell atypisitet er det et overordnet spørsmål om den utførte handling er i strid med hensyn som straffebudet skal verne, jf. Rt. 1979 s. 1492 og Rt. 2008 s. 1491. Som nevnt under punkt 4, beror fastleggingen av disse hensyn på en konkret tolking av straffebudet. Er det likevel mulig å identifisere et utgangspunkt?

Det er vanlig å gruppere straffebud ut fra hvilken interesse de skal beskytte.<sup>145</sup> Interesser som kan ha rettmessig krav på vern overfor den enkeltes frihet, vil typisk være individers fysiske og psykiske integritet, økonomiske verdier og samfunnsinteresser.<sup>146</sup> Om handlingen er atypisk, vil gjerne bero på om handlingen griper inn i den beskyttede interesse.<sup>147</sup>

Å peke ut hvilken interesse straffebudet verner kan noen ganger være problematisk.<sup>148</sup> En god hjelp vil som regel være kapitteletoverskriften som

---

<sup>144</sup> Vektlegging av fornærmedes opptreden finner vi også spor av i straffelovgivningen, se blant annet straffeloven 1902 §§ 48 annet ledd, 228 tredje ledd og 250.

<sup>145</sup> Andenæs (2004) s. 108 og Eskeland (2013) s. 94.

<sup>146</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 89.

<sup>147</sup> Se eksemplene om barnepornografi, kjønnslemlestelse og mordbrann nedenfor.

<sup>148</sup> Andenæs (2004) s. 108 med henvisninger.

straffebudet hører under, slik som «Vern av offentlig myndighet og tilliten til den» i straffeloven 2005 kapittel 19, eller «Vern av den personlige frihet og fred» i samme lov kapittel 24. En del bestemmelser beskytter imidlertid flere interesser, og kapitteloverskriften gir ikke alltid noen veiledning.<sup>149</sup> Den nærmere fastleggningen av hvilken interesse en bestemmelse beskytter må derfor bero på en konkret tolking av det enkelte straffebud.

Et eksempel på at Høyesterett eksplisitt har vektlagt straffebudets formål finner vi i Rt. 2003 s. 593. Saken gjaldt et tilfelle hvor sjefsredaktøren i TV2 hadde offentliggjort et filmopptak av en domfelt i rettssalen etter at dom var avsagt og retten hevet. Spørsmålet var om dette var en overtredelse av domstolloven § 198 tredje ledd, jf. § 131a første ledd. Førstvoterende uttalte at beskyttelse av domfelte i slike situasjoner var i kjerneområdet for personvernet etter bestemmelsene. Flertallet kunne derfor vanskelig se at bestemmelsene kunne tolkes innskrenkende ut fra en alminnelig rettsstridsreservasjon.

Flertallet vurderte deretter om bestemmelsene begrenses av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10. Etter en omfattende gjennomgang av praksis, uttalte førstvoterende at «[r]ealiteten i dette blir en hovedregel med forbud mot å fotografere i rettssalen etter at retten er hevet, og forbud mot offentliggjøring av bildene, men slik at forbudet ikke vil gjelde hvor helt særegne hensyn tilsier det» (avsnitt 62). Etter mitt syn er det vanskelig å se at denne regelen skulle ha noe annet innhold enn hva som følger av den alminnelige rettsstridsreservasjon, se punkt 4. Det er mer vanlig å bruke EMK som en tolkingsfaktor ved tolkningen av rettsstridsvilkår, se Rt. 2014 s. 152 avsnitt 100 flg. Fordi ethvert straffebud må tolkes som om rettsstrid var et vilkår, burde vel forholdet til EMK også behandles under rettsstridsspørsmålet i de tilfeller hvor loven ikke oppstiller et rettsstridsvilkår.

Et annet eksempel finner vi i Rt. 2007 s. 1559, som også er nevnt under punkt 5.2.2. I sin vurdering la Høyesterett vekt på at bløtkakekasting ikke lå i «kjerneområdet av det § 99 tar sikte på å ramme» (avsnitt 14). Andre momenter ble imidlertid vektlagt tyngre, og det var derfor ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen innskrenkende.

Hva er så tilfelle om handlingen rammer egne interesser? Rammer handlingene gjenstander eller rettigheter som er i sameie, er det på det rene at det kan

---

<sup>149</sup> For kritiske merknader, se Hov (1982) s 453–472.

foreligge rettsstrid, jf. blant annet formuleringen «helt eller delvis tilhører en annen» som en finner i flere formuesforbrytelser.<sup>150</sup> Dette gjelder også om handlingen omfatter to ulike rettssubjekt, selv om gjerningspersonen skulle være eeneier, jf. Rt. 2003 s. 1112. Til og med i tilfeller hvor den handlende foretar handlingen utelukkende i den fornærmedes interesse, må straffansvar være hovedregelen, jf. Rt. 2000 s. 646 og Rt. 2001 s. 1379.<sup>151</sup> Spørsmålet blir derfor om en handling kan være rettsstridig om den utføres av en person som utelukkende rammer sine egne interesser.

De fleste straffebud er utformet slik at gjerningsperson og fornærmede er to forskjellige subjekt, se for eksempel straffeloven 1902 §§ 233, 257 og 291 om drap, tyveri og skadeverk. Ved andre straffebud er rekkevidden mer uklar, slik som straffeloven 1902 § 148 om mordbrann, straffeloven 1902 § 204a om barnepornografi eller straffeloven 2005 § 284 om kjønnslemlestelse av kvinner.

I eldre strafferettslig teori er oppfatningen at loven ikke straffer krenkelser av et retts gode (interesse), foretatt av den som selv er subjekt for rettsgodet. I følge Hagerup må man skille mellom rettsgodet, og den materielle gjenstand som rettsgodet er knyttet til. Dette blir eksemplifisert ved å vise til at forbudet mot dyreplageri ikke beskyttes av eiendomsretten til dyret, eller at forbud mot lemlestelse for å unndra seg militærtjeneste ikke tilsikter å beskytte legemets integritet.<sup>152</sup>

Spørsmålet om en mindreårig som tar nakenbilder av seg selv kan straffes for fremstilling av barnepornografi, har lovgiver tatt stilling til, og må besvares benektende, jf. Innst.O.nr.66 (2004–2005) s. 3–4. I innstillingen er det gjengitt uttalelser fra departementet, hvor det påpekes at bestemmelsen må tolkes med en alminnelig rettsstridsreservasjon, og at straffebudet er gitt for å beskytte den mindreåriges interesser.<sup>153</sup> En kvinne kan heller ikke straffes for selvpåført

---

<sup>150</sup> Se for eksempel straffeloven 1902 § 257.

<sup>151</sup> Særlige omstendigheter som utelukker straffansvar her vil vel typisk være tilfeller av negotiorum gestio (uanmodet forretningsførsel), se Andenæs (2004) s. 191.

<sup>152</sup> Hagerup (1911) s. 211 flg.

<sup>153</sup> Ved utarbeidelsen av en tilsvarende straffebestemmelse i Danmark, var det foreslått å innta en rettsstridsreservasjon i straffebudet. Justisministeren fjernet reservasjonen, da den ble ansett som overflødig, se Toftegaard Nielsen (2013) s. 43 med henvisninger.

kjønnslemlestelse.<sup>154</sup> Selv uten disse uttalelser fra lovgiver, må det være rimelig opplagt at det her ville foreligge materiell atypisitet – slike handlinger begås i de aller fleste tilfeller av andre enn dem som selv er vernet av straffebudet.

I Rt. 2002 s. 1749 tok Høyesteretts ankeutvalg stilling til rekkevidden av straffeloven 1902 § 148, den såkalte mordbrannparagrafen. Det ble lagt til grunn at vilkåret «tap av menneskeliv» ikke omfattet situasjoner der det utelukkende oppstår fare for eget liv. Dette ble begrunnet med at det ikke er ulovlig med forsøk på selvmord eller å utsette seg selv for alvorlig fare.

På bakgrunn av det som her er nevnt, må hensynet til den private autonomi være avgjørende. Rammer handlingen utelukkende egne interesser, vil de hensyn straffebudet skal verne normalt stå svakt. I disse tilfeller bør det derfor foreligge særskilte holdepunkter for ileggelse av et straffansvar.<sup>155</sup>

## 5.4. Effektivitetshensyn

Innen strafferetten skiller vi mellom allmenn- og individualprevensjon. En individualpreventiv virkning er oppnådd i det den enkelte borger avstår fra ny kriminalitet, mens en allmennpreventiv virkning er oppnådd i det flere borgerne avholder seg fra å begå forbudte handlinger.<sup>156</sup> Ved tolkingen av et straffebud legger Høyesterett vekt på hensynet til allmennprevensjon, og tolkingen bygger på antakelser om hva som kan gi en allmennpreventiv effekt. Hvilken vekt hensynet skal tillegges, beror på hvilke andre hensyn som gjør seg gjeldende.<sup>157</sup>

Hensynet til allmennprevensjon blir gjerne formulert som et spørsmål om straffebudets effektivitet.<sup>158</sup> Å anerkjenne at enkelte handlinger er rettmessige, kan ha betydning for den funksjon straffebudet er ment å ha. Blir den enkeltes handlefrihet for stor, trues den interesse som straffebudet skal beskytte. Et moment i vurderingen av om det foreligger materiell atypisitet vil derfor være om

---

<sup>154</sup> Ot.prp.nr.22 (2008–2009) s. 435, jf. Ot.prp.nr.50 (1994–1995) s. 6.

<sup>155</sup> Slik også Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 91.

<sup>156</sup> Andenæs (2004) s. 81–82.

<sup>157</sup> Eskeland (2013) s. 149.

<sup>158</sup> Eskeland (2013) s. 149.

straffebudets effektivitet vil undergraves ved å akseptere handlingen som rettmessig.<sup>159</sup>

Noen eksempler på vektlegging av effektivitet er Rt. 1979 s. 1491 og Rt. 2011 s. 1.<sup>160</sup> Den sistnevnte avgjørelse gjaldt et tilfelle hvor en advokat hadde krevd inn penger på vegne av sin klient. Det viste seg at beløpet stammet fra straffbare handlinger, og spørsmålet var om advokaten hadde begått et heleri. For Høyesterett ble det prosedert på at advokaten ikke hadde opptrådt rettsstridig. I avgjørelsen mente Høyesterett at et unntak for advokater ville føre til at forbudet mot hvitvasking mistet sin kraft, og man risikerte dessuten å legge til rette for økt etterspørsel etter advokattjenester i hvitvaskingsøyemed. En slik utvikling var lite ønskelig, og resultatet ble domfellelse.

Rt. 2008 s. 1491 gjaldt et tilfelle hvor den tiltalte fremsatte en drapstrussel mot en offentlig tjenestemann under en samtale med en psykiater. Høyesterett påpekte at fordi personen var strafferettslig tilregnelig, ville det ikke være aktuelt med sikkerhetstiltak i form av tvungent psykisk helsevern. Videre ville rent forebyggende tiltak fra politiet ikke være tilstrekkelig til å verne samfunnet. Dersom konkrete trusler fremsatt under time med psykiater/psykolog var rettmessige, ville det dermed ikke være adgang til å verne samfunnet mot den tiltalte, for eksempel gjennom varetektsfengsling og senere forvaring.

Etter mitt syn er argumentet om manglende varetektsfengsling lite holdbart. Alle varetektsfengslingsgrunnlag forutsetter at det foreligger en rettsstridig handling, se lov nr. 25/1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 184 annet ledd, jf. § 171 («mistenkes for en eller flere handlinger»), § 172 («mistenkes for en forbrytelse [...] eller forsøk på en slik forbrytelse») og § 173 («treffes på fersk gjerning og ikke avstår fra den straffbare virksomhet»). Hvis handlingen ikke er rettsstridig, vil det ikke være rom for varetektsfengsling. Behovet for varetektsfengsling gjør seg imidlertid først gjeldende dersom handlingen i seg selv er rettsstridig. Det er rettsstriden som begrunner behovet for varetekt, ikke omvendt.

---

<sup>159</sup> Slettan/Øie (1997) s. 76–77

<sup>160</sup> Førstnevnte dom er behandlet av Slettan/Øie (1997) s. 77.

## 5.5. Rettssikkerhetshensyn

Eskeland har under henvisning til rettspraksis hevdet at rettssikkerhetshensyn kan være avgjørende for manglende rettsstrid.<sup>161</sup> Dette begrunnes i Rt. 1992 s. 1088, Rt. 1998 s. 407, Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2000 s. 1223. Felles for disse avgjørelsene er at det dreier seg om tilfeller hvor politiet har brukt ulovlige etterforskningsmetoder, men uten at de er forbudt ved lov.

Politiprovokasjon reiser egentlig to spørsmål i en rettsstridsvurdering. Det første spørsmålet er om politiet selv har fulgt de ulovfestede reglene for ekstraordinær etterforskningsmetoder. Er reglene ikke fulgt, kan politiet ha handlet rettsstridig, jf. Rt. 1998 s. 407 og Rt. 1999 s. 1269. Det neste spørsmålet blir om politiets rettsstridige opptreden medfører at gjerningspersonens handling blir rettmessig.

I Rt. 1992 s. 1088 taler Høyesterett om at det foreligger en frifinnelsesgrunn «som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjonen» (s. 1091). Med andre ord mener Høyesterett at manglende rettsstrid og straffrihet på grunn av ulovlige etterforskningsmetoder er to forskjellige ting. Materiell atypisitet kjennetegnes nettopp ved at den utførte handling som skiller seg fra den kriminaliserte gjerning. I de sakene som her er nevnt, dreide det seg om straffverdige handlinger som de færreste vil anse som akseptable.<sup>162</sup> Etter mitt skjønn er det derfor mer naturlig å se på spørsmål nummer to som et spørsmål om straffritak, dvs. om gjerningspersonens handling kan unnskyldes på grunn av politiprovokasjon, og ikke et spørsmål om rettsstrid.

Fordi rettssikkerhetshensyn oftest beror på forhold utenfor selve handlingen, er det vanskelig å tenke seg at rettssikkerhetshensyn kan medføre materiell atypisitet. Et tilfelle er kanskje Rt. 2013 s. 1442, som ble nevnt under punkt 5.3. Her forspilte legen bevis for å unngå å bryte sykehusets taushetsplikt overfor pasienten. Handlingen var nokså atypisk for straffebudet, ved at den også tok sikte på å etterleve en lovpålagt plikt. Avveiningen mellom hensyn tyder på at pasientens rett til å søke legehjelp uten frykt for inkriminering veide tyngre enn

---

<sup>161</sup> Eskeland (2013) s. 159.

<sup>162</sup> Slik også Eskeland (2013) s. 159.



samfunnets rett til å påtale legen. En motsatt konklusjon kunne ført til at utsatte grupper kviet seg med å søke nødvendig helsehjelp.

## 5.6. Forutberegnelighetshensyn

Et grunnleggende hensyn i strafferetten er at borgeren skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Hensynet til forutberegnelighet kan forankres i Grunnlova § 96 og EMK artikkel 7, og har særlig betydning som skranke ved utvidende og analogisk anvendelse av et straffebud.<sup>163</sup> Hvilken betydning har da hensynet til forutberegnelighet ved vurderingen av om det foreligger materiell atypisitet?

Utgangspunktet må være at dersom handlingen omfattes av gjerningsbeskrivelsen av et straffebud, vil det normalt ikke foreligge noen berettiget forventning hos gjerningspersonen om at handlingen er rettmessig. Har gjerningspersonen handlet i den feilaktige tro at handlingen var lovlig, vil det oftest bli et spørsmål om rettsvillfarelsen er unnskyldelig, jf. straffeloven 1902 § 57 / straffeloven 2005 § 26.

Det kan likevel tenkes tilfeller hvor et lignende spørsmål er avgjort av en domstol. Er straffebudet tolket innskrenkende av Høyesterett, kan det foreligge et prejudikat som kan ha avgjørende betydning for fremtidige saker.<sup>164</sup> Hensynet til forutberegnelighet kan dermed gjøre seg gjeldende i spørsmålet om materiell atypisitet, dersom Høyesterett har uttalt seg om lovforståelsen.

Uavhengig av prejudikat, kan det også unntaksvis tenkes å oppstå visse forestillinger i samfunnet om at enkelte handlinger er rettmessige, og borgerne følgelig vil innrette seg etter dette, til tross for at handlingen formelt sett er kriminalisert. Dette gjelder særlig straffebud som var gitt i en annen tid under helt andre samfunnsforhold, dvs. straffebud som er umoderne og ikke har tålt tidens tann. I praksis kommer slike tilfeller sjelden på spissen, da påtalemyndigheten normalt ikke vil ta ut tiltale. På bakgrunn av endrede

---

<sup>163</sup> Strandbakken (2004) s. 202–206.

<sup>164</sup> Eskeland (2013) s. 98–101.

samfunnsforhold skal det antakelig nokså mye til før kravet om rettsstrid er oppfylt i bestemmelsene som er inntatt i straffeloven 1902 kapittel 41.<sup>165</sup>

## 5.7. Hensynet til konkret rimelighet

I lovgivningen hender det, og da særlig innen privatretten, at lovgiver gir domstolene adgang til å foreta en rimelighetssensur, se for eksempel avtaleloven § 36. På andre områder har domstolene selv tiltatt seg eller innfortolket rimelighetssensur, slik som ved domstolsprøving av kvalifisert urimelige forvaltningsvedtak, eller ved usaklige oppsigelser fra arbeidsgiver.<sup>166</sup> Et spørsmål blir derfor om det kan oppstilles en rettsstridsreservasjon fordi resultatet i den konkrete straffesak fremstår som urimelig.

Straff blir tradisjonelt definert som et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han eller hun skal føle det som et onde, jf. Rt. 1977 s. 1207. Hensynet til lovbrøtters skyld og rettferdighetshensyn tilsier at straffen ikke må være uforholdsmessig streng sammenholdt med forbrytelsen.<sup>167</sup> I rettskildefaktoren reelle hensyn er det også vanlig å inkludere rimeligheten av det enkelte resultat.<sup>168</sup> Hvis ileggelse av straffansvar fremstår som urimelig i det konkrete tilfellet, skulle dette kanskje tilsi at domstolene burde ha en adgang til å foreta en rimelighetssensur.

Den juridiske litteratur har i hovedsak vært avvisende til en slik tanke.<sup>169</sup> Oppfatningen har vært at det ikke er den konkrete rimelighet som bør være avgjørende for rettmessigheten, og at det er lovgivers oppgave å trekke grensedragningen. Hvis en omstendighet skal kunne utelukke materiell typisitet, må den også være egnet til det i andre, tilsvarende saker.<sup>170</sup>

Spørsmålet kom opp for Høyesterett i Rt. 2004 s. 598, hvor saksforholdet var meget spesielt. Saken gjaldt et spørsmål om forsøk på bistand til hvitvasking av

---

<sup>165</sup> Bestemmelsene er ikke videreført i straffeloven 2005, jf. Ot.prp.nr.22 (2008–2009) s. 385–388.

<sup>166</sup> Fougner (2014) s. 107–116.

<sup>167</sup> Mæland (2012) s. 40

<sup>168</sup> Se note 70.

<sup>169</sup> Bratholm s. 90 (1980) og Agge (1964) s. 352. Motsatt Slettan/Øie (1997) s. 76–77.

<sup>170</sup> Bratholm (1980) s. 90.

pengen, hvor pengesedler bokstavelig talt skulle rengjøres med et dyrt rensmiddel som gjerningspersonen hadde blitt lurt til å kjøpe. Det viste seg at pengene rent faktisk ikke eksisterte, og det forelå derfor et såkalt utjenlig forsøk. Forsvareren anførte at det ble et spørsmål om ikke As handlinger lå innenfor det allment akseptable, hensett til det bedrageriet A ble utsatt for. Ut fra den alminnelige rettsstridsreservasjon måtte dette i så fall føre til at forsøket ikke kunne anses straffbart. Til dette bemerket Høyesterett:

*«Jeg kan heller ikke se at en rettsstridsreservasjon kan gi grunnlag for frifinnelse. Argumentasjonen på dette punkt står for meg som uklar. Hovedpoenget synes å være at det ville være urimelig å reagere med straff i et tilfelle som dette. Jeg finner det tilstrekkelig å vise til det jeg har sagt om at også utjenlige forsøk kan være straffbare. For øvrig ser jeg det ikke slik at det bedrageriet A har vært utsatt for, på noen måte gjør hans handlemåte akseptabel.»* (avsnitt 41.)

Avgjørelsen viser at Høyesterett er avvisende til å benytte konkrete rimelighetshensyn ved oppstillingen av en rettsstridsreservasjon. Tilsvarende synes også å fremgå av Rt. 2008 s. 1491, se avsnitt 27. I denne avgjørelsen uttaler Høyesterett at spørsmålet om innskrenkende fortolkning må løses på generelt grunnlag, og det er «det generelle behovet for å strafforfølge som må være avgjørende, og ikke beskyttelsesbehovet i den konkrete sak.»

I forarbeidene til straffeloven 2005 synes det å være forutsatt at konkret rimelighet ikke kan vektlegges som et selvstendig hensyn i vurderingen av om loven skal tolkes innskrenkende.<sup>171</sup> Det er imidlertid ikke tvilsomt at rimelighet kan komme inn på harmoniseringsstadiet av rettsanvendelsesprosessen, i form av et reelt hensyn.<sup>172</sup> Her blir vurderingen om *regelen i de fleste tilfeller* vil medføre et godt og rimelig resultat, og ikke hvorvidt avgjørelsen fører til et rimelig resultat i det konkrete tilfellet.<sup>173</sup> For at konkret rimelighet skal ha betydning, må en kunne grunngi dette i alminnelige betraktninger om rettsstrid. Med andre ord blir konkret rimelighet egentlig bare et spørsmål om handlingen er tilstrekkelig straffverdig eller ikke, jf. Rt. 2004 s. 598.

---

<sup>171</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 214.

<sup>172</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 214

<sup>173</sup> Hvilket også er vanlig å inkludere under betegnelsen «reelle hensyn», se note 70.

## 6. Forholdet mellom materiell atypisitet og uaktsomhetsnormen

Ved utarbeidelsen av den nye straffeloven, ble følgende legaldefinisjon benyttet i straffeloven 2005 § 23 første ledd: «Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.» Definisjonen er ment som en videreføring av gjeldende rett, og innebærer to vilkår.<sup>174</sup> For det første må handlingen objektivt sett avvike fra det som ville vært en forsvarlig opptreden. For det andre må det være grunn til å bebreide vedkommende ut fra gjerningspersonens egne personlige forutsetninger.

Dersom vedkommende har handlet i tråd med det objektive mål for aktsomhetsplikten, kan vedkommende ikke straffes for handlingen. Dette gjelder selv om gjerningspersonen har tilsidesatt den forsiktighet som han eller hun selv pleier å vise.<sup>175</sup> At handlingen eller unnlåtelsen er uforsvarlig, er også en forutsetning for både forsett og uaktsomhet.<sup>176</sup> Fordi uaktsomhet utgjør den nedre grense for strafferettslig skyldansvar, må forsvarlighetsvilkåret på den objektive siden av uaktsomhetsnormen derfor være sammenfallende med forsvarlighetsvilkåret ved den individuelle handlefrihet.<sup>177</sup>

En sak som er egnet til illustrasjon er Rt. 2012 s. 622. Saken gjaldt en tidligere stortingsrepresentant som var tiltalt for grovt uaktsomt bedrageri etter straffeloven 1902 § 270, jf. § 271. Stortingsrepresentanten hadde mottatt pensjonsytelser som han ikke hadde krav på etter daværende lov nr. 61/1981 om pensjonsordning for stortingsrepresentanter, etter at han hadde blitt feilinformert av pensjonsordningens sekretær.

Høyesterett kom til at stortingsrepresentanten ikke hadde handlet i strid med redelighet og god tro da han stolte på den informasjonen han fikk fra pensjonsordningens sekretær, og ikke foretok ytterligere undersøkelser eller

---

<sup>174</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 427.

<sup>175</sup> Hagerup (1911) s. 335 og Skeie (1946) s. 141.

<sup>176</sup> Skeie (1946) s. 229.

<sup>177</sup> I samme retning Husabø (1999) s. 98–99 og Jacobsen (2012a) s. 16.

satte i verk andre tiltak for å forsikre seg om at han hadde krav på pensjon. Han hadde dermed ikke rettsstridig forledet pensjonsordningen. Førstvoterende tilføyde at det ikke var behov for å vurdere om stortingsrepresentanten hadde utvist subjektiv skyld, men «at det i denne sammenheng langt på vei vil være de samme argumenter som inngår i aktsomhetsvurderingen som ved spørsmålet om rettsstrid» (avsnitt 44).

## 7. Noen prosessuelle spørsmål

I norsk straffeprosess går det en grunnleggende grense mellom skyld- og straffespørsmål. Det er en sterk presumsjon for at vilkårene for straff hører under skyldspørsmålet, jf. straffeprosessloven §§ 366 og 367.<sup>178</sup> Rettsstrid er tradisjonelt oppstilt som et alminnelig vilkår for straffbarhet, jf. Rt. 2000 s. 646. Spørsmålet om frifinnelse på bakgrunn av manglende rettsstrid må derfor høre under skyldspørsmålet.<sup>179</sup>

Hvorvidt det bør oppstilles en reservasjon eller ikke, blir et spørsmål om lovanvendelse. Ankes en dom, kan ankeinstansen uansett ankegrunn prøve om det bør oppstilles en rettsstridsreservasjon, jf. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 1. Dette gjelder likevel normalt ikke dersom ankeinstansen gjennom ankesilingen har nektet spørsmålet fremmet, jf. straffeprosessloven §§ 321 og 323. Det er antakelig visse unntak fra en slik nektelse ved ankesiling.<sup>180</sup>

Hva da om saken ikke har nådd domstolene? Et utslag av påtalemyndighetens objektivitetsplikt, er plikten til å klarlegge både det som taler mot, og til fordel for, den tiltalte, se straffeprosessloven § 226. Objektivitetsplikten omfatter også lovanvendelsen, se forutsetningsvis straffeprosessloven § 309. Fordi rettsstrid er et vilkår for straff, er påtalemyndigheten avskåret fra å fatte positive påtalevedtak dersom den mener at det skal oppstilles en reservasjon. Vedtak om utferdigelse av tiltale, forelegg, påtaleunntak eller begjæring om pådømmelse ved tilståelsesdom er derfor utelukket.<sup>181</sup> I stedet må det fattes et negativt påtalevedtak i form av en henleggelse etter straffeprosessloven § 72 første ledd. Er faktum på det rene, bør vel henleggelseskode være intet straffbart forhold.

---

<sup>178</sup> Matningsdal (1998) s. 287.

<sup>179</sup> Slik også Matningsdal (1998) s. 292, under henvisning til Rt. 1992 s. 1088. Jeg synes ikke henvisningen er helt treffende, ettersom den saken gjaldt «en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon» (s. 1091).

<sup>180</sup> Se nærmere Bjerke mfl. (2011) s. 1192–1193 med henvisninger.

<sup>181</sup> Straffeprosessloven §§ 249, 255, 69, 70 og 248.

## 8. Avsluttende refleksjoner

Gjennomgangen tilsier at det kan være grunn til å foreta noen avsluttende refleksjoner. Under punkt 2.2 ble det presentert to innvendinger mot rettsstrid. Den ene delen av kritikken var at rettsstrid kun ble et bindeledd, og ikke ga noen egenverdi. Anbefalingen var dermed at man like gjerne kunne klare seg uten begrepet. Denne delen av kritikken faller på sin egen urimelighet.<sup>182</sup> Strafferetten er full av vilkår som kunne blitt spaltet opp i mindre deler, slik som for eksempel medvirkningsvilkåret som kan deles inn fysisk, psykisk og passiv medvirkning.<sup>183</sup> Skulle dette endres, ville det være et brudd på nordisk lovgivningstradisjon, og et skritt i retning av mer kasuistisk lovgivning. Videre må det legges til at strafferetten meget omfattende, og griper inn på de fleste rettsområder. Dersom man helt skulle unngå overbegrep som for eksempel rettsstrid, uaktsomhet eller medvirkning, ville strafferetten i realiteten bli en u håndterlig masse av enkeltregler som de færreste ville være i stand til å håndtere på en forsvarlig måte.

Den andre delen av kritikken gikk på det materielle rettsstridsbegrepet. Hovedpoenget var at man mente at det ikke lot seg oppstille en grense mellom hva rettsordenen objektivt sett tillater og hva den forbyr. Det ble derfor tatt til ordet for et formelt rettsstridsbegrep, hvor rettsstrid ikke skulle være et selvstendig vilkår, men en betegnelse på det resultatet som bestemte regler gir anvisning på.

Til dette er å si at det er knapt nok noe som helst i vår virkelighetsforståelse som ikke kan sies å være et tolkningsresultat av noe annet.<sup>184</sup> Dette skjer gjennom en utstrakt systematisering av det vi kan erfare og observere, ved inndeling i overordnede- og underordnede begrep. Vi deler for eksempel inn dyr og planter inn i forskjellige arter og familier, og vi knytter begreper som hus og bil til nærmere angitte objekter. Artene, familiene og objektene kan i stor grad variere, uten at de nødvendigvis faller utenfor sitt begrep. Dette gjelder selvsagt også

---

<sup>182</sup> Kritikken til Ross er kraftig imøtegått av Baldersheim (2011).

<sup>183</sup> Se blant annet Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 13.

<sup>184</sup> Se også Jacobsen (2012b) s. 339–341.

innen rettsvitenskapen, hvor vi sonderer mellom offentlig og privat rett, og trekker nærmere grensedragninger for hvert enkelt rettsområde, ned til det enkelte rettslige spørsmål. Vi kan derfor like gjerne si at samtlige straffbarhetsbetingelser egentlig er tolkningsresultat, fordi de beror på at andre omstendigheter foreligger. Kravet om rettsstrid skiller seg ikke nevneverdig ut fra de øvrige straffbarhetsbetingelsene, og kritikken fremstår derfor som nokså meningsløs.

Kritikken kan kanskje ha noe for seg dersom en frykter såkalt begrepsjurisprudens, som innebærer at den juridiske argumentasjonen blir søkt fastslått ved deduksjon fra et generelt begrep eller prinsipp.<sup>185</sup> Faren ved begrepsjurisprudens er at rettsanvenderen risikerer å forsøke å løse rettsspørsmål gjennom deduksjon fra generelle definisjoner og begreper, uten tilstrekkelig rettskildemessig forankring.<sup>186</sup> Det må trolig være dette Andenæs mener når han advarer om at spørsmålet om rettsstrid ikke kan anses avgjort ved regler som består forut for og uavhengig av straffebudet.<sup>187</sup>

Rettsstrid har sterk rettskildemessig forankring, ettersom rettsstridighet foreligger nettopp i de tilfeller hvor handlingen strider mot rettsordenen, dvs. de regler som til sammen utgjør den gjeldende rett. Gjennomgangen i punkt 5 viser at grensedragningen i stor grad vil bero på ulike elementer knyttet til handlingen, og at disse vil variere ut fra hvilken type handling det er snakk om. At grensen må trekkes i den enkelte sak har aldri vært bestridt, verken av Hagerup eller Torp.<sup>188</sup> En kan derfor like gjerne si at disse bestemte regler, som bygger på formelle og ikke-formelle grenser, egentlig bare er forskjellige deler av det som til sammen utgjør den materielle rettsstrid.<sup>189</sup>

Kritikken mot det materielle rettsstridsbegrepet må kanskje leses på bakgrunn av at den hovedsakelig er fremsatt i en tid hvor reelle hensyn ikke var særlig utbredt som en rettskildedefaktor, og hvor vurderinger som man i dag vil omtale

---

<sup>185</sup> von Eyben (2004) s. 58.

<sup>186</sup> von Eyben (2004) s. 201.

<sup>187</sup> Andenæs (2004) s. 157.

<sup>188</sup> Se note 18.

<sup>189</sup> Slik Hagerup (1911) s. 231–232, som omtaler reglene som enkeltanvendelser av et alminnelig prinsipp.



som reelle hensyn gjerne ble kamouflert bak mer eller mindre vagt begrunnede utvidende eller innskrenkende fortolkninger.<sup>190</sup> Som nevnt under punkt 3, er den alminnelige rettsoppfatningen i dag at rettsanvendelsen ikke utelukkende baserer seg på positiverte rettskilder, men også på alminnelige rettsgrunnsetninger og reelle hensyn.<sup>191</sup>

Gjennomgangen viser at det kan være vanskelig å plassere kravet om rettsstrid blant de tradisjonelle straffbarhetsbetingelsene i ansvarslæren. En løsning er å akseptere den nåværende situasjon. Dette er ikke nødvendigvis problematisk, da vi også har andre tilfeller av uklare grensedragninger innen strafferetten. Dette gjelder for eksempel om en person er hovedmann eller medvirker, eller om det foreligger fysisk eller psykisk medvirkning. I begge eksemplene kan svaret være begge deler. Når det i de foregående drøftelser er vist til flere tilfeller som grenser mot tradisjonelle straffrihetsgrunner, og som anses rettmessige, kan det kanskje hevdes at strengt tatt ikke verken er mulig eller ønskelig å foreta nærmere grensedragninger.<sup>192</sup> Fra et rettsvitenskapelig standpunkt kan det innvendes at uklare grensedragninger kan være uønsket, og at det er rettsvitenskapens oppgave å løse slike spørsmål.

Et annet standpunkt er å unngå uttrykket rettsstrid fullstendig, hvilket har vært anbefalingen fra den juridiske litteratur.<sup>193</sup> Etter mitt syn er dette en dårlig løsning, og historien viser at grepet ikke har vært spesielt vellykket.<sup>194</sup> Både lovgiver og domstolene taler fremdeles om rettsstrid, 70 år etter at angrepene mot rettsstridslæren var på sitt mest intense. Å lukke øynene og late som om rettsstrid forsvinner om det ikke nevnes, leder rettsanvenderen rett inn i tåken.

En mellomløsning er kanskje å si at det å oppstille en ulovfestet straffefrihetsgrunn er det samme som å tolke et straffebud innskrenkende.<sup>195</sup> En flytter dermed kategorien av forskjellige innskrenkende tolkning over fra

---

<sup>190</sup> Første gang reelle hensyn fikk plass i en juridisk lærebok var visst nok første utgave av Per Augdahls *Rettskilder* i 1948, se Kjønstad (2006) s. 360–362.

<sup>191</sup> Se note 69. For kritiske merknader, se utsagn som er gjengitt av Skoghøy (2013) s. 257.

<sup>192</sup> Se særlig ved note 122 og punkt 5.2.6 siste avsnitt.

<sup>193</sup> Se note 43.

<sup>194</sup> Se også Frøberg (2012) s. 5.

<sup>195</sup> Se note 93.

spørsmålet om overtredelse av straffebudet, til spørsmålet om det foreligger straffrihetsgrunn. Rent systematisk er dette unektelig litt spesielt, og forarbeidene til straffeloven 2005 synes å trekke et skille mellom straffrihetsgrunner og innskrenkende fortolkning.<sup>196</sup>

En mer radikal løsning er å systematisere straffbarhetsbetingelsene på en annen måte. I eldre litteratur hadde kravet om rettsstrid en mer fremtredende rolle.<sup>197</sup> I nyere teori er det tatt til ordet for straffbarhetsbetingelsene bør heller deles inn i henholdsvis gjerningsculpa, rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner.<sup>198</sup> Ved en slik inndeling blir rettsstridsvurderingene helt sentrale for å fullføre den grensedragningen som lovgiver har forsøkt å foreta ved utformingen av straffebud.<sup>199</sup> Som nevnt under punkt 3, er det fullføringen av grensedragningen som må være siktemålet ved fastleggelsen av den materielle grensen for straffansvaret. Et argument mot en annen systematisering av straffbarhetsbetingelsene er at straffeloven 2005 bygger på den tradisjonelle inndelingen.<sup>200</sup>

Ut fra det er sagt ovenfor, kan situasjonen virke håpløs. Så er imidlertid ikke tilfellet. Kravet om rettsstrid er i bunn og grunn et problem for systematisering av straffbarhetsbetingelsene. Ved løsningen av et materielt strafferettslig spørsmål vil det, uavhengig av systematikk, være de samme hensyn som skal anvendes i vurderingen. Det konkrete resultat vil derfor formodentlig måtte bli det samme, uavhengig av hvilken rekkevidde man tillegger rettsstridsbegrepet.<sup>201</sup> Det kan nok likevel tenkes at en økt bevissthet på fenomenet rettsstrid kan gjøre det lettere for rettsanvenderen å identifisere problemstillingen på et tidligere stadium av saken.

En økt bevissthet kan også bli nødvendig i det den nye straffeloven trår i kraft. Redselen for ordet «rettsstrid» synes medført en noe uheldig utforming av straffebudene. Som tidligere nevnt, skal uttrykket «rettsstrid» ikke lenger

---

<sup>196</sup> Se nedenfor, samt note 47.

<sup>197</sup> Hageup (1911) s. 140, Skeie (1946) s. 139 flg. og Bratholm (1980) s. 87–90.

<sup>198</sup> Jacobsen (2012a).

<sup>199</sup> Jacobsen (2012a) s. 20.

<sup>200</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 194 flg. Det er også andre innvendinger mot Jacobsens forslag, se nærmere Frøberg/Torgersen (2012), Jacobsen (2012b), Frøberg/Torgersen (2013) og Jacobsen (2013).

<sup>201</sup> I samme retning Slettan/Øie (1997) s. 79.

henviser til andre regler som er avgjørende for hvor langt straffansvaret rekker, men benyttes for å markere at lovbestemmelsen skal tolkes innskrenkende.<sup>202</sup> For henvisning til andre regler, skal ordet «ulovlig» benyttes. Når rettsstrid språklig sett betyr i strid med gjeldende rett, blir det for meg nokså ulogisk at et vilkår om rettsstrid ikke også skal henvide til formelle grenser for straffansvaret. Det er nettopp disse som gjerne vil være de praktisk viktigste, slik som regler om nødrett og nødverge. Forarbeidenes terminologi avviker fra tradisjonell oppfatning, og synes å redusere vilkår om rettsstrid til en noe uklar påminnelse om at straffebudet kanskje skal tolkes innskrenkende, men at denne fortolkningen ikke omfatter kjente standardkategorier av straffrihetsgrunner. Jeg stiller meg derfor kritisk til terminologien som er anvendt i den nye straffeloven.

Det er også bemerkelsesverdig at departementet erkjenner at det enkelte steder er behov for en bredere henvisning enn det som naturlig følger av ordet «ulovlig», men synes å mene at «urettmessig» eller «uberettiget» er mer hensiktsmessig enn «rettsstrid».<sup>203</sup> Hva som oppnås med endring av terminologi fra for eksempel «rettsstridig adferd» til «urettmessig adferd» i tvangsbestemmelsen er for meg nokså uklart.<sup>204</sup> Loven hadde vært bedre og enklere – både pedagogisk og operativt – om lovgiver hadde vedtatt en generalklausul, hvilket også var foreslått fra straffelovkommisjonene.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> Se note 47.

<sup>203</sup> Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 22.

<sup>204</sup> Se straffeloven 1902 § 222 sml. straffeloven 2005 § 251.

<sup>205</sup> Se note 26.

# Litteraturliste og kildetilvisninger

## Litteratur

- Agge (1964) Ivar Agge, *Straffrättens allmänna del. Föreläsningar. Tredje häftet*, Stockholm 1964. Optrykk 1970.
- Andenæs (1942) Johs Andenæs, *Straffbar unnløstelse Et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Oslo 1942.
- Andenæs (2004) Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004.
- Andenæs (2008) Johs. Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, Oslo 2008.
- Andorsen (1999) Kjell V. Andorsen, *Strafferettslig nødrett*, Oslo 1999.
- Auglend mfl. (2004) Ragnar Auglend, Henry John Mæland, Knut Røsandhaug, *Politirett* 2. utgave, Oslo 2004.
- Baldersheim (2011) Erlend Baldersheim, *Ross og Erasmus: Mor Nille er «tûtût»?*, Retfærd 2011 nr.1/132 s 65–84
- Bjerke mfl. (2011) Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven : lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2011.
- Bratholm (1980) Anders Bratholm, *Strafferett og samfunn : alminnelig del*, Oslo 1980.
- Eckhoff/Helgesen (2001) Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001.
- Eskeland (2013) Ståle Eskeland, *Strafferett*, 3. utgave, Oslo 2013.
- Fougner (2014) Jan Fougner, «Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn» i *Forhandlingene ved Det 40. nordiske Juristmøte i Oslo 21.–22. august 2014*, Oslo 2014, BIND I s. 107–116.
- Frøberg (2010) Thomas Frøberg, *Prinsippstyring av strafferettspolitikken*, Kritisk Juss nr. 1 2010 s. 38–63.
- Frøberg (2012) Thomas Frøberg, *Skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner*, Jussens Venner nr. 1 2012 s. 1–32.

- Frøberg/Torgersen (2012) Thomas Frøberg og Runar Torgersen, *Noen kommentarer til Jørn RT Jacobsens artikkel «Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære»*, Tidsskrift for Strafferett nr. 2 2012 s. 184–205.
- Frøberg/Torgersen (2013) Thomas Frøberg og Runar Torgersen, *Noen ytterligere kommentarer til Jørn RT Jacobsens utkast til en ny ansvarslære*, Tidsskrift for Strafferett nr. 1 2013 s. 80–88.
- Hagerup (1911) Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, Kristiania 1911.
- Hov (1982) Jo Hov, «Interessteoriene i straffeprosessen» i *Lov og frihet: festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen, 7. september 1982*, Anders Bratholm, Nils Christie og Torkel Opsahl (red.), Oslo 1982, s. 453–472.
- Husabø (1999) Erling Johannes Husabø, *Straffansvarets periferi: medverking, forsøk, førebuing*, Bergen 1999.
- Høgberg (2000) Alf Petter Høgberg, *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2000 s. 525–649
- Jacobsen (2012a) Jørn RT Jacobsen, *Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære*, Tidsskrift for Strafferett nr. 1 2012 s. 5–25.
- Jacobsen (2012b) Jørn RT Jacobsen, *Rett/sleg forståing: Svar til Thomas Frøberg og Runar Torgersen*, Tidsskrift for Strafferett nr. 3 2012 s. 329–344.
- Jacobsen (2013) Jørn RT Jacobsen, *Sluttreplikk om ei strafferettsleg ansvarslære*, Tidsskrift for Strafferett nr. 1 2013 s. 89–95.
- Kjønstad (2006) Asbjørn Kjønstad, «Reelle hensyn som rettskilde» i *Dog fred er ej det bedste- : festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006*, Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln, Aslak Syse (red.), Oslo 2006, s. 313–327.
- Knoph (1921) Ragnar Knoph, *Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett*, Kristiania 1921.
- Matningsdal (1998) Magnus Matningsdal, *Grensen mellom skyld- og straffespørsmål*, Jussens Venner nr. 5 1998 s. 273–299.
- Matningsdal (2010) Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, Bergen 2010.
- Mæland (2012) Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012.

- Toftegaard Nielsen (2013) Gorm Toftegaard Nielsen, *Strafferet I Ansvaeret*, 4.utgave, København 2013.
- Nygaard (2004) Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave, Bergen/Oslo 2004.
- Ross (1951) Alf Ross, *Opgør med retstridslæren*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1951, s. 205–231.
- Skeie (1946) Jon Skeie, *Den norske strafferett. Første bind. Den alminnelige del*, 2. utgave, Oslo 1946.
- Skoghøy (2013) Jens Edvin A. Skoghøy, *Reelle hensyn som rettskilde*, Lov og Rett nr. 04 2013 s. 257–258.
- Slettan/Øie (1997) Svein Slettan og Toril M. Øie, *Forbrytelse og straff: lærebok i strafferett*, Oslo 1997.
- Strandbakken (2004) Asbjørn Strandbakken, *Grunnloven § 96*, Jussens Venner nr. 3–4 2004 s. 166–215.
- Torp (1905) Carl Torp, *Den danske Strafferets almindelige Del*, København 1905, Opptrykk 1918.
- Ussing (1949) Henry Ussing, *Retstridighed: Strejflys over nordisk retslære*, København 1949.
- von Eyben (2004) Bo von Eyben, *Juridisk ordbog*, 12.utgave, København 2004.
- Waaben (1997) Knud Waaben, *Strafferettens almindelige del I. Ansvarslæren*, 4.utgave, København 1997.
- Aasen (2000) Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Bergen 2000.

## **Lover**

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnlova).

Lov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven).

Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

Lov 5. desember 1947 nr. 1 om boikott (boikottloven).

Lov 21. november 1952 nr. 3 om tjenesteplikt i politiet (polititjenestepliktloven).

Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven).

Lov nr. 25/1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov nr. 61/1981 om pensjonsordning for stortingsrepresentanter – opphevet.

Lov nr. 28/2005 om straff (straffeloven 2005).

Lov nr. 100/2009 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

## Forarbeider og offentlige dokumenter

NOU 1983:57	Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I
NOU 1992:23	Ny straffelov - alminnelige bestemmelser. Straffelovkommisjonens delutredning V.
NOU 2002:4	Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII.
Ot.prp.nr.79 (1992–1993)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.).
Ot.prp.nr.50 (1994–1995)	Om lov om forbud mot kjønnslemlestelse (omskjæring av kvinner).
Ot.prp.nr.78 (2002–2003)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon).
Ot.prp.nr.90 (2003–2004)	Om lov om straff (straffeloven)
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)
Ot.prp.nr.22 (2008–2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Dok.nr.16 (2011–2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Innst.O.nr.66 (2004–2005)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffelova (eige straffebud om kjønnslege skildringer som gjer bruk av barn)

## Konvensjoner

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter,  
Roma 4. november 1950.

## Rettspraksis

### Høyesterett

Rt. 1904 s. 385	Rt. 1992 s. 1088	Rt. 2002 s. 1749	Rt. 2011 s. 1
Rt. 1947 s. 396	Rt. 1992 s. 1639	Rt. 2003 s. 1112	Rt. 2011 s. 855
Rt. 1950 s. 377	Rt. 1993 s. 117	Rt. 2003 s. 1190	Rt. 2012 s. 1211
Rt. 1952 s. 989	Rt. 1993 s. 537	Rt. 2003 s. 593	Rt. 2012 s. 622
Rt. 1952 s. 1217	Rt. 1995 s. 1969	Rt. 2003 s. 928	Rt. 2012 s. 686
Rt. 1977 s. 1035	Rt. 1995 s. 661	Rt. 2003 s. 948	Rt. 2013 s. 1442
Rt. 1977 s. 1207	Rt. 1998 s. 407	Rt. 2004 s. 510	Rt. 2013 s. 1686
Rt. 1979 s. 1492	Rt. 1999 s. 1269	Rt. 2004 s. 598	Rt. 2014 s. 152
Rt. 1981 s. 21	Rt. 2000 s. 646	Rt. 2005 s. 1567	Rt. 2014 s. 702
Rt. 1984 s. 1076	Rt. 2000 s. 1223	Rt. 2005 s. 1628	Rt. 2014 s. 786
Rt. 1986 s. 342	Rt. 2000 s. 1345	Rt. 2007 s. 1559	Rt. 2014 s. 901
Rt. 1988 s. 92	Rt. 2001 s. 1379	Rt. 2008 s. 1491	
Rt. 1990 s. 257	Rt. 2002 s. 764	Rt. 2009 s. 1498	

### Rettspraksis fra underordnede instanser

Dom av Borgarting lagmannsrett, avsagt 11. april 2014 (LB-2013-124260).

### Utenlandsk rettspraksis

UfR 2002.1314 V

UfR 2008.671 H