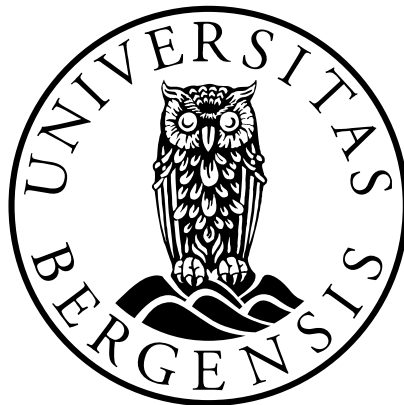


Rettsstridsreservasjonen og legalitetsprinsippet

*En analyse av rettsstridsbegrepet i norsk
strafferett, med særlig fokus på forholdet til
legalitetsprinsippet.*

Kandidatnummer: 308598

Antall ord: 14 244



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet	4
1.3 Metodiske grep	4
1.4 Fremstillingen videre og avgrensninger	5
2 Rettsstrid – som uttrykk og som begrep.....	7
2.1 Introduksjon.....	7
2.2 Uttrykket rettsstrid.....	7
2.3 Historikk	10
2.3.1 Introduksjon	10
2.3.2 Den materielle tilnærmingen.....	10
2.3.3 Den formelle tilnærmingen	11
2.4 Domstolskapt innhold.....	14
2.5 Begrepet “rettsstrid”	18
2.5.1 Introduksjon	18
2.5.2 Teoretiske tilnærminger til begrepet	18
2.5.3 Mitt standpunkt for den videre fremstillingen.....	22
3 Forholdet til det strafferettslige legalitetsprinsippet.....	24
3.1 Introduksjon til problemstillingen	24
3.2 Hensyn bak legalitetsprinsippet.....	25
3.3 Spenningsforholdet: hensynene bak legalitetsprinsippet og rettsstridsreservasjonen.....	27
3.3.1 Grunnleggende hensyn bak strafferetten.....	29
3.3.2 Begrensinger i den alminnelige handlefriheten.....	31
3.3.3 Lovgiverviljen som styrende for rettsstridsreservasjonens anvendelse	33
3.4 Potensielle konsekvenser ved bruk av rettsstridsreservasjonen	35
3.4.1 Den allmennpreventive effekten	35
3.4.2 Maktfordelingsprinsippets grenser.....	36
3.4.3 En skjønnsbasert strafferett	38
4 Bør reservasjonen lovfestes?.....	40
4.1 Lovforslaget i § 3-7	40

4.2	Er en kodifisering av reservasjonen nødvendig?	42
5	Avsluttende refleksjoner	46
	Litteraturliste	48

«En etter min mening helt forfeilet terminologi finner man i det norske utkastet til ny alminnelig straffelov (NOU 1992:23), hvor man har latt seg skremme av rettsstridsbegrepet og kalt alt for 'innskrenkende tolkning'. Dette er etter min mening å rive ned en gryende strafferettslig ansvarslære, ikke å prøve å bygge opp en». ¹

¹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 213, med videre henvisning til Kjell V. Andorsen, «Bokanmeldelse av Nils Jareborg, Strafferättens ansvarslära» *TJR* 1995 s. 745-751, på side 746-747.

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I denne oppgaven skal jeg redegjøre for og avklare hva som menes med uttrykket rettsstrid. Tema for oppgaven vil være forholdet mellom legalitetsprinsippet og rettsstridsreservasjoner, mer spesifikt den ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Det vil særlig fokuseres på hvilken funksjon og betydning rettsstridsbegrepet har for hensynene som begrunner legalitetsprinsippet konkret. Problemstillingen vil derfor omhandle hva som menes med uttrykket rettsstrid, og hvilke problemer anvendelsen av ulovfestede rettsstridsreservasjoner vil kunne ha for hensynene som begrunner legalitetsprinsippet.

1.2 Aktualitet

Rettsstridsbegrepet er en svært sentral størrelse innen strafferetten. I den forbindelse kan en stille spørsmålet ved hvorfor det ikke foreligger noen legaldefinisjon av begrepet. Flere lovbestemmelser angir som vilkår at en handling må være «rettsstridig» for at en skal kunne dømmes etter et konkret straffebed, noe som kan medføre at frihetsberøvelser foretas på bakgrunn av et vilkår uten et fast meningsinnhold. Samtidig vil andre tiltalte kunne frikjennes med begrunnelse om at handlingen *ikke* er «rettsstridig», til tross for at handlingen omfattes av og innfrir samtlige vilkår i en straffebestemmelse. Særlig i de tilfellene hvor vilkårene i et straffebed er innfridd, vil det kunne fremstå urimelig at handlingen frifinnes på bakgrunn av en ulovfestet konstruksjon. Sett opp mot det strenge legalitetsprinsippet som gjelder på strafferettens område,² vil det være problematisk at fremtiden til en tiltalt står og faller på et begrep uten et fast meningsinnhold.

1.3 Metodiske grep

Oppgaven vil bli presentert gjennom et rettsdogmatisk perspektiv. Dette innebærer med andre ord at det vil foretas en systematisk analyse av rettsstilstanden for å undersøke hva som er gjeldende rett. Gjennom å se nærmere på den juridiske metoden slik den anvendes, vil det

² Lov 17.mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven) § 96.

kunne bidra til å utpeke hvordan gjeldende rett skal avklares. Den rettsdogmatiske metoden skiller seg imidlertid fra den juridiske metoden ved at det ikke er påtvunget å komme med en avgjørelse i en konkret sak.³

Fremfor å bruke den juridiske metoden, vil jeg i denne fremstillingen analysere den. Den rettsdogmatiske metoden legger således fokuset over på hvordan strafferettens grunnleggende begreper og prinsipper skal forstås, slik vi anvender de i gjeldende rett. Disse begrepene og prinsippene vil bli benyttet til å undersøke hvordan retten skal forstås, fremstilles og kritisk analyseres.⁴ Det er dette jeg skal forsøke å gjøre i denne fremstillingen.

Som problemstillingen tilsier vil jeg se nærmere på hva rettsstrid er etter gjeldende rett. Dette vil besvares etter en gjennomgang av de tilgjengelige rettskildene om temaet, herunder blant annet rettspraksis, forarbeider og juridisk teori. Til forskjell fra å velge et konkret vilkår og tolke dette ved hjelp av den juridiske metoden, har jeg her heller valgt å undersøke en mer grunnleggende størrelse innen strafferetten. Rettsstrid benyttes som vilkår i noen av bestemmelsene i straffeloven, men eksisterer også som en egen konstruksjon utenom den positive retten.⁵ Den juridiske metoden vil dermed ikke virke treffende når det hovedsakelig er rettsstrid som ulovfestet reservasjon og bakenforliggende størrelse som jeg skal undersøke, og ikke rettsstrid som lovfestet vilkår.

Temaet rettsstrid er tidvis nevnt gjennom strafferettskurset på masterstudiet, men vies imidlertid liten oppmerksomhet til tross for dens viktige betydning innen strafferetten. På bakgrunn av at rettsstrid posisjon som en større bakenforliggende konstruksjon innen strafferetten, og ikke kun et lovfestet vilkår, har jeg derfor valgt å analysere begrepet gjennom et rettsdogmatisk perspektiv.

1.4 Fremstillingen videre og avgrensninger

Fremstillingen vil i det videre først ta for seg rettsstrid som uttrykk, hvor det også ses hen til litt historikk (punkt 2.2 og 2.3). Videre vil hovedvekten legges på rettsstridsbegrepets innhold, og dens funksjon i rettsanvendelsesprosessen (punkt 2.4). Deretter vil forholdet mellom

³ Hans Petter Graver, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, Tidsskrift for Rettsvitenskap (02/2008), Volum 121, s. 167.

⁴ Linda Gröning, Eivind J. Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bind 1, 2. Utg., Fagbokforlaget 2019, s. 23

⁵ Se her Rt. 2008 s. 1491 (avsnitt 14).

legalitetsprinsippet og rettsstridsreservasjonen belyses (punkt 3). Videre i diskusjonen om den ulovfestede rettsstridsreservasjonen vil også spørsmålet om denne bør lovfestes bli behandlet, hvor det vil vurderes om en kodifisering av reservasjonen kan betraktes som en god løsning eller ikke. (punkt 4). Dette er blant annet diskutert i forarbeidene til straffeloven av 2005. Endelig vil det gis noen avsluttende refleksjoner (punkt 5). Det vil her blant annet redegjøres for om den ulovfestede rettsstridsreservasjonen utgjør en trussel mot legalitetsprinsippet.

Oppgaven vil gjennomgående avgrenses mot øvrige rettsstridsreservasjoner, da det hovedsakelig er den ulovfestede rettsstridsreservasjonen som er oppgavens hovedtema. Andre rettsstridsreservasjoner vil imidlertid nevnes der det anses nødvendig og naturlig. Videre vil oppgaven holde seg innenfor den alminnelige strafferettens område.

Straffeloven av 2005 vil gjennomgående være nevnt i oppgaven.⁶ Imidlertid vil det noen steder være nødvendig å henvise til den eldre straffeloven av 1902.⁷ Som utgangspunkt vil jeg her påpeke når det er straffeloven fra 1902 som omhandles. Der straffeloven er nevnt uten videre forklaring, er det straffeloven av 2005 som det henvises til.

⁶ Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven, strl.).

⁷ Lov 22.mai 1902 nr. 10 Alminderlig borgerlig Straffelov (straffeloven)

2 Rettsstrid – som uttrykk og som begrep

2.1 Introduksjon

Under dette delkapittelet vil jeg se nærmere på hva rettsstrid innebærer innen den norske strafferetten. I fremstillingen vil jeg først fokusere på hva som menes med rettsstrid som språklig uttrykk. Deretter vil jeg rette søkelyset mot hva som ligger i begrepet rettsstrid, herunder dens mer abstrakte meningsinnhold. Fremstillingen er ment å gi et bilde på hvilken posisjon rettsstridsbegrepet har innen strafferetten, og hvilken forståelse av det som er lagt til grunn i gjeldende rett. Dette vil videre legge føringer for den senere drøftelsen av rettsstridsreservasjonens forhold til legalitetsprinsippet.

2.2 Uttrykket rettsstrid

Rent språklig sett er uttrykket rettsstrid satt sammen av ordene rett og strid. Uttrykket er utledet fra de germanske ordene *réhta* og *striða*, som oversatt betyr *rett* og *strid* eller *kamp*.⁸ Ordlyden av uttrykket rettsstrid vil intuitivt forstås som handlinger som strider mot retten. Hva som betegnes som «retten», er derimot ikke selvsagt.

I dagligtalen omtales gjerne «rett» som et motstykke til noe som er feil, hvor en typisk sammenlikner noe opp mot en norm eller fasit. I rettslig sammenheng refererer «rett» ofte til lover og regler fastsatt i et rettssamfunn, enten objektivt sett knyttet til rettsordenen, eller subjektivt sett opp mot den enkelte borgers rett til å utøve noe i kraft av sin posisjon.⁹ Der en handlemåte strider mot den objektive rettsordenen, kan man si at det foreligger rettsstrid i formell forstand. Rettsstrid blir da her ikke et materielt vilkår, men et formelt uttrykk for det myndighetene anser at strider mot de positive rettsreglene. I dagligtalen er det naturlig å betegne slike handlinger som «ulovlig».

Med en slik formell tilnærming, vil hva som er rett (og dermed også hva som er rettsstridig) fastsettes av rettsordenens institusjoner. Dette er et særtrekk ved rettsrealismen, hvor retten

⁸ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, Bind 1, 2. Utg., Universitetsforlaget 1974, s. 158.

⁹ Thor Falkanger og Jon Gisle, «Rett (juridisk)» i Store norske leksikon, 2.august 2022, [https://snl.no/rett - juridisk](https://snl.no/rett-juridisk) (lest 8. februar 2023).

defineres objektivt ut i fra det de faste institusjonene har bestemt;¹⁰ hovedsakelig lovgiverne, men også domstolene. Gjeldende rett blir dermed definert ut ifra regeldefinisjonen til de «autoriserte rettsanvendende organer».¹¹ Lovgiverne gir bestemmelsene som domstolene skal tolke og anvende på den konkrete situasjonen, hvor det rettslige utfallet blir stående som gjeldende rett. Hvis en handlemåte betegnes som ulovlig av lovgiverne og domstolene, altså at den går utover rettsordenens grenser, vil handlingen også være rettsstridig.

Å antyde at uttrykket rettsstrid har samme betydning som ulovlig vil imidlertid ikke være helt presist. Ulovlig i betydning av lovstridig innebærer at en handlemåte strider mot den positive retten fastsatt ved lov.¹² Ved å si at noe er rettsstridig, i betydning av at det strider mot retten, henviser en til retten i vid forstand; rettsordenen. I så fall vil betegnelsene lovstridig eller ulovlig bli for snevre, ettersom loven kun er en del av retten.¹³

Der en bryter en av bestemmelsene i straffeloven, med andre ord gjør noe definert som ulovlig, vil reaksjonen gjerne bli en eller annen form for straff. Det kan her spørres om en straffbar handling er det samme som en rettsstridig handling. Bestemmelsene i straffeloven beskriver ulike handlinger som lovgiver har bestemt at det skal reageres med straff mot dersom vilkårene er innfridd. Straffeloven angir og beskriver dermed hva lovgiver anser som straffbart. Det kan tilsynelatende virke som at en straffbar handling av den grunn også er rettsstridig.

Alf Ross var en av de som argumenterte for dette perspektivet; en handling rettsstridighet ble avgjort ut i fra handlingens straffbarhet.¹⁴ Dersom en handling var straffbar, var den med andre ord også rettsstridig. Dette gir god sammenheng med det strafferettslige legalitetsprinsippet, som innebærer at ingen kan straffes uten at det foreligger en lovbestemmelse som kriminaliserer handlingen.¹⁵ Å ilegge en straffereaksjon er uaktuelt

¹⁰ Jan Fridthjof Bernt, «Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelser av juridiske tvilsspørsmål», Uib.no 2009 s. 8.

¹¹ Bernt (2009) s. 8.

¹² Redaksjonen i Store norske leksikon, «Illegal» i Store norske leksikon, 14.februar 2009, <http://snl.no/illegal> (lest 2. mai.2023).

¹³ Falkanger og Gisle (2022).

¹⁴ Henriette N. Tøssebro, *Rettsstrid*, Fagbokforlaget 2016, s. 32.

¹⁵ Grunnloven § 96.

dersom det ikke foreligger et brudd på loven; handlingen må være rettsstridig for å kunne ilegge straff. Dermed vil en straffbar handling kunne sies å være rettsstridig.¹⁶

Denne forståelsen kommer også frem i en høyesterettsdom inntatt i Rt. 2000 s. 646. På side 652 uttaler førstvoterende at «det i norsk strafferett tradisjonelt har vært oppstilt som et alminnelig vilkår for straffbarhet at den handlingen det gjelder skal være *rettsstridig* for å rammes av loven».¹⁷ Utsagnet kan tas til inntekt for at rettsstrid er en forutsetning for å kunne betegne en handling som straffbar. Dette taler for at en straffbar handling også er rettsstridig.

En rettsstridig handling vil på den andre siden ikke utelukkende også være straffbar. Som et eksempel kan det vises til en høyesterettsdom inntatt i Rt. 2001 s. 1379; her var det spørsmål om Stavanger Aftenblad skulle ilegges foretaksstraff som følge av at en eller flere av deres journalister hadde gått til innkjøp av ecstasytabletter i forbindelse med ulike artikler om narkotikaproblemer. Førstvoterende uttalte på side 1380 at «[det er] på det rene at ein eller fleire journalistar i Stavanger Aftenblad kjøpte fem ecstasytablettar frå ein ikkje namngjeven person i Stavanger (...). Den eller dei som på dette viset kjøpte tablettane, handla forsettleg».

Vilkårene for å ilegge foretaksstraff var her oppfylt,¹⁸ slik at handlingen ble ansett rettsstridig i formell forstand. Likevel ble det ikke gitt noen straffereaksjon. Følgelig er dommen et eksempel på at selv om en handling er rettsstridig i formell forstand, betyr ikke det at den er straffbar. En rettsstridig handling kan i noen tilfeller gå strafffri.

Uttrykket rettsstrid kan med andre ord ikke anses for å være et synonym til verken straffbar eller ulovlig. En viss sammenheng mellom uttrykkene er det imidlertid, men denne sier lite om hva som menes med rettsstrid som selvstendig uttrykk. Uttrykket rettsstrid isolert sett tilsier kun at en handlemåte strider mot retten, men kommer ikke med noen nærmere konkretisering av hva denne retten innebærer.

Gjennomgangen overfor viser følgelig at uttrykket rettsstrid ikke er klart definert. Ved å kun sette søkelys på rettsstrid som uttrykk, står jeg dermed igjen med et uklart bilde på hva rettsstrid egentlig er. Det vil derfor være mer hensiktsmessig å se hen til hva som ligger i rettsstrid som begrep, herunder meningsinnholdet i rettsstridskonstruksjonen, samt hvordan

¹⁶ John Christian Elden, «Rettsstrid» i Store norske leksikon, 17. november 2022, <https://snl.no/rettsstridig> (lest 9. mars 2023).

¹⁷ Min utheving.

¹⁸ Se straffelov av 1902 § 48a.

det mer konkret anvendes i norsk rett. Før jeg går videre på hva som ligger i begrepet, vil jeg imidlertid først se nærmere på hvordan rettsstridsuttrykket har blitt forstått og anvendt i retten de siste 200 år.

2.3 Historikk

2.3.1 Introduksjon

Før jeg begynner med å se på hva begrepet rettsstrid innebærer i dagens rettssamfunn, vil det være av interesse å se tilbake på hvordan rettsstridsuttrykket har utviklet og endret seg i et rettsteoretisk perspektiv. Et slikt strafferettshistorisk perspektiv vil bidra til å lettere kunne forstå hvorfor gjeldende rett er slik den er i dag. Jeg vil med dette legge bakteppet for hva som gjør at begrepet kan oppfattes som problematisk, samtidig som det vil få frem ulike synsvinkler rundt hva rettsstrid er. Tilbakeblikket vil også legge føringer for hvorfor begrepet har den betydningen det har i dag.

2.3.2 Den materielle tilnærmingen

Den danske professoren Carl Goos og den norske professoren Bernhard Getz anses sammen som grunnleggerne av den nordiske rettsstridslæren¹⁹. Mot slutten av 1800-tallet skrev de begge to, men hver for seg og uavhengige av hverandre, sine teorier om rettsstrid.²⁰ Fremstillingene var imidlertid noe ulikt vinket; Goos anså rettsstrid som et eget vurderingstema, mens Getz så det som et årsaksproblem knyttet opp mot årsakslæren.²¹

Årsakslæren, også omtalt betingelseslæren, går ut på at en handling anses som den overordnede årsak til skaden dersom skaden hadde vært unngått hvis handlingen tenkes bort. Tenkingen på 1800-tallet var sterkt preget av naturvitenskapen, hvor årsakslæren hadde stor betydning innen læren om straffansvar.²² Sammenholdt med Getz' syn på rettsstrid, innebar dette at en handling ble ansett å være rettsstridig der det forelå en tilstrekkelig nær årsakssammenheng mellom handlingen og skaden.

¹⁹ Tøssebro (2016) s. 29.

²⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 186.

²¹ Tøssebro (2016) s. 29.

²² Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 186.

Fremstillingene til Goos og Getz til hadde imidlertid flere fellestrekk; begge gikk i hovedtrekk ut på at en handling var rettsstridig dersom den overskred rettsordenens grenser for handlefriheten.²³ Mer presist innebar dette en form for skade- og nyttevurdering, hvor man anså rettsstridsvilkåret oppfylt der handlingen resulterte i mer skade enn nytte.²⁴ Så fremt ens handlinger ikke i for stor grad krenket noen andres rettssfære, kunne handlingen anses som rettmessig. Vurderingen var imidlertid også knyttet til subjektive elementer ifølge Getz, og kunne derfor ikke tilnærmes kun gjennom en objektiv avveining²⁵. Handlefrihetens grenser ble med andre ord begrenset ut ifra hvor stort skadepotensiale den har.²⁶ Dette etterlater et visst spillerom hvor noe skade kan tillates, så fremt nytten overstiger konsekvensene. Spillerommet omtales gjerne som «den tillatte risiko».

En annen likhet ved tilnæringsmåtene er at de begge prøver å finne en fellesnevner, et slags generelt vilkår, for alle straffbare handlinger. Rettsstrid benyttes her som et selvstendig vilkår for å skille de rettmessige handlingene fra de som ikke er rettmessige. Begge professorene hadde med andre ord en materiell tilnærming til uttrykket, hvor de prøvde å oppstille generelle innholdsmessige kriterier for samtlige rettsstridige handlinger.²⁷ Den materielle tilnærmingen tar utgangspunkt i at de «strafferettslige reglene springer ut av visse grunnleggende prinsipper om strafferettens karakter og innhold».²⁸

2.3.3 Den formelle tilnærmingen

Senere rundt midten av 1900-tallet gikk en imidlertid bort fra den materielle tilnærmingen, og forholdt seg i større grad lojal til ordlyden i de enkelte straffebudene.²⁹ De teoretiske strømningene innen rettsvitenskapen beveget seg bort fra naturvitenskapen, og mer over i en rettsrealistisk og positivistisk tilnærming.³⁰ Rettspositivismen som rettsfilosofisk syn innebærer at gjeldende rett er en sosial konstruksjon fastsatt ut ifra særlig makt- og

²³ Henry Ussing, *Rettsstridighet: strejflys over nordisk Retslære*, København Bianco Lunos Bogtrykkeri 1949, s. 23.

²⁴ Bernhard Getz, *Juridiske afhandlinger*, Aschehoug 1903, s. 58. Se også Tøssebro (2016) s. 29

²⁵ Samme sted.

²⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 173.

²⁷ Thomas Frøberg, *Skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner*, Jussens Venner 2012, s. 3.

²⁸ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 186.

²⁹ Tøssebro (2016) s. 30.

³⁰ Thor Falkanger, «Rettsfilosofi» i Store norske leksikon, 24.januar 2023, <https://snl.no/rettsfilosofi> (lest 2. mai 2023).

myndighetsforholdene.³¹ Gjeldende rett vil med dette fastsettes ut i fra hva myndighetspersoner anerkjenner som gjeldende rett.³²

Denne rettsvitenskapelige overgangen i Skandinavia blir gjerne omtalt som den skandinaviske rettsrealismen.³³ Hvis en handling objektivt sett omfattes av et straffebud, ville automatisk dette medføre at det ilegges en straffereaksjon; det er uten betydning om handlingen isolert sett anses som rettsstridig eller ikke. Med en så strengt lovbundet rett, vil fokuset flyttes fra å etterstrebe en rettferdig rett slik naturvitenskapen søkte, til å heller følge de regler som myndighetspersoner har anerkjent.³⁴ Metoden vil kunne medføre at gjeldende rett anvendt på det konkrete tilfellet resulterer i opplagt urimelige resultater, hvor det er lite rom for å vurdere hvorvidt utfallet er rettferdig eller ei.³⁵

Det rettspositivistiske rettsvitenskapen medførte med dette en formell tilnærming og forståelse av rettsstridsuttrykket, hvor grensen mellom rett og urett på best mulig måte ble uttrykt gjennom positive rettsregler fastsatt ved lov. Tilnærmingen tilsier at rettsstridsbegrepet er likelydende med uttrykkene ulovlig og straffbar, som drøftet overfor.³⁶

Særlig Andenæs var for en slik formell tilnærming. Rettsstrid skulle ikke være et selvstendig vilkår som i det konkrete tilfellet avgjorde om det skulle ilegges en straffereaksjon eller ikke. Rettsstrid var kun et uttrykk for det sett med rettsregler rettsordenen til enhver tid har bestemt at skal reageres med straff mot. Samme forståelse fremkommer også tydelig i forarbeidene til straffeloven av 1902:

«At Ordet «rettsstridig» er tilsat ved Bestemmelser i den specielle Del, betyder intet andet, end at Straf kun skal anvendes i de Tilfælde, hvor Handlingen efter den øvrige bestaaende borgerlige Lovgivning er rettsstridig.»³⁷

I den forstand vil handlingene som loven kriminaliserer avgjorde om en handling skal straffes eller ikke; uttrykket «rettsstridig» er med dette kun en betegnelse på de handlingene lovgiver

³¹ Anders Nes, «Rettspositivisme» i Store norske leksikon, 21.april 2021, <https://snl.no/rettspositivisme> (lest 2.mai 2023).

³² Samme sted.

³³ Tøssebro (2016) s. 30.

³⁴ Nes (2021).

³⁵ Samme sted.

³⁶ Se punkt 2.2.

³⁷ Udkast til Alminderlig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge (1896) s. 98.

har nedtegnet i loven som straffbare.³⁸ Der uttrykket brukes i en bestemmelse er det ikke annet enn en henvisning til den øvrige straffelovgivningen, og har således ikke noe selvstendig innhold. Av den grunn mente Andenæs at bruken av uttrykket «rettsstrid» skulle unngås i så stor grad som mulig.³⁹

Alf Ross hadde på mange måter samme syn på rettsstrid som Andenæs, hvor han også forkastet ideen om at rettsstrid kunne oppstilles som et materielt vilkår.⁴⁰ Ross mente at der en handling ble ansett å være rettsstridig, var dette kun et uttrykk for at handlingen var straffesanksjonert.⁴¹ I motsetning til det Getz og Goos mente, var det uten betydning om handlingen utgjorde et fare- eller skademoment eller ikke; en forholdt seg svært lojalt til lovens ordlyd, da det kun var denne som avgjorde om en handling var rettsstridig eller ikke. På bakgrunn av dette ville for eksempel forberedelseshandlinger kunne anses rettsstridige dersom de var straffebelagt i loven, uansett om handlingen var ufarlig eller ikke til skade.⁴² Med en slik tilnærming til rettsstrid vil skillet mellom straffbare, ulovlige og rettsstridige handlinger viskes ut, hvor uttrykkene er å anse som synonymmer.

Under arbeidet frem mot den nye straffeloven av 2005, kan det virke som at også Straffelovkommisjonen tok til orde for et formelt rettsstridsuttrykk. I deres delutredning VII fremgår det at rettsstrid;

«(...) egentlig ikke er noe annet enn navnet på resultatet av en samlet tolkningsprosess, ved at det tar sikte på å angi grensen mot de handlingene som ikke rammes av straffebudet.»⁴³

Antallet straffebud som eksplisitt inneholder vilkårene «rettsstrid» eller «rettsstridig» har minsket, fra 47 i straffeloven av 1902 til 11 i straffeloven av 2005.⁴⁴ Flere av de tidligere vilkårene om rettsstrid er i den nye loven byttet ut med ulike varianter, slik som «ulovlig» eller «uberettiget». Mye kan dermed tyde på at rettsstrid skal forstås som et formelt uttrykk i gjeldende rett ettersom det byttes ut med blant annet ulovlig, et adjektiv som etter sin ordlyd kan sies å ha et rettspositivistisk preg. Det kan videre virke som at Andenæs' ønske om å

³⁸ Tøssebro (2016) s. 30.

³⁹ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, Bind 1, 6. Utg., Universitetsforlaget 2016, s. 157.

⁴⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 187.

⁴¹ Alf Ross, *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, København 1953, s. 293.

⁴² Tøssebro (2016) s. 30.

⁴³ NOU 2002:4 s. 221.

⁴⁴ Tall hentet fra Tøssebro (2016) s. 24.

unngå bruken av ordet «rettsstrid» i selve loven er tatt hensyn til i senere tid.⁴⁵ Likevel er uttrykket ikke helt fjernet fra straffelovens bestemmelser, og benyttes fremdeles stadig av domstolene.

Overfor har jeg sett nærmere på hvordan uttrykket har blitt forstått spesielt innen juridisk teori. Domstolenes anvendelse og forståelse av uttrykket vil imidlertid være av særlig interesse, da det til syvende og sist er de som avgjør hvordan retten skal tolkes og anvendes i det konkrete tilfellet. Særlig praksis fra Høyesterett vil her være veiledende ettersom deres beslutninger ikke kan påankes, men blir stående som retningsgivende utgangspunkt for den videre rettsanvendelsen. Jeg skal derfor se nærmere på hva de legger i rettsstridsuttrykket.

2.4 Domstolskapt innhold

Jeg har overfor sett nærmere på hva ulike teoretikere legger i rettsstridsuttrykket generelt. I det videre skal jeg se nærmere på hva domstolene legger i uttrykket mer konkret. Ettersom domstolene i stor grad gir uttrykk for hva som er gjeldende rett etter de tilgjengelige rettsreglene, vil det være relevant å se nærmere på hva de legger i ordet «rettsstrid». Som vist overfor, er ikke teoretikerne helt enige i hva rettsstridsuttrykket innebærer; noen mener det gir uttrykk for straffbare handlinger, mens andre anser det kun for å gi uttrykk for en tolkningsprosess. Til forskjell fra teoretikerne, sitter imidlertid domstolene med konkrete saker foran seg som de plikter å avgjøre. Til syvende og sist er de som bestemmer når rettsstridsreservasjonen kommer til anvendelse og hvilket innhold den skal ha; det er de som definerer og tilspisser rettsstridsuttrykket i ut ifra sin kontekst.

Der rettsstrid står alene gir det ingen selvstendig betydning annet enn at det strider mot retten. Hva denne retten er, og hvilke handlinger som dermed er rettsstridige, ser en ved å studere rettspraksis der hvor domstolene har forholdt seg til uttrykket. Den første dommen som skal nevnes, og mulig den mest kjente hva gjelder uttalelser om rettsstrid, er å finne i dommen inntatt i Rt. 1979 s. 1492. Saken omhandlet en gruppe journalister som seg imellom hadde samlet inn og videreført materiale om politiets sikkerhetstjeneste, forsvarrets

⁴⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 187

etterretningstjeneste og forsvarrets sikkerhetstjeneste. Spørsmålet var blant annet om dette var ansett som «rettsstridig» eller «uberettiget». Førstvoterende uttalte om rettsstrid:

«(...) loven gir ingen nærmere veiledning om når [en handling ikke er straffbar selv om den går inn under ordlyden i straffebudet]. Dette må bero på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte. Det vil i det enkelte tilfelle bli domstolenes oppgave å vurdere om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går inn under gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud.»⁴⁶

Førstvoterende utdyper her at hva som er rettsstridig, avgjøres ut ifra ulike «hensyn som det er grunn til å beskytte». I den konkrete saken var det særlig hensynet til pressens informasjonsinnsamling sammenholdt med deres adgang og mulighet for å utøve samfunnskritikk som ble vurdert opp mot rikets sikkerhet. Lovens vilkår om «rettsstridig (...) Besiddelse» i straffeloven § 90 forstår domstolen her som en henvisning til en konkret verdi- og interessevurdering.⁴⁷

I annen dom inntatt i Rt. 2005 s. 41 blir det uttalt at rettsstrid kan forstås og leses på samme måte som «utilbørlig» og «uforsvarlig».⁴⁸ Saken omhandlet spørsmål om en utlegging av lenker til musikkfiler på Internett kunne anses som en overtredelse av opphavsretten, og dermed dømmes etter reglene om erstatningsbetingende medvirkning. Førstvoterende uttalte at «uttrykket rettsstridig ofte kan oversettes med ‘utilbørlig’, ‘uforsvarlig’, ‘lastverdig’ eller en liknende karakteristikk.» Både utilbørlig og uforsvarlig peker mot en slags dynamisk grensedragning ut ifra rettslige standarder, hvor vurderingen vil variere ut ifra hva slags type handling det er snakk om. Dette kan tilsa at uttrykket «rettsstrid» henviser til en verdivurdering av hensyn det er grunn til å beskytte, hvor den konkrete konteksten vil avgjøre hvilke hensyn som gjør seg gjeldende. Rettsstrid vi her kunne forstås som en rettslig standard som endrer seg over tid og ut ifra sin kontekst.

Et annet eksempel finnes i dommen inntatt i Rt. 2012 s. 686. Her hadde to daghandlere funnet en svakhet i programmeringen av en aksjerobot, og videre dratt nytte av feilen som medførte at de begge fikk fortjeneste. Spørsmålet var om dette var ansett som ulovlig

⁴⁶ Rt. 1979 s. 1492 (side 1499).

⁴⁷ Straffeloven av 1902 § 90.

⁴⁸ Rt. 2005 s. 41 (avsnitt 65).

markedsmanipulasjon. Ved vurderingen om handlingen skulle anses rettsstridig, vektla førstvoterende at «deres handlemåte anses allment akseptert i markedet», samt at den «dessuten er med på å fremme lovens formål». ⁴⁹ Her blir både formål og sedvane brukt som argument for at handlingen ikke skal straffes, selv om tilfellet relativt klart faller inn under lovens ordlyd. Det kan her virke som at domstolen anser rettsstridsreservasjonen som en egen lære bestående av ulike hensyn utenfor loven, og at disse kan tale så sterkt for et annet resultat at loven fravikes.

I dommen inntatt i Rt. 2000 s. 646 omhandlet spørsmålet om en lege kunne gå straffri når han på oppfordring og med samtykke fra en syk pasient hadde avsluttet pasientens liv. På side 652 uttrykker førstvoterende at;

«Det er riktig at det i norsk strafferett tradisjonelt har vært oppstilt som et alminnelig vilkår for straffbarhet at den handling det gjelder skal være rettsstridig for å rammes av loven, selv om dette ikke er uttrykkelig sagt i vedkommende straffebestemmelse. Denne såkalte rettsstridsreservasjon innebærer at en handling kan tenkes å være straffri, selv om den går inn under gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Det man i slike tilfeller gjør, er i realiteten å fortolke det straffebud saken gjelder innskrenkende»

Av dommen fremgår det at en rettsstridsreservasjon innebærer en innskrenkende tolkning, men det sies ikke noe om hva som begrunner et slikt tolkningsresultat. Sammenholdt med de øvrige dommene illustrert overfor kan det synes som at rettsstridsreservasjonen viser til flere ulike hensyn, hvor vektingen av disse *resulterer* i en innskrenkende tolkning. Å omtale en rettsstridsreservasjon som en innskrenkende tolkning sier imidlertid ingenting om *når* en slik tolkning kan foretas. Det er de ulike hensynene domstolen vektlegger som benyttes for å rettferdiggjøre en slik unngåelse av lovens ordlyd.

En dom fra 2008 illustrerer dette poenget på en god måte. I Rt. 2008 s. 1491 hadde en mann overfor en psykiater uttrykt at han ønsket å ta livet av en konkret politibetjent i Politiets utlendingsenhet. Psykiateren mente at uttalelsen var grunn til å fremkalle alvorlig frykt. Spørsmålet var om § 227 kunne tolkes innskrenkende slik at trusler fremsatt under konsultasjon med psykiater ikke skulle straffes. ⁵⁰ Det ble på samme måte som i dommen av

⁴⁹ Rt. 2012 s. 686 (avsnitt 72).

⁵⁰ Straffelov av 1902 § 227.

1979 vist til at hensynene som straffebudet er ment å verne må veies opp mot hensyn det «er grunn til å beskytte».⁵¹

I den konkrete saken var det spørsmål om hensynet til «konfidensialitet – tillitsforholdet mellom lege og pasient» skulle føre til at straffebestemmelsen skulle tolkes innskrenkende, eller om «[h]ensynet til å beskytte samfunnet mot personer som fremsetter alvorlige trusler» veide tyngre.⁵² I dette tilfellet veide sistnevnte hensyn tyngre, slik at bestemmelsen ikke ble tolket innskrenkende. Dommen er imidlertid et godt eksempel hvor Høyesterett viser hvilke hensyn som aktualiseres i den konkrete saken, hvor disse deretter vurderes mot hverandre for å se hvilke hensyn som bør vektlegges tyngst.

Hvilke hensyn som er legitime og sterke nok til å kunne unnvike lovens ordlyd, vil være hensyn det er «grunn til å beskytte».⁵³ En annen formulering fremgår av Rt. 1972 s. 243, hvor førstvoterende uttaler at en rettsstridsreservasjon kommer til anvendelse dersom det foreligger «sterke reale hensyn».⁵⁴ Hvilke hensyn dette er, og hvordan vektingen skal foretas, vil det imidlertid være vanskelig å svare på. Jeg vil undersøke dette nærmere under punkt 3.

Forutsetningen i Rt. 1972 s. 243 er at forarbeidene her ikke ga støtte for en innskrenkende tolkning. Motsetningsvis vil dommen kunne tolkes dit at det vil være kurrant å bruke forarbeidene som begrunnelse for anvendelsen av en rettsstridsreservasjon, dersom de åpner for en innskrenkende tolkning.⁵⁵ Dette samsvarer godt med den juridiske metoden. Min avhandling vil imidlertid videre kun omhandle de tilfellene hvor forarbeidene er tause om muligheten for å foreta en innskrenkende tolkning av straffebudet.

Som illustrert overfor, kan det synes som at domstolene foretar en konkret vurdering mellom de motstridende hensynene når de behandler rettsstridsuttrykket. Uttrykket kan dermed synes å ha et mer materielt innhold, idet det realiserer en konkret og selvstendig vurdering. Det benyttes ikke kun som en betegnelse for at lovens vilkår er innfridd slik uttrykket benyttes i en formell tilnærming, men åpner for en vurdering av ulike verdier og hensyn.

Etter en gjennomgang av uttrykket rettsstrid, kan det synes som at rettsstridsuttrykket både benyttes i formell og materiell forstand, sett hen til juridisk teori, forarbeider og praksis fra domstolene. For å videre kunne kartlegge innholdet av rettsstrid, vil jeg derfor i det videre

⁵¹ Rt. 2008 s. 1491 (avsnitt 15), se også Rt. 1979 s. 1492 (side 1499).

⁵² Rt. 2008 s. 1491 (avsnitt 16 og 30).

⁵³ Rt. 1979 s. 1492 (side 1499).

⁵⁴ Rt. 1972 s. 243 (side 244).

⁵⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 190.

rette søkelys mot hva som ligger bak rettsstridkonstruksjonen som begrep. Fokuset flyttes her over til rettsstridsbegrepets meningsinnhold. Det vil med dette undersøkes om det er mulig å nærmere avklare hvordan rettsstrid skal forstås i gjeldende rett.

2.5 Begrepet “rettsstrid”

2.5.1 Introduksjon

Jeg har overfor sett på hva selve uttrykket rettsstrid betyr, og hvordan det er overordnet sett er benyttet i gjeldende rett. I dette delkapittelet skal jeg legge fokuset over på filosofien bak begrepet rettsstrid, dens meningsinnhold og rekkevidde. Det vil fokuseres på hva som ligger i det bakenforliggende begrepet for å bedre forstå hva rettsstrid innebærer. For å oppnå dette, vil jeg videre se hen til ulike teoretikere og deres syn på det abstrakte innholdet i begrepet «rettsstrid».

2.5.2 Teoretiske tilnærminger til begrepet

Fremstillingen vil som et utgangspunkt ikke behandle den formelle eller materielle tilnæringsmåten, da jeg i dette delkapitlet vil fokusere på om det er mulig å finne fellestrekk ved de handlingene som betegnes som rettsstridige. Jeg vil i første omgang hen til hva som er ligger i ordets betydning, og hvilket rettslig utfall bruken av en rettsstridsreservasjon medfører. Det vil deretter vurderes om den ulovfestede rettsstridsreservasjonen kan anses som en egen selvstendig lære, eller om det kun er et utslag av ulike elementer som anvendes i den juridiske metoden.

Slik Gröning m.fl. definerer rettsstridsbegrepet, viser det til visse grunnleggende prinsipper om strafferettens karakter og innhold.⁵⁶ Forfatterne anser med andre ord at rettsstridsbegrepets kjerne består av ulike prinsipper som må avveies og vurderes i det enkelte tilfellet. Dette samsvarer med hvordan domstolene flere steder har benyttet rettsstridsuttrykket i rettspraksis, jf. punkt 2.4. Skillet mellom hva som er ansett som straffbart avgjøres grovt sett av lovgiverne, mens det er den enkelte rettsanvenderens oppgave å avgjøre den nærmere

⁵⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 186.

grensedragningen mellom rettmessig og rettsstridig handlemåte med hovedvekt på disse grunnleggende prinsippene.⁵⁷ Rettsstridsbegrepets funksjon likner her særlig på det førstvoterende gir uttrykk for i dommen inntatt i Rt. 1979 s. 1492, nemlig at uttrykket en henvisning til en vurdering av hensyn det er grunn til å beskytte.⁵⁸

Blant disse grunnleggende prinsippene nevnes den alminnelige handlefriheten som et sentralt utgangspunkt.⁵⁹ Med andre ord kan en se rettsstridsvurderingen som en konkret vurdering av hvor langt ens handlefrihet kan begrunne inngrep i andres rettsfære. Rettsstridsvurderingen står da igjen med en interesseavveining mellom to eller flere rettsfærer, og kan tilsynelatende minne om en vurdering av reelle eller legitime hensyn slik de er beskrevet av Aarli og Mæhle.⁶⁰ Rettsstrid får her en selvstendig verdimeessig karakteristikk, fremfor å kun henviser til de positive rettsreglene.

Det kan virke som at Alf Ross tok til orde for en liknende tilnærming til begrepet, idet han påstod at rettsstridsbegrepet var en del av den juridiske metoden. Begrepet skulle være en påminnelse om at ordlyden ikke skulle tolkes strengt, men at motstående hensyn fra «sædvane» og «fri vurdering» ville kunne virke inn i vurderingen.⁶¹ Selv om Ross her henviser til de lovfestede reservasjonene, sier det likevel noe om hva han mener er innholdet i selve begrepet. Sedvane og fri vurdering kan her minne om reelle hensyn, hvor viktige verdigrunnlag vil kunne vektlegges tungt. Slike hensyn vil en typisk finne uttrykt i lovens formål, verdier og holdninger;⁶² herunder argumenter som ikke er hentet direkte fra lov, rettspraksis eller andre rettskilder med slik demokratisk legitimitet. Samme synspunkt kommer også til uttrykk i forarbeidene, hvor det fremgår at «(...) lovens formål og/eller reelle hensyn [kan] tillegges større vekt enn lovens ordlyd».⁶³ Rettsstrid knytter seg dermed til noe som ligger utenfor de positivrettslige reglene, for eksempel til mer grunnleggende verdivurderinger som gjerne kommer til uttrykk gjennom sedvane og frie vurderinger.

⁵⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 188.

⁵⁸ Rt. 1979 s. 1492 (side 1499).

⁵⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 188.

⁶⁰ Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle, *Juridisk metode i et nøtteskall*, 1. Utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2018 s. 111.

⁶¹ Tøssebro (2016) s. 39-40.

⁶² Tøssebro (2016) s. 40.

⁶³ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) s. 48. Se også Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 22, hvor det uttales at «tungtveiende reelle hensyn» kan tilsi at handlingen ikke straffes, selv om forholdet rammes av et straffebed.

Andenæs og Mæland har for sin del ansett rettsstrid i en videre forstand, og forstår begrepet som fravær av straffrihetsgrunner.⁶⁴ Lovfestede varianter av straffrihetsgrunner finner en blant annet i reglene om nødverge og nødrett,⁶⁵ men også samtykke kan anses som en straffbefriende grunn. Der vilkårene for straffrihet er innfridd innebærer det at handlingen ikke anses som straffbar, og dermed heller ikke rettsstridig. Handlingen rettfærdiggjøres, til forskjell fra straffritaksgrunnene som unnskylder handlingen.⁶⁶ Med en slik forståelse av hva rettsstridsbegrepet innebærer, vil rettsstridsbegrepets kjerne kun vise til allerede eksisterende rettsregler.

Dette synspunktet kan blant annet utledes av Straffelovkommisjonen, når de skriver at «rettsstridsbegrepet kan ha en viss pedagogisk verdi som stikkord for alle de ulike straffrihetsgrunnene».⁶⁷ I forarbeidene til den nye straffelov av 2005 fremgår noe av det samme; «Begrepet 'rettsstrid' benyttes som regel for å markere at det kan være særlig nærliggende at en av straffrihetsgrunnene kan foreligge (for eksempel nødverge), eller for å markere en generell begrensning i straffebudets anvendelsesområde (anvisning på innskrenkende tolkning)»⁶⁸. Synspunktet stemmer godt overens med Andenæs formelle tilnærming til rettsstrid, i det han mener det ikke har noe selvstendig meningsinnhold, men kun henviser til allerede eksisterende elementer i rettanvendelsesprosessen og den juridiske metoden.

Noen ulikheter er det imidlertid mellom Andenæs og Mæland. Andenæs tolker for sin del rettsstridsbegrepet til å være en ulovfestet straffrihetsgrunn.⁶⁹ Når ingen av de lovfestede straffrihetsgrunnene kommer til anvendelse, kan handlingen gå straffri etter en «fornuftig tolkning av straffebudet». Hvilke hensyn som ligger i en slik fornuftig tolkning, er imidlertid ikke nevnt. Han skriver videre at;

«Å si at en handling ikke er rettsstridig, gir aldri noen begrunnelse for straffrihet, men uttrykker resultatet av en tolkningsprosess som leder til at gjerningen ikke rammes av straffebudet til tross for at den går inn under ordlyden.»

⁶⁴ Tøssebro (2016) s. 35.

⁶⁵ Se straffelov 2005 §§ 17 og 18.

⁶⁶ Aarli og Mæhle (2018) s. 249. Dette tilsvarer rettfærdiggjøringsgrunnene i tilnærmingen til Grønning, Husabø og Jacobsen.

⁶⁷ Se NOU 1992:23 s. 111.

⁶⁸ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 21-22

⁶⁹ Andenæs (2016) s. 157.

Denne «fornuftige tolkningen» Andenæs viser til kan på mange måter minne om en innskrenkende tolkning. Hvilke hensyn som styrer en slik tolkning sier imidlertid ikke Andenæs noe mer konkret om, annet enn at det vil styres av fornuften. En slik vurdering kan minne om en vurdering av reelle hensyn, som igjen kan knyttes opp mot bakenforliggende verdivurderinger. Tilsynelatende kan det derfor virke som at Andenæs mente det lå noe i rettsstridsbegrepet likevel, men at dette ble kamuflert bak en innskrenkende tolkning og slik sett knyttet seg til loven – såkalt fasadelegitimering.⁷⁰

Mæland derimot tolker kravet om rettsstrid som er en henvisning til de lovfestede straffrihetsgrunnene, i tillegg til å bestå av det innskrenkende tolkningsprinsippet.⁷¹ Rettsstrid blir her et tilleggsvilkår for å kunne ilegge straff, hvor enten de lovfestede straffrihetsgrunnene eller en innskrenkende tolkning vil medføre at rettsstriden oppheves.

Felles for både Andenæs og Mæland er imidlertid at de knytter rettsstrid opp mot en innskrenkende tolkning. Der en handlingsmåte isolert sett omfattes av et straffebud, men ikke anses som rettsstridig, vil dette innebære at man innsnevrer anvendelsesområdet til bestemmelsen. Resultatet blir at man i realiteten har foretatt en innskrenkende tolkning av straffebudet. Både i forarbeider, rettspraksis og i litteraturen legges det til grunn at et rettsstridsvilkår i en bestemmelse er et signal fra lovgiver om at bestemmelsen vil være aktuell å tolke innskrenkende.⁷² Følgelig er det mulig at rettsstridsreservasjonen kun er et annet ord for at det foretas en slik innskrenkende tolkning av et straffebud.

Med utgangspunkt i hva de ulike teoretikerne overfor har ment, kan en rettsstridsreservasjons funksjon enten tolkes som en straffrihetsgrunn, som et resultat av en innskrenkende tolkning, eller som en avveining mellom grunnleggende verdiprinsipper. Dersom en rettsstridsreservasjon innebærer alle tre funksjoner, vil den rimeligste konklusjonen kanskje være å anse den selvstendig lære fremfor enkelte utslag av allerede eksisterende elementer i rettsanvendelsesprosessen. Det viktigste kjennetegnet er imidlertid at dens anvendelse resulterer i at det konkrete forholdet likevel ikke medfører straff til tross for at det omfattes av lovens ordlyd.

⁷⁰ Fredrik Ljone, «Reelle hensyn» i Store norske leksikon, 12. januar 2023, https://snl.no/reelle_hensyn (lest 23. mars 2023).

⁷¹ Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, 1. Utg., Justian 2012, s. 133.

⁷² Se bl.a. Andenæs (2016) s. 157, Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 22, samt Rt. 2011 s. 1 avsnitt 30 og Rt. 2000 s. 646 (side 652)

2.5.3 Mitt standpunkt for den videre fremstillingen

Slik jeg ser det, viser en innskrenkende tolkning kun til et *resultat* i den konkrete saken. Det vil derfor ikke være tilstrekkelig presist å si at bruken av en rettsstridsreservasjon og en innskrenkende tolkning er det samme. Selv om anvendelsen av en rettsstridsreservasjon resulterer i at et straffebud tolkes innskrenkende, vil det være ulike begrunnelser for hvorfor dette er gjort i den konkrete saken. Sett hen til Goos og Getz, ønsket de å etablere et materielt rettsstridsbegrep med et selvstendig meningsinnhold. Dette selvstendige meningsinnholdet mener jeg at kan knyttes opp mot de ulike begrunnelsene for hvorfor et straffebud i en konkret sak bør tolkes innskrenkende. Jeg tror videre at Grøning, Husabø og Jacobsen er inne på noe når de mener at rettsstridsreservasjonen viser til mer grunnleggende prinsipper og verdivurderinger. Bakgrunnen for at flere teoretikere sliter med en materiell tilnærming til rettsstridsbegrepet, antar jeg kommer av at det ikke er etablert noen fast og utbredt standard for hvilket mer konkret innhold begrepet, og dermed også rettsstridsreservasjonen, skal ha. At dette arbeidet ikke er gjort, er ikke likelydende med at det ikke bør gjøres.

Til tross for at jeg er enig med Jacobsen m.fl., kan jeg forstå kritikken mot bruken av et rettsstridsbegrep. Det kan isolert sett fremstå som et slags «mellombegrep» uten selvstendig betydning. Enhver potensiell straffbar handling skal alltid vurderes konkret opp mot et straffebud. Å anvende et rettsstridsbegrep som kun viser til en slik konkret vurdering, kan da fremstå som et overflødig skritt i rettsanvendelsesprosessen.

Likevel mener jeg at rettsstridsbegrepet utgjør et viktig element innen strafferetten. Dommen fra 2012 illustrert overfor kan benyttes som eksempel.⁷³ På den ene siden kan en se det slik at de tiltalte ikke burde blitt overrasket over tiltalen; deres handling faller innenfor lovens ordlyd og vil ergo kunne straffes. På den andre siden kan en se det som at de tiltalte handlet rettmessig ut ifra deres forståelse av praksis – handlemåten ble nettopp av førstvoterende ansett for å være «allment akseptert i markedet». I så fall vil en straffereaksjon være overraskende og lite forutberegnelig. Når domstolene likevel konkluderer med at handlingen ikke var straffbar, vil det være viktig både av hensyn til forutberegneligheten, rettsikkerheten og av preventive grunner at dette begrunnes tilstrekkelig. Hvis konklusjonen, slik som i saken overfor, begrunnes i en rettsstridsreservasjon, vil det være viktig at denne har et tilstrekkelig klart meningsinnhold.

⁷³ Rt. 2012 s. 686

Dersom domstolen begrunner konklusjonen med et tilsynelatende «tilfeldig» hensyn, vil dette være svært lite forutberegnelig. Viser de derimot til en (ulovfestet) rettsstridsreservasjon med et tilstrekkelig fastsatt meningsinnhold, tror jeg dette generelt sett vil være lettere for allmennheten å akseptere. Ved å bruke en konkret og mer helhetlig lære som viser til rettens grunnverdier fremstår retten som mer festet, fremfor å henvise til et tilsynelatende vilkårlig hensyn som ble utslagsgivende i akkurat denne saken. Når det først skal gjøres avvik fra loven, vil det være hensiktsmessig å ha klare retningslinjer å forholde seg til. På denne måten blir retten mer dynamisk og tilpasningsdyktig til den enkelte sak fordi den åpner for unntak, fremfor å være stiv og potensielt vilkårlig.

3 Forholdet til det strafferettslige legalitetsprinsippet

3.1 Introduksjon til problemstillingen

Legalitetsprinsippet kommer til uttrykk i Grunnloven § 96 første ledd, hvor det fremgår at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom». For å kunne ilegge en straffereaksjon, kreves det med andre ord en lovbestemmelse som kriminaliserer den aktuelle handlingen. Lovgivningsmodellen vi bruker i Norge er en syntetisk lovgivningsmetode, hvor lovbestemmelsene gis et vidt nedslagsfelt som er ment å kunne omfatte flere, ubestemte fremtidige tilfeller.⁷⁴ Dette står i motsetning til den kasuistiske metoden, hvor lovene utformes ut fra typetilfeller.⁷⁵ På den ene siden åpner denne metoden for en mer fleksibel lovgivning ettersom flere straffbare handlinger vil kunne omfattes av en og samme bestemmelse, uansett hvor unik handlingsmåten er. Lovgiverne slipper dermed å lovfeste flere tusen bestemmelser hvor hver minste variasjon i handlingsmåten må nedtegnes.

På den andre siden medfører denne metoden at bestemmelsene gjerne får en svært vid ordlyd, slik at man for hver enkelt tilfelle må tolke bestemmelsen konkret for å se om den omfatter situasjonen man står overfor. Når legalitetsprinsippet krever at en handling må omfattes av et straffebed før det kan ilegges en straffereaksjon, innebærer dette videre en vurdering av om handlingen *klart* faller innenfor ordlyden av bestemmelsen.

Legalitetsprinsippet vil imidlertid som utgangspunkt kunne utelukke at straffebed tolkes innskrenkende, og dermed kunne tale mot anvendelsen av den ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Når rettsstridsreservasjonen anvendes i rettspraksis, innebærer det en erkjennelse av at straffebedets vilkår er innfridd. Konklusjonen burde dermed ha resultert i en straffereaksjon. Realiteten er imidlertid at det ikke ilegges noen straffereaksjon. Et slikt resultat strider tilsynelatende med det grunnlovfestede legalitetsprinsippet, samt de bakenforliggende hensyn som begrunner prinsippet.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) side 214.

⁷⁵ Jon Gisle, «Kasuistisk lov» i Store norske leksikon, 25. januar 2023, https://snl.no/kasuistisk_lov (lest 4. mai 2023).

Før jeg ser nærmere på det konkrete spenningsforholdet mellom rettsstridsreservasjonen og legalitetsprinsippet, vil det være hensiktsmessig å avklare hvilke hensyn som mer konkret begrunner legalitetsprinsippet. Hensynene er nettopp de som begrunner hvorfor legalitetsprinsippet har en så sterk posisjon innen strafferetten.

3.2 Hensyn bak legalitetsprinsippet

Aller først vil jeg nærmere på legalitetsprinsippet og hvilke hensyn som begrunner dens posisjon i strafferetten. Redegjørelsen foretas for å bedre forstå hvorfor legalitetsprinsippet står så sterkt i strafferetten som det gjør, samt for å bedre forstå hvordan prinsippets bakenforliggende hensyn skal vektas opp mot hensynene bak rettsstridsreservasjonen. Det er først og fremst de bakenforliggende hensynene som det vil fokuseres på, all den tid det er her spenningsforholdet eksisterer.

Som et grunnleggende utgangspunkt er det viktig for et demokratisk samfunn at folket anser retten for å stamme fra dem selv.⁷⁶ Denne ideen, gjerne referert til som folkesuverenitetsprinsippet, har røtter langt tilbake i tid, men fikk særlig sin storhetstid på 1600- og 1700-tallet.⁷⁷ Prinsippet innebærer at folket gir staten myndighet til å sette grenser for deres egen handlefrihet.⁷⁸ En annen måte å se det på er at folket gir fra seg noe av sin egen frihet til fordel for å få beskyttelse av myndighetene, også omtalt som samfunnskontrakten eller samfunnspakten.⁷⁹ Utgangspunktet er at folket overordnet sett er med på å bestemme hva som skal være gjeldende rett. Dette prinsippet er grunnlovsfestet, og fremgår av Grunnloven § 49: «Folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget».

Ettersom loven indirekte anses å være gitt av folket, er det viktig at domstolene leser loven slik den er ment å forstås. Utgangspunktet er derfor at alle lovbestemmelser leses ut ifra

⁷⁶ Dag Einar Thorsen, «Folkesuverenitet» i Store norske leksikon, 5. september 2020, <https://snl.no/folkesuverenitet> (lest 11. april 2023).

⁷⁷ Thorsen (2020)

⁷⁸ Mona Mortensen Krane, «Ordbok» på Stortingets nettside, u.d., <https://www.stortinget.no/no/Stottemeny/Ordbok/?wid=128> (lest 11. april 2023).

⁷⁹ Ole T. Berg, «Samfunnspakten» i Store norske leksikon, 18. februar 2021, <https://snl.no/samfunnspakten> (lest 11. april 2023).

alminnelig språkbruk, med andre ord slik enhver person hadde tolket bestemmelsen ut fra en alminnelig ordlydstolkning.⁸⁰ Loven er simpelt formulert laget av folket, og skal derfor leses gjennom folkets øyne. Dette styrker særlig lovens demokratiske legitimitet,⁸¹ men også forutberegneligheten, da rettsanvenderen ikke foretar unaturlige tolkninger av bestemmelsene som medfører at rettsanvendelsesprosessen blir upåregnelig. Enhver person skal kunne lese loven, og med rimelighet kunne rette seg etter hva som står skrevet uten å måtte risikere straff eller andre rettslige konsekvenser.⁸²

Når en sier at loven skal være gitt av folket, innebærer det at det må foreligge en slags grunnleggende enighet om hvilket sett av normer skal gjelde som rettsregler. Det hjelper lite å snakke om at loven skal være gitt av folket når det finnes et utall av ulike meninger om hvilke handlinger som skal kriminaliseres, og hvordan det i så fall skal reageres på disse. Enigheten legges derfor til grunn gjennom demokratiske valg hvor flertallets syn vinner frem. Slik sett får lovgiverne og retten en demokratisk autoritet og legitimitet hos folket.⁸³ Overordnet sett medfører dette et ønske om å respektere og anerkjenne de gjeldende lovbestemmelsene som bindende,⁸⁴ eller kanskje mer presist; et ønske om å ikke komme på kant med loven. For å kunne imøtekomme dette ønsket, er det viktig at retten er forutsigbar og forutberegnelig.

En forutsetning for at retten skal være forutberegnelig innebærer at loven må være tilgjengelig, samt kunne «(...) knyttes til forhold utenfor rettsanvenderen selv».⁸⁵ Folket må ha en mulighet til å gjøre seg kjent med hvilke rettsregler som gjelder til enhver tid. Legalitetsprinsippet bidrar her med å stille formkrav til lovbestemmelsene som inneholder en straffetrussel; de må være kunngjort i formell lov.⁸⁶ Det er ikke tilstrekkelig at straffebud fremgår av forarbeider, rettspraksis eller andre rettskilder. Legalitetsprinsippet krav tilgjengeliggjør her loven, og medvirker dermed til en forutberegnelig rett. Borgeren skal med rimelighet kunne «(...) innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen», slik det fremgår av avsnitt 30 i HR-2016-2228-A. Dette bidrar også til at lovgivningen har en allmennpreventiv effekt.

⁸⁰ Aarli og Mæhle (2018) s. 140.

⁸¹ Samme sted s. 143.

⁸² Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 66, se også HR-2016-2228-A (avsnitt 30).

⁸³ Samme sted s. 53.

⁸⁴ Tøssebro (2016) s. 16.

⁸⁵ Samme sted s. 52.

⁸⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 63.

Når legalitetsprinsippet står så sterkt i strafferetten som det gjør, er det særlig for å unngå vilkårlig maktmisbruk fra staten. Ettersom straff er det strengeste virkemiddelet staten kan ta i bruk overfor borgerne, må det derfor fremgå klart av loven hvilke handlinger staten kan reagere med straff mot.⁸⁷ Av den grunn tilsier både forutberegnelighets- og rettssikkerhetshensyn at det må fremgå klart av loven når et slikt virkemiddel vil kunne tas i bruk. Dette omtales gjerne som et klarhetskrav til loven,⁸⁸ også kalt et minstekrav til presisjon fra lovgivers side.⁸⁹ Legalitetsprinsippet anvendes her som et tolkningsprinsipp,⁹⁰ som stiller krav til en tilstrekkelig klar ordlyd i straffebudet før inngrep fra myndighetene kan gjennomføres. Klarhetskravet tolkes strengt, som blant annet illustrert i dommen inntatt i Rt. 2012 s. 313. Førstvoterende uttaler i dommen at;

«Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven.»⁹¹

Loven må dermed klart gi uttrykk for hvilke handlinger som er straffbare. Er ikke loven klar nok, vil ikke straffebudet kunne anvendes på tilfellet. Av hensyn til forutberegneligheten, rettssikkerheten og den demokratiske legitimiteten, vil vekten av tolkningsbidrag fra andre rettskilder som sterkt avviker fra lovens ordlyd være begrenset innen strafferetten. Det strafferettslige legalitetsprinsippet setter derfor som utgangspunkt begrensninger for rettsanvendelsesprosessen, hvor hensynet til forutberegneligheten, den demokratiske legitimiteten og rettssikkerheten står som de bærende og viktigste hensynene bak prinsippet. Disse hensynene vil i det videre omtales som de grunnleggende hensynene bak legalitetsprinsippet.

3.3 Spenningsforholdet: hensynene bak legalitetsprinsippet og rettsstridsreservasjonen

Problemstillingen videre omhandler hvordan anvendelsen av rettsstridsreservasjonen, med det resultat at det foretas en innskrenkende tolkning, vil innvirke på de grunnleggende hensynene som begrunner legalitetsprinsippet. Høyesterett har i sin praksis lagt seg på en terskel hvor det

⁸⁷ Aarli og Mæhle (2018) s. 216

⁸⁸ Samme sted s. 162.

⁸⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 66.

⁹⁰ Aarli og Mæhle (2018) s. 162.

⁹¹ Rt. 2012 s. 313 (avsnitt 29). Uttalelsen omhandler imidlertid muligheten for å tolke et straffebud utvidende, ikke innskrenkende.

skal «sterke reale hensyn» til før man kan tolke et straffebud innskrenkende.⁹²

Utgangspunktet er igjen at straffebud skal tolkes etter en alminnelig ordlydsforståelse. Det samsvarer godt med de grunnleggende hensynene bak legalitetsprinsippet.⁹³

Der et straffebud tolkes innskrenkende med henvisning til rettsstridsreservasjonen, vil det primært kunne stride mot den demokratiske legitimiteten. Lovens ordlyd er gitt av et folkevalgt organ, og nyter dermed demokratisk autoritet.⁹⁴ Som utgangspunkt skal dermed lovens ordlyd tillegges stor vekt i rettsanvendelsesprosessen.⁹⁵ Videre vil en innskrenkende tolkning kunne svekke forutberegneligheten, særlig der hvor lovens ordlyd synes klar nok. En tolkning som unnviker sterkt fra ordlyden vil være upåregnelig, og videre kunne fremstå vilkårlig ettersom rettens konklusjon ikke nyter samme demokratiske legitimitet som lovgiver. Dette vil videre svekke rettssikkerheten. Ettersom straff er det mest inngripende middelet staten kan bruke overfor befolkningen, er grensedragningen mellom straffbare og straffrie handlinger her særlig viktig for borgernes rettssikkerhet. Straffebudets ordlyd skal dermed som hovedregel utgjøre den primære rettskilden i rettsanvendelsesprosessen.

Rettsstridsreservasjonens anvendelse vil med dette kunne stride mot de grunnleggende hensynene bak legalitetsprinsippet. På bakgrunn av det grunnlovfestede legalitetsprinsippets sterke posisjon innen strafferetten, taler dette mot at rettsstridsreservasjonen anvendes. Når rettsstridsreservasjonen likevel anvendes i rettspraksis, medfører dette at spenningsforholdet mellom prinsippene forsterkes.

Bakgrunnen for reservasjonens anvendelse, begrunnes av domstolene i ulike *hensyn*. Slik det fremgår av den tidligere nevnte dommen fra 1979, vil dette «bero på en avveining mellom de hensynene straffebudet skal verne, og andre hensyn det er grunn til å beskytte».⁹⁶

Førstvoterende forklarer imidlertid ikke hva som menes med «hensyn», herunder om det vises til mer abstrakte hensyn innen straffelovgivningen generelt sett, eller mer kontekstuelle hensyn i den konkrete saken.

I forarbeidene til den nye straffeloven av 2005 er det vist til at «tungtveiende reelle hensyn» eller «spesielt ‘tunge’ argumenter» må foreligge « (...) for at bestemmelsen kan tolkes

⁹² Rt. 1972 s. 243 (side 244).

⁹³ Se punkt 3.2.

⁹⁴ Aarli og Mæhle (2018) s. 53.

⁹⁵ Samme sted s. 140.

⁹⁶ Rt. 1979 s. 1492 (side 1499).

innskrenkende».⁹⁷ Det er også uttalt at en «praktisk anvendelse av rettskildelærens prinsipper» vil kunne tillate at «lovens formål og/eller reelle hensyn tillegges større vekt enn lovens ordlyd».⁹⁸ Begge henvisninger åpner for at lovens anvendelsesområde kan innskrenkes dersom det foreligger tilstrekkelig tungtveiende hensyn som begrunner dette. Slike tungtveiende hensyn kan som påpekt i punkt 2.5 knyttes opp mot grunnleggende prinsipper og verddivurderinger bak strafferetten.⁹⁹ Jeg vil i det videre se nærmere på hva disse mer grunnleggende hensynene innebærer.

3.3.1 Grunnleggende hensyn bak strafferetten

Straffeloven utgjør lovgivernes forsøk på å omfatte de handlingene rettsordenen anser rettsstridige,¹⁰⁰ og følgelig ønsker at skal reageres med straff mot. Lovgivernes arbeid med å straffe uønskede handlinger i rettsordenen kan overordnet sett knyttes opp mot rettens nøkkelrolle. Denne innebærer «å sikre enkeltmenneskers frihet, likhet og menneskeverd, og skal samtidig legge til rette for sameksistens og samarbeid i et fredelig samfunnsfellesskap».¹⁰¹ For at den enkeltes frihet og autonomi realiseres, må rettsanvendelsesprosessen ivareta tre grunnleggende hensyn; forutberegnelighet, demokratisk legitimitet og rettssikkerhet.¹⁰²

Som argumentert for under punkt 3.3 vil imidlertid bruken av rettsstridsreservasjonen som et utgangspunkt kunne svekke hensynet til forutberegneligheten, rettsikkerheten og den demokratiske legitimiteten, som alle utgjør grunnleggende prinsipper i strafferetten. Det gir her lite mening å anse rettsstridsreservasjonen for å krenke de grunnleggende hensynene bak legalitetsprinsippet, når reservasjonen er ment å ivareta slike hensyn.

Spørsmålet er imidlertid om disse hensynene kan harmoniseres eller samordnes. Jeg vil derfor i det videre se hen til hvilke konkrete hensyn strafferettens verdigrunnlag og grunnleggende prinsipper, innebærer.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 22. Utdragene er hentet fra to ulike avsnitt fra samme side, uten at meningsinnholdet er endret.

⁹⁸ Innst.O.nr.72 (2004-2005) s. 48.

⁹⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 186.

¹⁰⁰ Tøssebro (2016) s. 45.

¹⁰¹ Aarli og Mæhle (2018) s. 14.

¹⁰² Samme sted s. 15 og 16.

Beskyttelsen av enkeltindividets frihet står som et av de mest grunnleggende prinsippene bak strafferetten.¹⁰³ Friheten er imidlertid ikke ubegrenset. Slik det fremgår av Slettan og Øie, vil «[f]riheten for den enkelte [måtte] veies mot de ulemper friheten kan få for andre».¹⁰⁴ Ethvert menneske har dermed «rett til så mye frihet som er forenelig med andre menneskers tilsvarende frihet».¹⁰⁵ En rettsorden hvor enhver borger har en ubegrenset handlefrihet, vil følgelig være illusorisk. Hensynet til enkeltindividets frihet vil dermed både begrunne og begrense strafferetten.

Strafferettens overordnede oppgave innebærer å definere denne tålegrensen, slik at enkeltmenneskets frihet på best mulig måte ivaretas.¹⁰⁶ Skillet mellom en rettsstridig og en rettmessig handling vil imidlertid ikke alltid fremgå klart av lovens ordlyd, heller ikke i de tilfellene hvor rettsstrid uttrykkelig er henvist til i loven. Rettsanvenderen vil her kunne bruke handlefrihetens grenser som vurderingstema for å avklare den nærmere grensen mellom en rettmessig og rettsstridig handling, ettersom lovgiverens formål med straffebudene nettopp er å verne om denne interessen.¹⁰⁷

Strafferettens hovedfunksjon innebærer å sikre individvernet,¹⁰⁸ hvor krenkelser på dette som går utover den alminnelige handlefrihetens grenser kan ilegges en straffereaksjon.¹⁰⁹ Mer konkret kan individvernet inndeles i ulike rettsgoder,¹¹⁰ hvor straffeбудenes mer konkrete formål innebærer å verne om disse anerkjente verdiene.¹¹¹ De konkrete rettsgodene kan kategoriseres i seks ulike grupper; vernet av staten, livet, miljøet, den fysiske integriteten, den psykiske integriteten og økonomiske interesser.¹¹² Dette utgjør strafferettens verdigrunnlag, og vil følgelig være av betydning når straffeбудet tolkes.¹¹³

Dersom handlemåten påvirker en annens rettssfære, for eksempel ved at noen har blitt skadet, vil det kunne tale for at handlingen er uforsvarlig og dermed rettsstridig. Goos og Getz'

¹⁰³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 129.

¹⁰⁴ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*, Tano Aschehoug 1997 s. 80.

¹⁰⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 41.

¹⁰⁶ Samme sted s. 188.

¹⁰⁷ Samme sted s. 188.

¹⁰⁸ Samme sted s. 42.

¹⁰⁹ Samme sted s. 188.

¹¹⁰ Torleif Eilert Aarre, *Rettsgodet: en verdipositivistisk tilnærming til interesseteorier i strafferettssystemet*, Universitetet i Bergen, 10. desember 2020. Se også Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 42-43.

¹¹¹ Grönings, Husabø og Jacobsen (2019) s. 128.

¹¹² Se her NOU 2002:4 s. 139 flg. hvor denne inndelingen er hentet fra. Emnet er også grundig behandlet i en masteroppgave skrevet av Torleif Eilert Aarre, se Aarre (2020).

¹¹³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 128.

materielle forståelse av rettsstridsbegrepet kommer her til uttrykk, idet rettsstridsvurderingen etter deres syn innebærer en bedømmelse av handlingen med utgangspunkt i skade- og nytteprinsipper. Det må imidlertid ses hen til øvrige kontekstuelle forhold for å avgjøre handlingens rettsstridighet mer konkret; der noen er blitt påført en skade, er det ikke ensbetydende med at handlingen er rettsstridig. Jeg vil derfor i det videre se hen til konkrete forhold som kan påvirke vurderingen av en handlings rettsstridighet, og dermed begrense eller utvide handlefriheten.

3.3.2 Begrensinger i den alminnelige handlefriheten

Her nevnes først og fremst samtykke som en viktig begrunnelse for å anvende rettsstridsreservasjonen. Et samtykke vil i mange tilfeller fjerne elementet av rettsstridighet, slik at straffebudet ikke kommer til anvendelse. Det vil være unaturlig å si det foretas et inngrep overfor den enkeltes frihet, dersom inngrepet i seg selv er et uttrykk for utøvelsen av handlefriheten. Der fornærmede har samtykket til et inngrep som objektivt sett er straffbart, vil straffeileggelsen heller anses som en krenkelse av det aktuelle rettsgodet; straff vil her krenke den fornærmedes handlefrihet. Et samtykke kan anses som et selvstendig uttrykk for utøvelsen av individets frihet, og dermed tale for at et straffebud tolkes innskrenkende.

Et moment vil her være hvem handlingen er rettet mot. Dersom den handlende personen og personen som får sin rettssfære krenket er samme person, vil handlemåten være klart mindre straffverdig. Dette er blant annet gitt uttrykk for i forarbeidene det fremgår at «[d]et kan i en del situasjoner virke urimelig å skulle straffe den som straffebudet også skal beskytte.

Bestemmelsen kan for slike tilfeller bli å tolke innskrenkende».¹¹⁴ Her benyttes hensynet til det vernede rettsgodet som argument mot å tolke loven etter sin ordlyd.

Handlingsmåtens omfang vil også være av betydning for handlingens rettsstridighet. Sett hen til dommen inntatt i Rt. 2012 s. 686 omtalte førstvoterende i avsnitt 74 at de tiltalte var «små aktører, og at deres handlemåte har hatt lite skadepotensiale for markedet». Argumentet tilsa at de tiltaltes handlinger hadde et relativt begrenset omfang, samt at handlingens art heller ikke var særlig skadelig. Følgelig ble de tiltalte frifunnet.

¹¹⁴ Innst.O.nr.66 (2004-2005) s. 3. Spørsmålet var her om ungdom mellom 16-18 år som tar bilder av seg selv og publiserer disse skulle kunne straffes for fremstilling av barnepornografi.

Videre vil handlingens grovhet også kunne påvirke om handlingen anses rettsstridig, og følgelig om det kan foretas en innskrenkende tolkning av straffebudet. Der en handling omfattes av et straffebud, vil det at handlemåten ikke er grov kunne medføre at den tiltalte går fri. I et tenkt tilfelle vil kanskje minstestrafen i et straffebud utgjøre en for streng reaksjon på en ellers mild overtredelse av straffebudet, slik at straffebudet må tolkes innskrenkende.

Videre vil de tilgjengelige handlingsalternativene spille inn i vurderingen av om det kan benyttes en rettsstridsreservasjon, slik at straffebudet tolkes innskrenkende. Dersom den tiltaltes handlefrihet er så begrenset at det ikke finnes andre alternativer, vil det kunne tale mot at handlingen er rettsstridig slik at straffebudet blir å tolke innskrenkende. Dette er imidlertid ikke tilfellet dersom den tiltalte selv kan bebreides for å ha havnet i situasjonen. I rettsstridsvurderingen her vil både forutgående og etterfølgende forhold være av betydning.¹¹⁵

Et annet typetilfelle hvor handlefriheten vil påvirke om rettsstridsreservasjonen anvendes, er handlingens formål. Dommen inntatt i Rt. 2005 s. 1567 kan illustrere dette. Spørsmålet var om en stefar kunne straffes for legemsfornærmelse i straffeloven av 1902 § 228. Faren hadde med flat hånd slått sine to sønner, som objektivt sett oppfyller vilkårene i § 228. Ved vurderingen av om handlingen skulle gå straffri, ble det lagt vekt på at slagene var gjort i «oppdragelsesøyemed». Rettsstridsvurderingen hadde nok ikke vært like aktuell å vurdere dersom stefaren hadde slått sønnene med formål om å påføre de smerte.

Tilknytningsforholdet mellom de som påvirkes av handlingen vil også kunne spille inn på rettsstridsvurderingen. Det vises her til dommen fra 2005 omtalt rett overfor.

Rettsstridsreservasjonen som ble vurdert anvendt ville ikke ha vært like relevant dersom det ikke var stefaren, men for eksempel en tilfeldig forbipasserende, som hadde slått barna. På samme måte stiller det seg ulikt om en pågripelse utføres av en politimann som gjennom sin stilling er gitt «en spesiell kompetanse til maktbruk», sammenliknet med en privatperson uten slik kompetanse.¹¹⁶

¹¹⁵ Tøssebro (2016) s. 100.

¹¹⁶ NOU 1992:23 s. 108.

3.3.3 Lovgiverviljen som styrende for rettsstridsreservasjonens anvendelse

Selv om vurderingsmomentene nevnt overfor utgjør kontekstuelle forhold som kun gjør seg gjeldende i den konkrete situasjonen, kan de imidlertid ses som utslag av den alminnelige handlefriheten. Rettsgodene vil også kunne være veiledende for hvordan det konkrete rettsspørsmålet skal løses, ettersom krenkelsen av et rettsgode ofte må veies opp mot ivaretagelsen av et annet rettsgode. Handlefriheten bidrar her til å trekke grensen mellom rettmessige og rettsstridige handlemåter,¹¹⁷ hvor formålet kan sies å verne om rettsgodene som rettens verdigrunnlag.

Rettsstridsreservasjonen kommer som regel til anvendelse der lovens vilkår er innfridd, men hvor lovgiver ikke har ment at den konkrete handlingen skal rammes. Lovgiver har med andre ord ikke hatt som intensjon eller formål å straffe den aktuelle handlingen. Som vist til overfor, åpner forarbeidene for at slike formålsbetraktninger kan begrunne en innskrenkende tolkning av straffebudet.¹¹⁸ Lovens formål, eller lovgiverviljen, brukes her som tolkningsprinsipp for å presisere straffebudets innhold gjennom en lovgiverintensjonal fortolkningsmetode.¹¹⁹ Dette samsvarer med det alminnelige utgangspunktet i norsk rett, hvor loven skal tolkes i lys av sitt formål.¹²⁰

Med andre ord vil en handling som innfrir samtlige vilkår i et straffebud, men hvor en fare for rettsgodet ikke aktualiseres i det konkrete tilfellet, kunne medføre at hensynene for å reagere med straff heller ikke gjør seg gjeldende. Følgelig vil formålet bak strafferetten tale imot at det ilegges en straffereaksjon, dersom rettsgodet det er ment å ivareta ikke krenkes. Hvis det likevel ilegges en straffereaksjon her, vil det dermed begrense den alminnelige handlefriheten og videre krenke individvernet. I vurderingen vil det være relevant å se hen til hva «straffebudet typisk sett er ment å ramme, og hvordan den aktuelle handlingen relaterer seg til dette».¹²¹

Som antydnet overfor, vil rettsstridsreservasjonens anvendelse kunne stride mot de grunnleggende hensynene bak legalitetsprinsippet. Lovens ordlyd kan som et utgangspunkt anses å være et uttrykk for lovgiverviljen, og nyter demokratisk legitimitet som et direkte

¹¹⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 188.

¹¹⁸ Innst.O.nr.72 (2004-2005) s. 48. Se også Tøssebro (2016) s. 48.

¹¹⁹ Tøssebro (2016) s. 49.

¹²⁰ Aarli og Mæhle (2018) s. 144 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 126.

¹²¹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 192.

produkt av lovgiverne. På den andre siden vil en for streng holdning til straffebudets ordlyd kunne gi motsatt effekt; ved å dømme etter lovens ordlyd i tilfeller hvor faren for rettsgodet ikke aktualiseres, vil heller ikke den demokratiske lojaliteten til lovens ordlyd tale for at loven og straffetrusselen kommer til anvendelse.

Den demokratiske forankringen kan her knyttes opp mot den mer abstrakte lovgiverviljen, ettersom lovgivers og strafferettens formål innebærer å ivareta og verne om de grunnleggende prinsippene og verdigrunnlagene. Slik vil anvendelsen av rettsstridsreservasjonen ikke nødvendigvis stå i motstrid med den demokratiske legitimiteten, men heller styrke den ved å fremme lovgiverviljen. Lovens ordlyd vil dermed ikke nødvendigvis utgjøre den rettskilden som på best mulig måte representerer lovgiverviljen.

Hensynet til rettssikkerheten vil også være ivaretatt når rettsanvendelsesprosessen er styrt av rettens verdigrunnlag og grunnleggende prinsipper. Anvendelsen av rettsstridsreservasjonen med individvernet som siktemål innebærer at de handlingene som ikke anses rettsstridige, heller ikke er straffbare. På den andre siden vil rettssikkerheten kunne svekkes ettersom den positivrettslige retten ikke nødvendigvis blir å stole på. Retten blir mindre sikker når loven ikke kan forstås slik den leses. Dette knytter seg også opp mot forutberegnelighetshensyn.

Ved en formålsrettet lovtolkning som orienterer seg om lovgiverviljen, vil trolig forutberegnelighetshensynet anses dårligst ivaretatt. Forutberegneligheten forutsetter at det skal være mulig å innrette seg etter rettstilstanden.¹²² Rettsstridsreservasjonens anvendelse baserer seg på kontekstuelle forhold, hvor de positivrettslige reglene ikke nødvendigvis angir hvordan den konkrete saken skal løses. I dommene vises det til ulike utslag av lovgiverviljen, hvor disse neppe kan anses å være tilstrekkelig tilgjengelige for befolkningen. For å bevare forutberegnelighetshensynet på en bedre måte, vil denne delen av rettsanvendelsesprosessen måtte gjøres synlig og tilgjengelig for borgerne. Dette gjøres særlig gjennom lovfesting.¹²³

Overordnet sett kan en dermed anse rettsstridsreservasjonen som en henvisning til den mer abstrakte lovgiverviljen. Rettsstridsvurderingen baseres her på de mer grunnleggende prinsippene og verdigrunnlagene bak strafferetten, med individvernet som et viktig utgangspunkt. Rettsstridsbegrepet får her en materiell betydning med et eget selvstendig

¹²² Aarli og Mæhle (2018) s. 16.

¹²³ Mer om dette under punkt 4.

innhold som kan brukes i rettsanvendelsesprosessen. Reservasjonens anvendelse vil imidlertid kunne medføre konsekvenser. Jeg vil i det videre se nærmere på hva disse innebærer.

3.4 Potensielle konsekvenser ved bruk av rettsstridsreservasjonen

Til tross for at rettsordenens grunnleggende hensyn og verdigrunnlag i noen tilfeller vil kunne tale sterkt for at det foretas en innskrenkende tolkning av et straffebud, er dette ikke likelydende med at det ikke har noen konsekvenser. I dette delkapittelet skal jeg se nærmere på hvilke ringvirkninger anvendelsen av rettsstridsreservasjonen vil kunne gi.

3.4.1 Den allmennpreventive effekten

Som utgangspunkt vil det fremstå lite problematisk når en lovbestemmelse tolkes innskrenkende; resultatet er nettopp at straff unngås, noe som fra tiltaltes perspektiv vil være alt annet enn et negativt utfall. Problemet er imidlertid hvilke signaler dette sender til andre i rettssamfunnet.

Handlefriheten blir som hovedregel begrenset av de gjeldende rettsreglene, men der rettsstridsreservasjonen anvendes vil imidlertid enkeltindividets frihetssfære tilsynelatende utvides utover lovens grenser. Til tross for at forholdet omfattes av ordlyden i et straffebud, blir ikke handlemåten ilagt en straffereaksjon. For allmennheten vil skillet mellom straffbare og straffrie handlinger kunne fremstå uklart, all den tid handlinger som tilsynelatende er straffbare etter loven, likevel ikke straffes. En kan ikke lenger kun belage seg på å følge lovens ordlyd, når noe som synes ulovlig likevel er lovlig.

Straffebudets effektivitet vil med dette svekkes, slik at straffelovens bestemmelser ikke har den allmennpreventive effekten som er tiltenkt. Straffebudene vil derimot kunne få en utilsiktet vid allmennpreventiv effekt, hvor en som borger ikke lenger kan stole på lovens ordlyd. Resultatet blir at straffebestemmelsene, fremfor å sette mer eller mindre klare grenser for handlefriheten, medføre et større inngrep i den enn tiltenkt. Uklarheten vil kunne resultere i en restriktiv frihet for borgerne. Straffebudene vil av befolkningen kunne tolkes som mer vidtrekkende enn de i realiteten er, noe som videre gir et inntrykk av en mer begrenset

handlefrihet. Inngrepet i rettssfæren blir dermed større enn nødvendig, og kan medføre et mer reservert rettssamfunn.

En norm hvor ethvert straffebed skal tolkes innskrenkende vil dermed forsterke og overdrive det allmennpreventive hensynet som ett av de viktigste formålene med strafferetten. Der hvor det allmennpreventive hensynet i strafferetten er ment å påvirke borgerne til å ikke begå forbrytelser, vil en slik tilnærming med vide straffebestemmelser heller skremme borgerne og frata de friheter som de i utgangspunktet har. Et slikt inngrep står i dårlig sammenheng med hensynet til en forutberegnelig, rettssikker og demokratisk forankret rett.

3.4.2 Maktfordelingsprinsippets grenser

Maktfordelingsprinsippet taler som utgangspunkt imot å gi domstolene adgang til å bruke rettsstridsreservasjonen i de tilfellene hvor lovens vilkår er innfridd¹²⁴. Lovgiveren har på mange måter den mest grunnleggende oppgaven i strafferettssystemet,¹²⁵ hvor deres arbeid danner utgangspunktet for rettsanvendelsesprosessen. Stortinget har en stor og viktig oppgave med å utarbeide lovbestemmelser og velge deres ordlyd slik at den omfatter de handlingene som er uønsket i rettsordenen. Deres arbeid med å kriminalisere handlinger innebærer å identifisere hvilke rettsgoder strafferetten skal verne om, og hvilke krenkelser av rettsgoder en skal reagere med straff mot.¹²⁶ En så viktig oppgave bør som utgangspunkt ikke kunne delegeres, da den demokratiske legitimiteten til loven er forankret i at lovgiver er valgt av folket.

Domstolenes oppgave innebærer i all hovedsak å finne frem til hvordan loven regulerer forholdet, deriblant finne frem til lovgiverviljen, og dømme etter denne. Mest problematisk er derfor de tilfellene hvor rettsstridsreservasjonen brukes der lovens ordlyd synes klar nok. Handlingen faller innenfor lovens ordlyd, men domstolene bestemmer at forholdet likevel ikke skal straffes. Domstolene skal som hovedregel forholde seg lojal til det lovgiver har fastsatt i loven,¹²⁷ noe de i realiteten ikke gjør når de anvender rettsstridsreservasjonen. Her kan de anses for å påta seg en lovgivningsmyndighet og dømme etter eget skjønn, noe som de i utgangspunktet ikke har anledning til å gjøre.

¹²⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 192.

¹²⁵ Samme sted s. 17.

¹²⁶ Samme sted s. 44.

¹²⁷ Samme sted s. 192.

Førstvoterende i Rt. 2012 s. 313 trekker imidlertid dette utgangspunktet enda lengre, og uttaler i avsnitt 29 at lovgiverintensjonen er uten betydning der den ikke fremgår tilstrekkelig klart av loven. Det legges her opp til en streng ordlydslojal tilnærming, hvor lovens ordlyd skal tillegges mer vekt enn lovgiverintensjonen der disse ikke kan harmoniseres. Når rettsstridsreservasjonen likevel åpner for at loven kan fravikes på bakgrunn av andre hensyn, vil det kunne gi domstolene en for stor makt. En slik løsning er verken forutberegnelig, rettferdig eller demokratisk legitimert.

Dommen fra 2012 omhandlet imidlertid spørsmålet om personvernkretsen som straffeloven av 1902 § 317 viste til, kunne tolkes utvidende. Når det for vårt tilfelle derimot er spørsmål om å frifinne tiltalte til tross for at straffebudet er innfridd vil terskelen være lavere, fremfor når det er snakk om å straffe en tiltalt uten støtte for dette i ordlyden.

Det kan imidlertid her innvendes at domstolenes innskrenkende tolkning begrunnes med at det vil harmonisere bedre med lovgiverviljen. Der det gjøres unntak fra lovens ordlyd, skyldes det ofte at lovgiverbetraktninger blir utslagsgivende. Det kan da stilles spørsmål om hvilken løsning som best harmoniserer med hensynene bak legalitetsprinsippet; å forholde seg ordlydslojal og følge lovens løsning, eller å vektlegge lovgivers intensjon der denne avviker fra lovens ordlyd.

Ved første øyekast vil den demokratiske legitimiteten og forutberegneligheten tilsynelatende best ivaretas ved å følge lovens ordlyd; etter legalitetsprinsippet er det nettopp i lovens ordlyd at lovgiverintensjonen bør fremgå tydelig. På den andre siden vil domstolenes vektlegging av lovgiverintensjonen kunne sies å ha en sterkere tilknytning til lovgiverne, og dermed også en sterkere demokratisk legitimitet. Der straffebudet er dårlig utformet og dermed får motsatt virkning enn tiltenkt, vil kunne svekke rettssikkerheten ettersom rettmessige handlinger vil kunne risikere straff.

I det videre vil jeg se nærmere på lovgiverviljen, og hva denne innebærer. Det vil blant annet fokusere på hvilke rettskilder som best representerer denne – ordlyden av loven, eller hvordan det fremgår i andre rettskilder slik som for eksempel forarbeider? Vider kan det stilles spørsmål ved når lovgiverviljen er klar nok til at hensynet til den demokratiske legitimiteten, herunder ordlyden, må vike.

3.4.3 En skjønnsbasert strafferett

En annen konsekvens av at straffebud tolkes innskrenkende påpekes av Straffelovkommisjonen i forarbeidene. Når domstolene ikke har noen konkrete og fastsatte rettskilder å vise til når de foretar en innskrenkende tolkning, vil bruken av rettsstridsreservasjonen kunne gi inntrykk av at domstolene har en slags «benådningsmyndighet».¹²⁸ Anvendelsen av rettsstridsreservasjonen vil kunne baseres på når domstolene anser det som rimelig etter dommerskjønnet å ta den i bruk, noe som videre medfører en lite forutberegnelig rett.¹²⁹ En hyppig anvendelse av rettsstridsreservasjonen kan gi et inntrykk av at domstolene står friere i rettsanvendelsesprosessen enn de i realiteten gjør. Dersom handlingens rettsstridighet baserer seg på domstolens skjønn, vil strafferetten bli svært uforutsigbar. Dette harmonerer dårlig med klarhetskravet i legalitetsprinsippet, som krever mer eller mindre klare grenser mellom straffbar og straffri opptreden.¹³⁰

Den skjønnsbestemte rettsanvendelsesprosessen kan videre åpne for brudd på det grunnleggende likhetsprinsippet.¹³¹ Der det ikke foreligger en enhetlig praksis for når rettsstridsreservasjonen kan anvendes, vil dette kunne legge opp til en ulik behandling av like tilfeller. Ettersom spørsmålet om rettsstridsreservasjonen skal anvendes ofte beror på dommerens skjønn, vil det kunne åpne for at likhetskravet i Grunnloven § 98 krenkes. Særlig sett hen til underrettspraksis vil dette kunne være tilfellet, hvor dommene ikke har den samme rettsskapende funksjonen som Høyesterettsdommer. Det grunnlovfestede utgangspunktet i Grunnloven § 98 vil særlig kunne trues her, ettersom tingretts- og lagmannsrettsdommer ikke er like rettsskapende og regeldannende som høyesterettspraksis. De tilkjennes dermed ikke like stor vekt i andre saker som høyesterettsdommer.

Rettsstridsreservasjonen kan som tidligere illustrert knyttes opp mot ulike verdigrunnlag som begrunner straffebudene konkret og strafferetten generelt. Der disse uttrykkelig benyttes som argumenter for at en handling som omfattes av et straffebud ikke bør straffes, vil argumentasjonsrekken kunne fremstå mangelfull ettersom verdigrunnlaget ikke kommer

¹²⁸ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) side 213.

¹²⁹ Tøssebro (2016) s. 123.

¹³⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 188.

¹³¹ Tøssebro (2016) s. 123.

direkte til uttrykk i rettskildene. Argumentet vil mangle en demokratisk legitimitet, og dermed kunne fremstå som skjønnsmessig.¹³²

Domstolene har på den andre siden alltid en plikt å komme med en konklusjon i den konkrete saken. Særlig i de tilfellene det ikke finnes klare retningslinjer fra lovgiver i rettskildene, er det domstolenes oppgave å utfylle retten der den er mangelfull. Er ikke tilfellet regulert må domstolene vurdere handlingens straffbarhet ut ifra øvrige hensyn, ettersom de er pliktige til å komme med en avgjørelse. Der tolkningstvilen er særlig stor, vil hensynet til borgernes handlefrihet måtte veie tungt.¹³³

¹³² Noen av rettsgodene kan på den ene siden identifiseres i de konstitusjonelle menneskerettighetene lovfestet i Grunnloven kapittel E. Her vil imidlertid Grunnloven med styrke benyttes i rettsanvendelsesprosessen som rettskilde med grunnlovsrang, til forskjell fra rettsstridsreservasjonen som ikke er lovfestet.

¹³³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 157.

4 Bør reservasjonen lovfestes?

Under dette punktet vil det utgreies om argumenter for og mot en lovfestet rettsstridsreservasjon, med særlig fokus på forarbeidenes begrunnelse. Det vil i den sammenheng også ses hen til om synet på en lovfestet rettsstridsreservasjon er endret noe, særlig med fokus på uttalelser i rettspraksis. Er det i praksis blitt etablert en slags retningslinje som like gjerne kunne vært lovfestet?

Den ulovfestede rettsstridsreservasjonens innhold er i stor grad definert av domstolene gjennom deres rettsanvendelse. Spørsmålet er om dette er en god løsning. Ettersom hver sak som er oppe for domstolene skal vurderes konkret og individuelt, vil det kunne skade forutberegneligheten når avgjørelsen begrunnes med hensyn hentet fra en ulovfestet lære. Forutberegnelighet er et av de viktigste hensynene som skal ivaretas i rettsanvendelsen, og et av de største formålene bak det strenge legalitetsprinsippet. Når hensyn begrunnet i en ulovfestet lære vektlegges, vil det være vanskelig for befolkningen å finne frem til denne – det skal ikke måtte kreves at enhver kjenner til retten så godt.

4.1 Lovforslaget i § 3-7

I forbindelse med den nye straffeloven av 2005, ble det vurdert om den ulovfestede rettsstridsreservasjonen skulle lovfestes.¹³⁴ Forarbeidene nevner flere tilfeller hvor slike rettsstridsreservasjoner vil kunne oppstå, slik som blant annet ved foreldres oppdragelse av sine barn, politiets maktanvendelse eller ved delvis lovfestede straffrihetsgrunner slik som samtykke.¹³⁵ Deres lovforslag var følgende:

«§ 3-7. Innskrenkende tolking

Selv om ingen lovfestet straffrihetsgrunn foreligger, kan særegne omstendigheter medføre at et straffebud ikke skal anvendes på en handling som dekkes av ordlyden.»¹³⁶

¹³⁴ Se NOU 1992:23 s. 105 flg.

¹³⁵ NOU 1992:23 s. 107 flg.

¹³⁶ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 212.

Forslaget legger opp til at det kan foretas en innskrenkende tolkning av lovbestemmelsen dersom det foreligger «særegne omstendigheter». Ordlyden kan tilsi at en må vurdere det konkrete tilfellet opp mot klassiske typetilfeller hvor bestemmelsen vanligvis kommer til anvendelse. Liknende varianter er også å finne i rettspraksis, blant annet i Rt. 1947 s. 86 hvor en handling ble ansett for å være rettsstridig med mindre det «foreligger særskilte omstendigheter som gjør handlingen rettmessig».¹³⁷

I rettspraksis vises det gjerne til at det skal «sterke reale hensyn» til for å foreta en innskrenkende tolkning,¹³⁸ hvor en må foreta en «avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte».¹³⁹ Som hovedregel vil hensynet til å verne om rettsgodet bestemmelsen er ment å beskytte, veie tungt. Å fravike dette vil måtte kreve at andre hensyn veier tyngre. Slike tungtveiende hensyn vil kunne være de samme hensynene som Jacobsen m.fl. omtaler som de grunnleggende prinsippene bak strafferetten, herunder særlig den alminnelige handlefriheten.¹⁴⁰ De konkrete hensynene som vektlegges til fordel for hensynene bak straffebudet medfører et unntak fra hovedregelen om at lovens ordlyd skal følges. Sett fra dette perspektivet vil det kunne være passende å anse unntaket for å være en vektlegging av «særegne omstendigheter», da det som utgangspunkt skal mye til for å unnvike loven.

Ordvalget kan imidlertid virke noe upassende, da det ofte er handlingens normalitet og som medfører at den ikke er rettstridig.¹⁴¹ Samme synspunkt fremgår av Slettan og Øie, da de mener rettsstridsreservasjonen skal anvendes på handlinger som «(...) ligger innenfor den risikoen samfunnet aksepterer», hvor situasjonen kjennetegnes ved å ikke være ekstraordinær.¹⁴² Et eksempel på dette er inntatt i Rt. 2012 s. 686, hvor daghandlerne ble frifunnet fordi deres handling var ansett som «allment akseptert i markedet». En alminnelig og normal handlemåte vil vanskelig kunne anses som en særegen omstendighet.

Straffelovkommisjonen uttaler selv videre at «særegne omstendigheter» etter sin ordlyd vil kunne assosieres med «konkrete rimelighetshensyn» som kan knyttes opp mot den enkelte

¹³⁷ Tøssebro (2016) s. 100.

¹³⁸ Rt. 1972 s. 243 (side 244).

¹³⁹ Rt. 1979 s. 1472 (side 1499).

¹⁴⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 186.

¹⁴¹ Samme sted s. 191, se også Tøssebro (2016) s. 100

¹⁴² Slettan og Øie (1997) s. 79.

lovbryteren, men at bestemmelsen ikke er slik å forstå.¹⁴³ Slik Tøssebro ser det, må vilkåret «særlige omstendigheter» her heller forstås ut i fra tre momenter; gjerningspersonens handlingsalternativer, hensikt og grovhet.¹⁴⁴ Vurderingen av disse tre momentene vil kunne redegjøre for handlingens klanderverdighet som sentralt vurderingstema i ansvarslæren, og videre belyse hvorvidt handlingen bør anses som rettsstridig eller ei. Vurderingen minner således om den forsvarlighetsvurderingen det legges opp til når man vurderer om handlingsfrihetens grenser er overtrådt, jf. punkt 3.3.1. Slik sett vil lovforslaget kunne ha noe for seg.

Forslagets utforming kan på den andre siden kritiseres for å åpne for en «benådningsadgang» for domstolene.¹⁴⁵ Muligheten for å kunne tolke et straffebud innskrenkende er ikke ment som en generell skjønnsmessig adgang for dommeren til å frifinne den tiltalte ut ifra konkrete rimelighetshensyn,¹⁴⁶ noe ordlyden kan synes å legge opp til. Forslaget vil videre kunne legge opp til en misforståelse om at det er mulig å argumentere seg bort fra straff. Det er klart at rettsstridsreservasjonen ikke er slik å forstå.

Da rettsstridsreservasjonen anses å henvise til mer grunnleggende hensyn bak strafferetten mer generelt, virker det påtvunget å omtale disse hensynene som «særegne omstendigheter». Det er nettopp hensynet til strafferettens verdigrunnlag som er styrende for hvilke handlinger rettsordenen anser som straffbare, og som videre utgjør lovgiverviljen. Lovens formål vil vanskelig kunne anses som et særegent forhold.

4.2 Er en kodifisering av reservasjonen nødvendig?

Et av problemene med den ulovfestede rettsstridsreservasjonen, er at domstolens skjønnsanvendelse kan bidra til en lite enhetlig praksis. Maktfordelingsprinsippet legger opp til at domstolene skal anvende lovbestemmelsene på de konkrete saksforholdene, hvor hensynet til det strafferettslige legalitetsprinsippet tilsier at de bør forholde seg lojalt til lovens

¹⁴³ NOU 2002:4 s. 222.

¹⁴⁴ Tøssebro (2016) s. 100. På den andre siden kan vurderingsmomentene anses som utslag av den alminnelige handlefriheten, og dermed knyttes opp mot enkeltmenneskets frihet. Da dette hensynet ligger til grunn for strafferetten mer generelt, vil det synes merkelig å omtale det som «særegne omstendigheter».

¹⁴⁵ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 213.

¹⁴⁶ Slettan og Øie (1979) s. 80, se også NOU 2002:4 s. 222.

ordlyd. En innskrenkende tolkning av loven der samtlige vilkår er innfridd vil her kunne stride mot legalitetsprinsippets grunnleggende hensyn.

Dersom den ulovfestede rettsstridsreservasjonen lovfestes, vil domstolenes innskrenkende tolkning av lovbestemmelsene kunne hjemles i en bestemmelse fastsatt av lovgiverne. På denne måten vil rettens demokratiske legitimitet og forutberegnelighet styrkes, samt at det vil legge føringer for en mer enhetlig bruk av reservasjonen i praksis. Dette styrker særlig rettssikkerheten.

En kodifisering av reservasjonen vil imidlertid kun i begrenset grad avhjelpe problemet med lite forutberegnelige resultater. Hele poenget med den ulovfestede rettsstridsreservasjonen er at den kommer til anvendelse i et konkrete tilfelle, hvor lovens ordlyd vil medføre et urimelig resultat. I de fleste sakene er det nettopp handlingsforløpets særegenhet som medfører at lovens løsning gir et for strengt resultat. En lovfesting av ethvert konkret hensyn som taler for at reservasjonen kommer til anvendelse vil bli for omfattende; vi er igjen tilbake til lovgivningsproblemet, hvor ethvert tenkelig utfall ikke kan forutses og lovfestes.

Samme argument presiseres også i forarbeidene.¹⁴⁷ Ved vurderingen av om § 3-7 i utkastet skulle lovfestes, ble det uttalt at:

«Et [innskrenkende] tolkningsresultat kan begrunnes i lovens forarbeider, rettspraksis, krav i internasjonale konvensjoner og alminnelig folkerett, hensynet til harmoni og konsekvens i lovverket og andre reelle hensyn, herunder resultatets «godhet», dvs. om straffansvar fremtrer som rimelig. Omstendighetene som begrunner en innskrenkende tolking, vil dermed alltid være ulovfestede. Et forslag om å lovfeste adgangen til innskrenkende tolking, slik Straffelovkommisjonen foreslår i utkastet § 3-7, endrer ikke dette. Det gjør heller ikke det forhold at straffebudet selv inneholder en henvisning til at handlingen må være «rettsstridig». Slike metoder vil ikke gi noe svar på hvilke konkrete omstendigheter som leder til innskrenking av rekkevidden.»

Dersom den ulovfestede rettsstridsreservasjonen skulle lovfestes, er neste problem hvordan den skal utformes. Ved en eventuell lovfesting vil en i tråd med den syntetiske

¹⁴⁷ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 106.

lovgivningsmodellen måtte prøve å finne en fellesnevner for de tilfellene den er anvendt. Hvilke vilkår som skal velges er imidlertid ikke selvsagt, ettersom det er ulike konkrete hensyn som vektlegges i hver enkelt sak. Spørsmålet blir da imidlertid om det er praktisk mulig å finne en slik fellesnevner, eventuelt om dens utforming vil bli så overflødig og intetsigende at reservasjonen like gjerne kan være ulovfestet.

Departementet på sin side legger til grunn at en lovfestet rettsstridsreservasjon ikke vil kunne bidra til å oppklare når det kan foretas en innskrenkende tolkning av straffebud, da dette er strengt situasjonsbasert.¹⁴⁸ En kodifisering av rettsstridsreservasjonen vil med dette som utgangspunkt vanskelig la seg gjøre.

Et annet argument som ble benyttet var at en ved å lovfeste en regel om innskrenkende tolkning, også ville kunne realisere et behov for å lovfeste andre tolkningsprinsipper.¹⁴⁹ Det ble særlig vist til muligheten for å foreta en utvidende tolkning av et straffebud. Som utgangspunkt er det ikke adgang til å foreta strengt utvidende tolkninger av straffebud,¹⁵⁰ dette også av hensyn til forutberegneligheten, rettssikkerheten og den demokratiske forankringen. Dersom dette også skulle lovfestes, vil det medføre at den juridiske metoden lovfestes, noe det ikke er tradisjon for i den norske lovgivningen.¹⁵¹

Avslutningsvis ble det uttalt at «ulempene med å lovfeste rettsstridsreservasjonen er større enn fordelene». ¹⁵² Følgelig ble konklusjonen at lovforslaget ble forkastet.

Jeg mener imidlertid at det er flere fordeler enn ulemper ved å lovfeste rettsstridsreservasjonen. Til tross for at dens anvendelse medfører at lovbestemmelsene tolkes innskrenkende og dermed har en frifinnende effekt, vil det å kunne forutse sin rettsstilling være en viktig del av å styrke rettssikkerheten. En kodifisering vil være fordelaktig både av pedagogiske hensyn og av informasjonshensyn,¹⁵³ og vil samlet sett styrke forutberegneligheten som et av de grunnleggende hensynene bak strafferetten. Videre vil også den demokratiske legitimiteten styrkes ved at handlingen er regulert i lov fastsatt av lovgiver.

¹⁴⁸ Se utdraget hentet fra Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 106 rett overfor.

¹⁴⁹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 215.

¹⁵⁰ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 68.

¹⁵¹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 215.

¹⁵² Samme sted s. 215.

¹⁵³ Slettan og Øie (1997) s. 80.

Følgelig vil samtlige av de tre grunnhensynene i retten styrkes; hensynet til en autoritativ og demokratisk forankret, forutberegnelig og rettferdig rett.¹⁵⁴

Når et hensyn kan anses for å veie tyngre enn et annet, vil det imidlertid være vanskelig å finne noen klar retningslinje på. Det er nettopp sakens særegenhet som avgjør hvilke konkrete hensyn som gjør seg gjeldende. En oversikt over hvilke hensyn som skal vektes mer enn andre vil være uaktuelt å lovfeste, da rettsanvendelsesprosessen ikke ment å kunne anvendes som en matematisk formel.

Et alternativ ved en eventuell kodifisering av reservasjonen vil være å fokusere på hvilke hensyn som begrunner anvendelsen av rettsstridsreservasjonen, fremfor å fokusere på tolkningsresultatet slik lovforslaget legger opp til.¹⁵⁵ Det er særlig de mer tungtveiende og grunnleggende prinsippene bak strafferetten som begrunner en fravikelse av lovens ordlyd. Ved å tilkjenne hvilke grunnleggende hensyn som kan tale for at resultatet blir et annet enn det lovens ordlyd tilsier, vil det kunne bidra til å bevisstgjøre hva som styrer utfallet i en straffesak.

Slik jeg ser det, er det klart at rettsstridsbegrepet har en viktig funksjon innen strafferetten. Med den syntetiske lovgivningsmodellen, vil en måtte trenge en reservasjon for å kunne utelukke de handlingsmåtene som klart ikke er ment å straffes. Handlinger som omfattes av et straffebud uten å være rettsstridige vil med denne lovgivningsmodellen være uunnværlig, ettersom det ikke er mulig å forutse ethvert handlingsforløp. At denne nødvendige sikkerhetsventilen er lagt i en ulovfestet lære, gir dårlig sammenheng med de mer grunnleggende rammene som ligger til grunn for strafferetten. Jeg vil derfor mene at en kodifisering av reservasjonen bedre vil harmonere med disse grunnleggende prinsippene. Jeg tenker da særlig på lovkravet, men også øvrige hensyn som rettssikkerhet, forutberegnelighet og demokratisk forankring vil tilsi en slik løsning.

¹⁵⁴ Aarli og Mæhle (2018) s. 16.

¹⁵⁵ Ved å flytte fokus til de mer grunnleggende verdiene og formålene med strafferetten, vil andre tolkningsresultater kunne hjemles i samme bestemmelse, herunder også en utvidende tolkning. Om dette er en god løsning, er imidlertid en annen diskusjon.

5 Avsluttende refleksjoner

Rettsstridsbegrepet både er, og har vært, et anstrengende begrep å forholde seg til innen strafferetten. Som bakenforliggende konstruksjon innen strafferetten har den gjennom tidene både blitt frontet som et nødvendig element, og som et intetsigende «kunstord».¹⁵⁶

I gjeldende rett har det imidlertid blitt lagt til grunn og anerkjent at det eksisterer en alminnelig rettsstridsreservasjon utenfor lovens grenser.¹⁵⁷ Samtlige straffebud skal nå som hovedregel leses med forbehold om at rettsstridsreservasjonen kan medføre at loven ikke får så vidt virkeområde som ordlyden skulle tilsi; *rettsstrid* har på den måten blitt et slags tilleggsvilkår som må innfris før det idømmes en straffereaksjon. Til å være en så viktig konstruksjon innen strafferetten, synes det bemerkelsesverdig at begrepet enda ikke har fått noe fast meningsinnhold.

Legalitetsprinsippet bidrar som et hjelpemiddel for at retten skal overholde sine forpliktelser om å være forutberegnelig, rettssikker og demokratisk forankret ved at loven skal tolkes etter sin ordlyd. Det er imidlertid ikke slik at loven anvendt på det konkrete tilfellet alltid harmoniserer med lovgiverviljen. Videre vil ikke alltid grensen mellom straffbar og straffri atferd fremgå klart av loven, slik det strafferettslige legalitetsprinsippet og det formelle rettsstridsbegrepet legger opp til.¹⁵⁸

Rettsstridsreservasjonen er her en viktig sikkerhetsventil, og utgjør en verdimeslig vurdering som påser at de grunnleggende hensynene bak strafferetten mer generelt overholdes.¹⁵⁹ Reservasjonen kan dermed ses på som en forlengelse av den mer abstrakte lovgiverviljen. Følgelig er rettsstridsreservasjonen en viktig faktor innen strafferettens ansvars lære som bør styrkes og utvikles, fremfor å behandles som en mer eller mindre intetsigende og tilsynelatende vilkårlig konstruksjon.

Rettsstridsbegrepet unngås ofte med henvisning til at det er et svært kontekstuel begrep.¹⁶⁰ Bakgrunnen for dette er imidlertid at det ikke gjøres noen forsøk på å gi rettsstridsbegrepet noe fast innhold i praksis. Hvis en derimot hadde utviklet det materielle rettsstridsbegrepet og

¹⁵⁶ NOU 1983:57 s. 142.

¹⁵⁷ Rt. 2008 s. 1491 (avsnitt 14).

¹⁵⁸ Tøssebro (2016) s. 123.

¹⁵⁹ Tøssebro (2016) s.

¹⁶⁰ Tøssebro (2016) s. 75-77.

gitt det et mer konkret innhold, tror jeg det ville bidratt til å utvikle den strafferettslige ansvarslæren og samtidig gjøre retten mer dynamisk og tilpasningsdyktig.

Litteraturliste

Litteratur

- Aarre (2020) Aarre, Torleif Eilert, *Rettsgoder: en verdipositivistisk tilnærming til interesseteorier i strafferettssystemet*, Universitetet i Bergen, Bergen 10. desember 2020.
- Aarli og Mæhle (2018) Aarli, Ragna, og Synne Sæther Mæhle, *Juridisk metode i et nøtteskall*, 1. utgave, Gyldendal Juridisk 2018.
- Andenæs (1974) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 1974.
- Andenæs (2016) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, Universitetsforlaget 2016.
- Berg (2021) Berg, Ole T., «Samfunnspakten», Store norske leksikon, 18. februar 2021, <https://snl.no/samfunnspakten>, (lest 11. april 2023).
- Bernt (2009) Bernt, Jan Fridthjof, «Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelser av juridiske tvilsspørsmål», *uib.no* (<https://w2.uib.no/filearchive/jan-fr-bernt-080617-det-juridiske-fortolkningsfellesskap.pdf>), 2009, s. 8.
- Bernt og Gisle (2021) Bernt, Jan Fridthjof, og Jon Gisle, «Lovgivning», Store norske leksikon, 10. februar 2021, <https://snl.no/lovgivning>, (lest 18. april 2023).
- Elden Elden, John Christian, «Rettsstrid», Store norske leksikon, 17. november 2022, <https://snl.no/rettsstridig>, (lest 9. mars 2023).

- Falkanger (2023) Falkanger, Thor, «Rettsfilosofi», Store Norske Leksikon, 24. januar 2023, <https://snl.no/rettsfilosofi> (lest 2. mai 2023).
- Falkanger og Gisle (2022) Falkanger, Thor og Jon Gisle, «Rett (juridisk)», Store norske leksikon, 2. august 2022, [https://snl.no/rett -
juridisk](https://snl.no/rett-_juridisk), (lest 8. februar 2023).
- Frøberg (2012) Frøberg, Thomas, «Skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner», *Jussens Venner* 2012, s. 3.
- Getz (1903) Bernhard Getz, *Juridiske afhandlinger*, Aschehoug 1903, s. 58.
- Gisle (2023) Gisle, Jon, «Kasiustisk lov», Store norske leksikon, 25. januar 2023, https://snl.no/kasuistisk_lov (lest 04. mai 2023).
- Graver (2008) Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (02/2008), Volum 121, s. 167.
- Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen (2019), *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2019
- Krane (u.d.) Krane, Mona Mortensen, «Ordbok», Stortinget, u.d., <https://www.stortinget.no/no/Stottemeny/Ordbok/?wid=128> (lest 11. april 2023).
- Ljone (2023) Ljone, Fredrik, «Reelle hensyn», Store norske leksikon, 12. januar 2023, https://snl.no/reelle_hensyn, (lest 23. mars 2023).
- Mæland (2012) Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett*, 1. utgave, Justian 2012, s. 133.

- Nes (2021) Nes, Anders, «Rettspositivisme», Store norske leksikon, 21.april 2021, <https://snl.no/rettspositivisme> (lest 2. mai 2023).
- Redaksjonen (2009) Redaksjonen i Store norske leksikon, «Illegal», Store norske leksikon, 14. februar 2009, <http://snl.no/illegal> (lest 02. mai 2023).
- Ross (1953) Ross, Alf, *Om ret og retfærdighet; en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nordisk Forlag 1953.
- Slettan og Øie (1979) Slettan, Svein og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*, Aschehoug 1997.
- Thorsen (2020) Thorsen, Dag Einar, «Folkesuverenitet», Store norske leksikon, 5. september 2020, <https://snl.no/folkesuverenitet>, (lest 11. april 2023).
- Ussing (1949) Ussing, Henry, *Rettsstridighet: streiflys over nordisk Retslære*, København Bianco Lunos Bogtrykkeri 1949

Norske lover

Lov 17.mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Alminderlig borgerlig Straffelov (straffeloven).

Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 29.juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven).

Forarbeider

Utkast til Alminderlig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge.

Udarbeidet af den ved kgl. Resolution a 14de November 1885 nedsatte Kommission Kristiania. Det Steenske Bogtrykkeri. 1896.

NOU 1983:57	NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommissjonens delutredning I av 4. november 1983.
NOU 1992:23	NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovkommissjonens delutredning V av 25. november 1991.
NOU 2002:4	NOU 2002:4 Ny straffelov: Straffelovkommissjonens delutredning VII av 4. mars 2002.
Ot.prp.nr. 90 (2003-2004)	Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) av 2. juli 2004.
Ot.prp.nr. 8 (2007-2008)	Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven av 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet) av 9. november 2007.
Innst.O.nr.66 (2004-2005)	Innst.O.nr.66 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffelova (eige straffebod om kjønnslege skildringer som gjer bruk av barn) av 15. mars 2005.
Innst.O.nr.72 (2004-2005)	Innst.O.nr.72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven) av 5. april 2005

Rettspraksis

Rt. 1947 s. 86

Rt. 1972 s. 243

Rt. 1979 s. 1492

Rt. 2000 s. 646

Rt. 2001 s. 1379

Rt. 2005 s. 41

Rt. 2005 s. 1567

Rt. 2008 s. 1491

Rt. 2012 s. 313

Rt. 2012 s. 686

HR-2016-2228-A