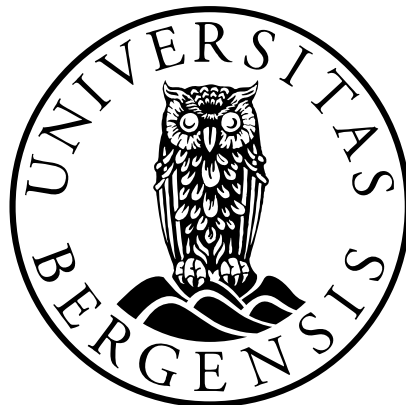


Må en faktisk uvitenhet være aktsom for å kunne bli
lagt til grunn når det er spørsmål om å
rettferdiggjøre forsettlige lovbrudd på grunn av
nødverge?

Kandidatnummer: 162

Antall ord: 13 029



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08. 06. 2020

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| 1 Innledning | 4 |
| 1.1 Oppgavens tema og aktualitet | 4 |
| 1.2 Oppgavens problemstilling | 5 |
| 1.3 Metodekapittel | 5 |
| 1.3.1 Hvordan ta stilling til problemstillingen? | 5 |
| 1.3.2 Metodiske og strukturelle utfordringer | 6 |
| 1.3.3 Forholdet mellom den gamle og nye nødvergebestemmelsen | 6 |
| 1.3.4 Rettskildebildet | 8 |
| 1.3.5 Begrepsavklaring | 8 |
| 1.4 Avgrensninger | 9 |
| 1.5 Veien videre | 10 |
| 2 Presentasjon av § 18 første ledd | 11 |
| 2.1. § 18 første ledd – nødvergebestemmelsen | 11 |
| 2.1.1 Ordlyden og generelle punkt | 11 |
| 2.1.2 «En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den» | 11 |
| 2.1.3 bokstav a) – «blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep» - situasjonskravet | 12 |
| 2.1.4 bokstav b) - «ikke går lenger enn nødvendig» - nødvendighetsvurderingen | 15 |
| 2.1.5 bokstav c) – «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld» | 15 |
| 3 Presentasjon av § 25 første ledd: | 17 |
| 4 Skyldprinsippet og lovskravet | 19 |
| 4.1 Skyldprinsippet | 19 |
| 4.2 Lovskravet | 21 |
| 4.3 Lovskravets betydning for oppgavens problemstilling | 23 |
| 5 Gjelder det et aktsomhetskrav for at faktisk uvitenhet skal kunne legges til grunn etter § 25 første ledd? | 27 |
| 6 Gjelder det et aktsomhetskrav for at faktisk uvitenhet skal kunne legges til grunn etter § 18 første ledd? | 29 |
| 6.1 Forutsetninger for drøftelsen | 29 |
| 6.2 Ordlyden | 29 |
| 6.3 Forarbeider og sammenhengen mellom den gamle og nåværende bestemmelsen | 31 |
| 6.4 Høyesterettspraksis | 33 |
| 6.4.1 Rt. 1991 s. 455 | 33 |
| 6.4.2 HR-2019-1842-U | 36 |
| 6.5 Juridisk litteratur | 37 |
| 6.6 Reelle hensyn | 39 |
| 6.7 Konklusjonen på vurderingen | 40 |
| 7 Avsluttende betraktninger | 41 |
| 8 Konklusjonen på oppgavens problemstilling | 42 |

9 Kildeliste.....43

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

I Norge har politiet maktmonopol som vil si at det i all hovedsak er politiet som kan utøve makt. Dette kommer av at det primært er politiet som har ansvaret for og som skal sikre borgernes sikkerhet. Likevel har ikke politiet mulighet til å sørge for alles sikkerhet til enhver tid. Dersom det hadde vært tilfelle hadde Norge vært en politistat, og er noe som uansett ikke hadde vært ønskelig for en moderne, demokratisk rettsstat. Dette medfører at borgerne i veldig mange situasjoner er overlatt til å sørge for sin egen sikkerhet. Det er typisk i slike situasjoner, hvor man beskytter seg selv eller andre at nødverge blir aktuelt. Nødverge medfører at ellers straffbare handlinger blir lovlige ved at man kan beskytte seg selv eller andre mot «et ulovlig angrep».¹

Utgangspunktet for å kunne utøve nødverge er at det må foreligge et «ulovlig angrep» som den angrepne handler «for å avverge», jf. § 18 første ledd. Dvs. at en person ikke kan utøve vold mot en annen person uten at han er i ferd med eller har blitt utsatt for et slikt «ulovlig angrep», etter nødvergeregulene. Imidlertid vil veldig mange som har utøvd vold eller andre lignende straffbare handlinger, nettopp påberope seg nødverge. Dette gjelder også i tilfeller hvor det hverken fremstod slik objektivt sett eller subjektivt sett fra voldsutøveren sin side.² Dette kan i mange tilfeller medføre at gjerningspersonen vil gå straffri fra det hele fordi det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden for at gjerningspersonen ikke ble utsatt for et «ulovlig angrep» før vedkommende utøvde volden. Dette er problematisk og kan anses som veldig urettferdig og bakvendt for tilfeller hvor påtalemyndigheten ikke klarer å bevise at det ikke forelå et slikt «ulovlig angrep» fra den fornærmedes side.

I tilfeller hvor påtalemyndigheten klarer å bevise at det ikke forelå et slikt «ulovlig angrep» og gjerningspersonen dermed ikke blir hørt med nødverge, kan gjerningspersonen likevel gå straffri fra voldshandlingen ved å påberope seg faktisk uvitenhet. Reglen om faktisk uvitenhet fremgår i utgangspunktet av strl. § 25 første ledd, som åpner for at subjektive oppfatninger, som ikke gjenspeiler de faktiske forhold, kan få helt avgjørende betydning. Reglen om faktisk uvitenhet åpner dermed opp for at nødvergebestemmelsen kan komme til anvendelse til tross for at vilkårene objektivt sett ikke er oppfylt.

¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) § 18 første ledd.

² Dette i tillegg til provokasjon etter strl. §§ 271 og/eller 272, som kan medføre at voldsutøvelsen blir straffri.

Disse nyansene som er helt avgjørende for det rettslige utfallet av en slik voldshendelse kan virke svært urimelig for den fornærmede, og kan videre sette borgernes tillit til både påtalemyndigheten og rettssystemet i et dårlig lys. Dette fordi reglene som det kort er vist til kan få utfall som ikke gjenspeiler de faktiske forhold. Det kan også åpne for at gjerningspersonen kan komme unna med å påberope seg både nødverge og regelen om faktisk uvitenhet, selv om det ikke var slik hendelsen ble oppfattet av gjerningspersonen. Det vises til at det er påtalemyndigheten som må bevise at den tiltalte er skyldig, som fort kan føre til at utfallet av den rettslige gangen ikke medfører domfellelse. Dette viser aktualiteten for problemstillingen.

1.2 Oppgavens problemstilling

Problemstillingen som reises er om en faktisk uvitenhet må være aktsom for å kunne bli lagt til grunn når det er spørsmål om å rettferdiggjøre forsettlig lovbrudd på grunn av nødverge. Problemstillingen retter seg altså mot tilfeller hvor en person uaktsomt har oppfattet situasjonen slik at han var i faktisk uvitenhet om forhold som medførte at vedkommende trodde at han var i en nødvergesituasjon. Samt i tilfeller hvor vedkommende faktisk er i en nødvergesituasjon, men den som blir angrepet uaktsomt oppfatter situasjonen slik at han er i faktisk uvitenhet i forbindelse med forhold som medfører at han objektivt sett ikke oppfyller vilkårene for nødvergehandlingen, herunder nødvendighets- og forsvarlighetskravet i § 18 første ledd bokstav b) og c).

At vedkommende handler i den oppfatning at det foreligger en nødvergesituasjon medfører at vedkommende utfører et forsettlig lovbrudd, f. eks. at vedkommende med hensikt slår eller skyter en annen person. Forsettet for lovbruddet er altså klart i slike situasjoner. Det henger ikke helt sammen dersom en mistenkt sier at han ikke slo fornærmede med forsett, men han utøvde nødverge. Tilfeller hvor vedkommende uaktsomt utøver den selve kriminaliserte gjerningen faller derfor utenfor oppgaven.

1.3 Metodekapittel

1.3.1 Hvordan ta stilling til problemstillingen?

For å angripe problemstillingen vil oppgaven drøfte problemstillingen etter både § 25 første ledd og etter § 18 første ledd. Det er § 25 første ledd som gir uttrykk for regelen om faktisk uvitenhet i lovteksten. Det er derfor naturlig å vurdere problemstillingen opp mot denne

bestemmelsen først, for deretter ta stilling til om § 18 første ledd, med bestemmelsens spesielle regler og vilkår, kan gi grunnlag for at det kan opereres med et slikt aktsomhetskrav i nødvergesituasjoner. Drøftelsen av § 18 første ledd blir derfor en sekunder drøftelse, og er da overflødig dersom det kan oppstilles et aktsomhetskrav etter § 25 første ledd. Det kan virke noe oppkonstruert å drøfte om § 25 første ledd stiller opp et aktsomhetskrav når bestemmelsens annet ledd oppstiller et aktsomhetskrav, men annet ledd omfatter ikke handlinger som er straffbare i sin forsettlig form, og omfatter derfor ikke oppgavens problemstilling.

1.3.2 Metodiske og strukturelle utfordringer

Oppdelingen av drøftelsen av oppgavens problemstilling har ført til strukturelle utfordringer om hvorvidt problemstillingen må drøftes ut fra hvert av de relevante vilkårene i § 18 første ledd: «ulovlig angrep» i bokstav a), nødvendighetsvurderingen i bokstav b) og forsvarlighetsvurderingen i bokstav c). En slik oppstyking kan på den ene siden virke naturlig slik at vilkårene blir drøftet hver for seg, men på den andre siden må vilkårene i stor grad ses i sammenheng,³ slik at en oppstyking av vilkårene kan være unaturlig. I relasjon til sentrale rettskilder som forarbeider og rettspraksis vil en slik oppstyking også være problematisk på grunn av uttalelser som går ut på bestemmelsen som helhet eller at det er vanskelig å peke på akkurat hvilket av vilkårene det rettes mot. Det har også vært en utfordring i relasjon til hvordan selve vurderingen av problemstillingen skulle struktureres, da den første vurderingen av problemstillingen som er vurdert opp mot § 25 første ledd isolert, kan virke noe kunstig, i henhold til det som er skrevet i forrige kapittel.⁴

1.3.3 Forholdet mellom den gamle og nye nødvergebestemmelsen

I straffeloven (2005) fremgår nødvergebestemmelsen av § 18, mens for den gamle straffeloven⁵ fremgikk nødvergebestemmelsen av § 48. I denne oppgaven er det den gamle nødvergebestemmelsens første og annet ledd som er av interesse, da det er disse leddene som gjenspeiler dagens nødvergebestemmelse § 18 første ledd, som er det interessante for oppgavens problemstilling. Den gamle nødvergebestemmelsens første og annet ledd var som følger:

³ Dette følger av Høyesterett. Se for eksempel Rt. 1996 s. 141 A.

⁴ Se kapittel 1.3.1.

⁵ Lov 22. mai 1902 nr. 22 Almindelig borgerlig Straffelov.

Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget i Nødverge.

Det er Nødverge, naar en ellers strafbar Handling foretages til Afvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb, saafremt Handlingen ikke overskrider, hvad der fremstillede sig som fornødent hertil, og det i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode ei heller maa agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet.

I relasjon til § 18 første ledd uttaler departementet følgende:⁶

Første ledd viderefører i det vesentlige realiteten i den gjeldende straffeloven § 48 første og annet ledd. Det er foretatt noen språklige endringer. Vurderingstemaene er noe forenklet, men rettspraksis og teori som knytter seg til § 48 første og annet ledd, vil fremdeles være av interesse. En realitetsendring er at forsvarlighetskravet etter forslaget blir noe strengere og at det kreves nødvergehensikt [...].

Uttalelsen viser at det kun er forsvarlighetskravet og formålkravet som har fått en realitetsendring ved at forsvarlighetsvurderingen er noe strengere etter den nye bestemmelsen, samt at det foreligger et formålkrav. Endringen for forsvarlighetsvurderingen er imidlertid ikke betydelig, jf. uttalelsen «det [er] fremdeles meningen at den angrepne skal ha rikelige marginer i sin vurdering av hva som er etisk forsvarlig».⁷ Hva som menes med at «rettspraksis og teori [...] vil fremdeles være av interesse» er ikke helt klart, men det er naturlig å tolke det som at det materielle innholdet som fremgår av rettspraksis og teori, utenom det som er realitetsendret, er av fortsatt stor interesse for rettsstilstanden også etter den nye straffeloven (2005). Denne tolkningen er i overensstemmelse med det departementet uttalte noen avsnitt nedenfor den over nevnte uttalelsen, om at «[m]omentene [i bokstav c)] har fått en ny språklig utforming, men viderefører realiteten i den tilsvarende passusen i § 48 annet ledd.»⁸ Dermed vil eventuelle prejudikater og viktige uttalelser i rettspraksis og juridisk teori som stammer fra den gamle nødvergebestemmelsen være viktig også for straffeloven (2005) § 18 første ledd.

⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 419.

⁷ *ibid* s. 421.

⁸ *ibid* s. 421.

1.3.4 Rettskildebildet

De sentrale rettskildene er først og fremst straffelovens (2005) §§ 18 første ledd og 25 første ledd, som uttrykker reglene om nødverge og regelen om faktisk uvitenhet. Disse må i hovedsak tolkes i lys av de tilsvarende bestemmelsene i den gamle straffeloven (1902), herunder §§ 42 og 48. Forarbeidene til straffeloven (2005) er av sentral betydning for denne oppgaven, herunder spesielt Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Videre representerer både Grl. § 96 og EMK art. 7.1 lovskravet som er veldig sentral for oppgaven. Rettspraksis fra Høyesterett har stor betydning for oppgaven, samt sentrale strafferettslige prinsipper og hensyn. Også juridisk teori har vært sentralt for oppgaven.

1.3.5 Begrepsavklaring

I juridisk teori kommer ansvarslæren til uttrykk gjennom forskjellige modeller. I denne oppgaven brukes modellen for ansvarslæren som er brukt i Frihet, Forbrytelse og Straff, ikke den som er brukt i Andenæs og i forarbeidene til straffeloven eller andre varianter av denne.⁹ Det oppstilles tre ansvarskategorier/ansvarsvilkår som må være oppfylt for at straff kan komme til anvendelse er: kriminalisert gjerning, som er det første ansvarsvilkåret; fravær av rettfærdiggjøringsgrunner, som er det andre ansvarsvilkåret; samt fravær av unnskyldningsgrunner, som er det siste ansvarsvilkåret. I tillegg opererer de med et fjerde punkt som går ut på at det ikke må foreligge noen andre grenser for straffansvar. Forutsetningen for oppgaven er altså at det første ansvarsvilkåret, kriminalisert gjerning, er oppfylt. Det problematiske er det andre ansvarsvilkåret, rettfærdiggjøringsgrunner. Det tas ikke stilling til hverken det tredje ansvarsvilkåret eller det siste «punktet».

Oppgaven vil naturligvis bruke begrepene som er brukt i modellen for straffansvarslæren. Rettfærdiggjøringsgrunner blir brukt om grunner som rettfærdiggjør handlinger som i utgangspunktet fører til straffansvar, og som medfører at handlingen er «lovlig».¹⁰ Som Gröning, Husabø og Jacobsen beskriver det:¹¹

Foreligger det en rettfærdiggjøringsgrunn, er budskapet fra rettsordenen: Du gjorde ikke noe ulovlig, og skulle situasjonen oppstå på nytt, kan du handle på samme måte.»

⁹ Se Gröning mfl. (2019) s. 25-26 og s. 408 flg. På side 409 beskriver forfatterne forholdet mellom modellen som de bruker og blant andre Andenæs sin.

¹⁰ Strl. §§ 17-19.

¹¹ Gröning mfl. (2019) s. 411.

Frøberg bruker betegnelsen «straffrihetsgrunner», om det som tilsvarer det som i oppgaven blir omtalt som rettferdiggjøringsgrunner:¹²

Betegnelsen «straffrihetsgrunner» brukes om de unntaksreglene som gjør en ellers straffbar handling lovlig.»

Det sentrale for disse to betegnelse som altså forstås som det samme, er at handlinger kan rettferdiggjøres og blir betegnes som «lovlig» i motsetning til unnskyldningsgrunnene som bare medfører straffrihet, ikke ansvarsfrihet.

Ved bruken av henholdsvis den «objektive» og «subjektive» siden av straffansvaret menes den «objektive» handlinger som faktisk er foretatt uten å ta i betraktning hva vedkommende skjønnte eller visste. Den «subjektive» siden inneholder derimot handlerens subjektive forståelse, kunnskap og motiv.¹³

I oppgaven er det primært den personen som blir angrepet, eller som tror at han blir det, som omtales som den angrepne, gjerningspersonen, tiltalte, vedkommende mv. Dersom det siktes til andre vil dette fremgå av teksten.

Oppgaven har mye fokus på lovskravet, som også blir betegnet som det strafferettslige legalitetsprinsippet. I oppgaven vil lovskravet og legalitetsprinsippet bli omtalt om hverandre, og vil da referere til det samme.

1.4 Avgrensninger

Det avgrenses mot tilfeller av faktiske oppfatninger som er så virkelighetsfjerne at de omfattes av psykosetilfeller mv. i strl. § 20. Forutsetningen for oppgaven er altså at de subjektive oppfatningene har en viss logikk eller rot i virkeligheten, selv om disse kan være uforståelige.

Det avgrenses mot forholdet mellom regelen om faktisk uvitenhet og bevislæren. Det legges

¹² Frøberg (202) s. 98.

¹³ Se blant annet Gröning mfl. (2019) s. 64.

til grunn at den faktiske uvitenheten kan bevises eller blir trodd på, uansett hvor perifer tiltaltes oppfatning av den faktiske situasjonen måtte være.

1.5 Veien videre

I kapittel to vil oppgaven presentere § 18 første ledd, herunder en generell gjennomgang av bestemmelsen og dens vilkår. I kapittel tre vil oppgaven presentere den generelle regelen om faktisk uvitenhet for forsettlige handlinger etter § 25 første ledd. I kapittel fire vil oppgaven ta for seg skyldprinsippet, legalitetsprinsippet samt å drøfte legalitetsprinsippets betydning for oppgaven. I kapittel fem vil oppgaven angripe oppgavens problemstilling etter § 25 første ledd ved å vurdere om § 25 første ledd åpner for et aktsomhetskrav for faktiske uvitenhet. I kapittel seks vil oppgaven ta for seg oppgavens problemstilling etter § 18 første ledd, under forutsetning om at det ikke kan oppstilles et aktsomhetskrav for den faktiske uvitenheten etter § 25 første ledd isolert. Kapittel syv inneholder en veldig kort avsluttende bemerkning. I kapittel åtte følger konklusjonen på oppgavens problemstilling.

2 Presentasjon av § 18 første ledd

2.1. § 18 første ledd – nødvergebestemmelsen

2.1.1 Ordlyden og generelle punkt

Bestemmelsen lyder:

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den

- a) blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep,
- b) ikke går lenger enn nødvendig, og
- c) ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld.

Bestemmelsen er en rettferdiggjøringsgrunn, som er ett av flere negative vilkår for straffansvar.¹⁴ En rettferdiggjøringsgrunn medfører at en handling som i utgangspunktet er straffbar kan rettferdiggjøres, da det anses som «lovlig». At nødvergebestemmelsen er et negativt vilkår for straffansvar medfører at straff ikke kommer til anvendelse dersom nødvergebestemmelsen kommer til anvendelse.

Det fremgår av bl.a. Rt. 1996 s. 141 A at vilkårene for nødverge må ses i sammenheng, noe forarbeidene underbygger, slik at man ikke kan se ethvert vilkår isolert.¹⁵ Likevel må vilkåret «ulovlig angrep» være oppfylt, og anses dermed som et inngangsvilkår. Dette blir det gått nærmere inn på i kapittel 2.1.2. Også i relasjonen til om bestemmelsene om formildende omstendigheter, lavere straff og straffritak etter strl. kapittel 15 skal komme til anvendelse, vil vilkåret «ulovlig angrep» fungere som et inngangsvilkår, da det etter ordlyden i de respektive bestemmelsene krever at «grensene for nødverge [er] overskredet». Dette må da tolkes som at det i det hele tatt må ha foreligget en nødvergesituasjon, noe det ikke har gjort dersom det ikke har foreligget et «ulovlig angrep» etter § 18 første ledd bokstav a). Likevel kan § 25 føre til at vilkåret må legges til grunn som oppfylt i situasjoner der det objektivt ikke var det, dersom gjerningspersonen har oppfattet det slik.¹⁶

2.1.2 «En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den»

Forutsetningen for anvendelse av nødvergebestemmelsen er at vedkommende person, som

¹⁴ Det vises til modellen for ansvarsvilkårene som er presentert i kapittel 1.3.5.

¹⁵ NOU 1992: 23 s. 94-95 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420.

¹⁶ Se kapittel 5.

blir vurdert om har handlet i nødverge, har utført en «handling som ellers ville være straffbar». Ordlyden tilsier at det er en handling som lovgiver har bestemt er ulovlig og straffbar, enten i straffeloven eller i spesiallovgivningen. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse dersom den som forsvarer seg, handler innenfor handlefrihetens- og lovens rammer. Da har vedkommende heller ikke utført en handling som oppfyller gjerningsbeskrivelsen til en straffebestemmelse, og behovet for en rettferdiggjøringsgrunn foreligger da heller ikke. Utgangspunktet for en som har oppfylt ordlyden i en straffebestemmelse i henhold til dekningsprinsippet er at vedkommende skal straffes for handlingen, fordi han har gjort noe ulovlig, forutsatt at den «subjektive» siden av overtredelsen også foreligger. Dermed oppfyller gjerningspersonen det første vilkåret for straffansvar, kriminalisert gjerning. Nødverge er altså en rettferdiggjøringsgrunn, etter det andre straffansvarsvilkåret i modellen for ansvarslæren, som nettopp frigjør en kriminalisert gjerning for straff ved at handlingen anses som «lovlig», og at det dermed anses som riktig at vedkommende handlet som han gjorde. Det betyr også at vedkommende ikke kan klandres etter strafferettens synspunkter.

Ordlyden i nåværende lovbestemmelse kan sies å være mer presis hva gjelder klanderverdighet og nødvergehandlingens aksept ved at det faktisk fremgår at handlingen er «lovlig», i motsetning til den gamle bestemmelsen som lød: «Ingen kan straffes for Handling». Likevel er det klart at rettsstilstanden var den samme etter den gamle nødvergebestemmelsen, slik at det ikke har funnet sted noen realitetsendring på dette punktet.¹⁷

2.1.3 bokstav a) – «blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep» - situasjonskravet

Ordlyden gir anvisning på at handlingen må være gjort som en konsekvens av, og for å forhindre eller stoppe, en lovstridig handling mot en vernet interesse. Det er i dag sikker rett at det foreligger et formålskrav for nødvergehandling.¹⁸ I motsetning til situasjonen for nødrett, jf. § 17, sies det gjerne at rett står mot urett, da nødvergehandling retter seg mot et «ulovlig angrep».¹⁹ At angrepet må være «ulovlig» innebærer at handlingen må stride mot loven, som bl.a. fører til at en nødvergehandling ikke kan utføres mot en annen

¹⁷ Se kapittel 1.3.3. og Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 419.

¹⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 420.

¹⁹ Se blant annet Grønning mfl. (2019) s.445 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 205.

nødvergehandling, da denne handlingen er «lovlig».²⁰ Selv om slike angrep som bryter loven normalt er straffbare, er det ikke nødvendig.²¹ Det kan for eksempel være et angrep fra en som ikke er strafferettslig tilregnelig etter strl. § 20, og som da ikke kan straffes.

Ordlyden åpner for at handlingen kan utføres mot et angrep som ligger fram i tid (preventivt nødverge), og at det må gjøres en sannsynlighetsvurdering av om angrepet ville ha forekommet.²² Situasjonskravet må på dette punktet tolkes i lys av nødvendighets- og forsvarlighetsvilkåret ved at angrepet må være så nær forestående at det er nødvendig å utøve nødvergehandlingen for å avverge eller stoppe det.²³ Rettspraksis viser en tendens til at domstolene er liberale i vurderingen av om det foreligger et «ulovlig angrep», men at et perifert «ulovlig angrep» fanges opp, spesielt etter nødvendighetsvilkåret i bokstav b).²⁴ Rt. 1996 s. 141 A er et godt eksempel på nettopp dette. Saken gikk ut på at en 15 år gammel gutt stakk en medelev med en kniv fordi han hadde blitt mobbet over en lang tidsperiode, og det så ikke ut til å stoppe. Gutten påberopte seg nødverge som begrunnelse og rettfærdiggjøring for handlingen. Høyesterett uttalte at:

Som bemerket av herredsretten, må straffeloven § 48 om nødverge i prinsippet også kunne anvendes hvor det dreier seg om et fremtidig angrep, som ikke lar seg avverge på annen måte. Når det dreier seg om fremtidige angrep, vil imidlertid muligheten for å avverge det på annen måte enn ved nødvergehandlinger, vanligvis være større enn i en akutt angrepssituasjon, og det bør skje en streng vurdering av hvilke andre muligheter som foreligger.

Det er naturlig å tolke Høyesterett som at de mente at situasjonskravet var oppfylt, men at det forelå andre reelle handlingsalternativer, samt at forsvarlighetsvurderingen uansett var overskredet. Dommen er et godt eksempel på at vilkårene i § 18 første ledd må ses i sammenheng, og at rettspraksis ikke er så streng i forbindelse med vilkåret «ulovlig angrep».

²⁰ Likevel kan handlingen bedømmes som en nødvergehandling hvis vedkommende høres med at han var i faktisk villfarelse etter § 25 første ledd.

²¹ Rt. 2009 s. 703 U.

²² Dette har støtte i rettspraksis. Se blant annet Rt. 1996 s. 141 A hvor Høyesterett la til grunn at «domfelte hadde grunn til å frykte at han også i fremtiden ville bli utsatt for rettsstridige angrep i form av legemskrenkelser og ærekrenkelser dersom intet ble foretatt.»

²³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 205.

²⁴ Se kapittel 6.4 for en nærmere redegjørelse av dommene. Se neste kapittel for en nærmere redegjørelse av subsidiaritetskravet.

Selv om vilkåret «ulovlig angrep» ofte anses oppfylt av Høyesterett, slik at Høyesterett kan anses som «snille» i forbindelsen med anvendelsen av det, så må vilkåret likevel anses som et inngangsvilkår. Dette følger av en naturlig tolkning av § 18 første ledd bokstav a) da hele hensynet bak nødverge, som en rettferdiggjørelse, forutsetter at nødvergehandlingen foretas mot et ikke-beskyttelsesverdig angrep. At det anses som et inngangsvilkår vil si at det er et absolutt vilkår for at nødvergebestemmelsen skal komme til anvendelse. At vilkåret har virkningen som et inngangsvilkår kan begrunnes i at det er en helt grunnleggende forutsetning at man som det klare utgangspunkt ikke kan utøve vold eller straffbare handlinger mot andre personer uten at det foreligger et «ulovlig angrep». Sagt med andre ord må det foreligge en rettferdiggjøringsgrunn for at en forsvarshandling skal kunne være lovlig. Det som rettferdiggjør en slik handling er nettopp at det forelå et «ulovlig angrep», og at situasjonen derfor er at rett står mot urett. At Høyesterett anses som liberale i relasjon til situasjonskravet har imidlertid sammenheng med at tvilsomme tilfeller uansett ikke vil oppfylle nødvendighets- og forsvarlighetskravet i bokstav b) og c).²⁵

At vilkåret er et inngangsvilkår gir seg også utslag ved at straffeloven åpner for flere virkninger enn en eventuell virkning om at handlingen er «lovlig» etter § 18 første. Dersom dette inngangsvilkåret er oppfylt, men gjerningspersonen overskrider grensene etter nødvendighets- og/eller forsvarlighetsvurderingen i bokstav b) og c), åpner loven adgangen for: formildende omstendigheter etter § 78 a), jf. § 80 d) 2.; fastsetting av straff under minstestandard eller til en mildere straff etter § 80 d) 2; og straffritak etter § 81 b) 2. Ordlyden i bestemmelsene, «overskredet grensene for [...] nødverge (jf. § 18)», viser til at nødvendighets- og/eller forsvarlighetsvurderingen i § 18 ikke er oppfylt, og må således tolkes som at bestemmelsen må være åpnet i den forstand at inngangsvilkåret må være oppfylt. Herunder må det presisere at drøftelsen av § 18 er en del av ansvarslæren, mens vurderingene etter §§ 78, 80 og 81 skjer i reaksjonslæren, altså etter at gjerningspersonen er funnet skyldig. Dette betyr da at selv om § 18 ikke kommer til anvendelse i ansvarslæren, kan likevel inngangsvilkåret i § 18 få helt avgjørende betydning for gjerningspersonen ved at virkningene i de nevnte bestemmelsene kan komme til anvendelse. Det er imidlertid ingen automatikk i at en overskridelse av § 18 b) og c) vil føre til at noen av disse virkningene kommer til anvendelse. Dette er også naturlig i og med at overskridelsene av nødvergebestemmelsen varierer svært mye i karakter, omfang og alvorlighetsgrad mv. Et enkelt og banalt eksempel er

²⁵ Se kapittel 6.4.

hvis en person dreper en annen fordi vedkommende kom med en ærekrenkende ytring.

2.1.4 bokstav b) - «ikke går lenger enn nødvendig» - nødvendighetsvurderingen

Ordlyden peker på at forsvarshandlingen må holdes innenfor rammen av hva som trengs for å avverge eller stoppe angrepet, og uttrykker nødvendighetsvurderingen, også betegnet som subsidiaritetsprinsippet. Dette vilkåret går ut på at den som forsvarer seg ikke kan utøve sitt forsvar med midler, handlinger eller intensitet som går utover det som faktisk er nødvendig for å avverge det ulovlige angrepet. For eksempel kan man ikke skyte og drepe en person dersom det hadde vært nok å skubbe angriperen vekk. Forarbeidene formulerer dette presist og konsist med uttalelsen:²⁶

Kan angrepet avverges med mindre kraftige midler eller på en annen måte, må man nøye seg med det.

Selv om vurderingen kan virke enkel, er det ikke alltid tilfelle. Det må nyanseres hva som er faktiske handlingsalternativer, og hva som er «rimelige» handlingsalternativer i relasjon til om den angrepne vil klare å avverge angrepet ved den alternative handlingen. Det kan i de fleste tilfeller hevdes at det foreligger ett eller flere handlingsalternativer. Det som likevel er sentralt er hvilke sjanser den angrepne har til å avverge angrepet og risikoen for å ikke klare det. Dette medfører at nødvendighetsvurderingen fort glir over i en proporsjonalitetsvurdering hvor man må avveie fordeler og ulemper ved handlingsalternativene opp mot hverandre. Det er også viktig å ha klart for seg prinsippet om at nødvergehandlinger i form av privat rettshåndhevelse er en subsidiær utvei, slik at myndighetene skal tilkalles og ta seg av trusselen dersom situasjonen tillater det.²⁷

2.1.5 bokstav c) – «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld»

Ordlyden viser til at forsvarshandlingen ikke kan gå uforholdsmessig langt; den må være forsvarlig i henhold til vurderingsmomentene: «hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld». Denne vurderingen omtales også som forsvarlighetsvurderingen. Som ordlyden gir uttrykk for, er det en interesseavveining mellom

²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420.

²⁷ Se Gröning mfl. (2019) s. 455.

motstående interesser og frihetssfærer, herunder det angrepne rettsgodet og den interessen som forsvarshandlingen går utover. Ordlyden «ikke går åpenbart ut over» gir den angrepne et romslig handlingsrom, og viser at den angrepnes interesser står mye sterkere enn angriperens interesser.

Ved at lovgiver har brukt betegnelsen «forsvarlig» er det grunn til å trekke en parallell til definisjonen av uaktsomhet i § 23.²⁸ Forsvarlighetsvurderingen på dette punktet gjelder ikke spørsmålet om det kan stilles et aktsomhetskrav for faktisk villfarelse i nødvergesituasjoner slik oppgavens problemstilling lyder. Det forsvarlighetsvurderingen og parallellen til § 23 omfatter i denne relasjonen er hvorvidt en nødvergehandling i seg selv er «forsvarlig», og går da ikke inn på forutsetningen for nødvergesituasjonen etter faktisk villfarelse som sådan.

²⁸ Gröning mfl. (2019) s. 456.

3 Presentasjon av § 25 første ledd:

Bestemmelsen lyder:

Enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet.

Ordlyden viser til at det er gjerningspersonens subjektive forståelse av hvordan hendelsen foregikk og hvordan de relevante omstendighetene forelå som er det avgjørende for hvordan vedkommende skal bedømmes, samt at det avgjørende tidspunktet for kunnskapen eller oppfatningen er i det øyeblikket vedkommende utførte den aktuelle handlingen.²⁹ Dette betyr at i tilfeller hvor gjerningspersonen har oppfylt gjerningsbeskrivelsen i henhold til dekningsprinsippet, men har vært uvitende om faktiske forhold som er av betydning for gjerningsbeskrivelsen, vil ikke disse forholdene kunne legges vekt på i bedømmelsen av vedkommende.³⁰ Paragraf 25 første ledd er en presisering av forsettskravet, som medfører at faktiske forhold for handlingen som gjerningspersonen ikke har hatt kunnskap om, har vedkommende heller ikke hatt forsett om. Dette vil få betydning for straffansvaret for straffebud som krever forsett. Dette viser til skillet mellom det som anses som den «objektive» og den «subjektive» siden av straffansvaret. Det bemerkes at § 25 annet ledd åpner for at uaktsom uvitenhet straffes for handlinger som har uaktsomhet som skyldkrav.³¹

For rettferdiggjøringsgrunnene vil dette få en «motsatt» effekt, ved at nødverge (eller andre rettferdiggjøringsgrunner) kan komme til anvendelse til tross for at det objektivt sett ikke forelå noen nødvergesituasjon, dersom gjerningspersonen oppfattet situasjonen slik at det var en nødvergesituasjon. Denne regelen om faktisk uvitenhet har stor betydning for den som uriktig oppfatter det som at vedkommende blir utsatt for et «ulovlig angrep», da denne oppfatningen skal legges til grunn, slik at nødvergebestemmelsen kan komme til anvendelse. Dette vil også gi seg utslag i vilkårene § 18 første ledd bokstav b) og c), hvis gjerningspersonen ikke var klar over at det forelå mildere handlingsalternativ eller at gjerningspersonen oppfattet situasjonen slik at han brukte en voldsommere nødvergehandling

²⁹ Det vises til at også unnlattelse kan straffes. Se blant annet Gröning mfl. (2019) s. 110.

³⁰ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 428: «Uttrykket «den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet» rommer alle faktiske forhold av betydning for skyldspørsmålet, men vil etter omstendighetene også kunne få anvendelse på faktiske omstendigheter av betydning for straffutmålingen innenfor den ordinære strafferammen.»

³¹ Det vises til §§ 21 og 22, om at det bare er «forsettlige» handlinger som omfattes av straffelovgivningen «med mindre annet er bestemt».

enn det egentlig var grunnlag for med videre.

Med ordlyden «den faktiske situasjonen» mener lovgiver at «[u]vitenhet om forhold som er av betydning for lovbrysterens egen tilregnelighet, faller utenfor.»³² Det er altså kun faktiske forhold i relasjon til gjerningsbeskrivelsen som omfattes.

Bestemmelsen kunne med fordel vært mer utfyllende og presis da den ikke gir et klart uttrykk for bestemmelsens rekkevidde. Ordlyden i den eldre bestemmelsen (§ 42) fra straffeloven 1902 var tydeligere. Den ga klart uttrykk for at man ikke skulle legge gjerningspersonen til last for omstendigheter ved en handling som var avgjørende for straffbarheten eller som hadde betydning for om straffbarhetens grovhet eller om den kunne forhøyes. Bestemmelsen skulle også tolkes videre slik at omstendigheter som ga grunnlag for å redusere straffen eller frita for straff også var omfattet av regelen, herunder nødvergesituasjoner.³³

Likevel er det helt klart at rettstilstanden fra den gamle loven skulle videreføres uten realitetsendring, bortsett fra at fjerde ledd skulle tas vekk.³⁴ Det betyr at rettspraksis og juridisk teori fra den gamle bestemmelsen er av betydning for § 25, herunder at bestemmelsen må tolkes slik at den også gjelder omstendigheter som gir grunnlag for å redusere straffen eller frita for straff. Dette medfører da at reglen om faktisk uvitenhet i § 25 har direkte betydning for rettferdiggjøringsgrunnene, herunder nødverge.

³² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 428-429.

³³ *ibid* s.231.

³⁴ *ibid* s. 428.

4 Skyldprinsippet og lovskravet

4.1 Skyldprinsippet

Skyldprinsippet kommer til uttrykk i Grl. § 96 første og annet ledd ved ordlyden «dømmes» i første ledd, som forutsetter en skyldkonstatering. I annet ledd følger ordlyden «inntil skyld er bevist etter loven», som gir en klar anvisning på at den som har handlet i strid med loven har utvist skyld og klanderverdighet. I tillegg kommer skyldprinsippet til uttrykk i ordlyden «angriperens skyld», jf. § 18 første ledd bokstav c). Prinsippet går ut på at det kun er den som har kunnet og burde handlet annerledes som skal holdes ansvarlig og straffes, og kun i forhold til den skyld som vedkommende har utvist.³⁵

I relasjon til straff og oppgavens problemstilling kan prinsippet forklares som at den som har utført en aktuell handling har utvist skyld i forbindelse med bakenforliggende mål med handlingen eller i forbindelse med handlingens konsekvenser. Skyldprinsippet forutsetter videre at vedkommende visste eller burde vite hva vedkommende gjorde eller ikke gjorde, som da har en side til dekningsprinsippet i § 22 og regelen om faktisk uvitenhet i § 25.

Gröning, Husabø og Jacobsen beskriver skyldprinsippet i relasjon til rettferdiggjøringsgrunnene slik:³⁶

En forutsetning for strafferettslig klander er at samfunnet gjennom kriminalisering av gjerninger har uttrykt en tydelig forventning om at bestemte typer handlinger ikke skal finne sted. Rettferdiggjøringsgrunnene supplerer kriminalisering for så vidt gjelder spørsmålet om handlingen er rettmessig eller ikke – kort sagt om vedkommende i det hele tatt har gjort noe galt. Foreligger det en rettferdiggjøringsgrunn, er budskapet fra rettsordenen: Du gjorde ikke noe ulovlig, og skulle situasjonen oppstå på nytt, kan du handle på samme måte.

Gröning, Husabø og Jacobsen skriver altså at strafferettslig klander, forutsetter at handlingen er gjort straffbar gjennom loven, som viser til lovskravet. Videre viser de til at det må foreligge handlingsalternativ for at vedkommende skal ha handlet med skyld. Dette fordi en handling som ble gjort fordi vedkommende ikke hadde andre rimelige valg ikke kan ilegges

³⁵ Gröning mfl. (2019) s. 48.

³⁶ *ibid* s. 411.

skyldstempelet ved seg, som også er en forutsetning for blant annet nødvergehandlinger.

Dette kan forklares ved at en person som forsettlig har skutt en annen person nettopp har handlet med dette for øyet, og har i utgangspunktet utvist stor skyld. En person som uaktsomt har skutt en annen person har også utvist skyld, men i all hovedsak mindre grad enn den som forsettlig skjød en annen person. En person som har skutt en annen person i nødverge har imidlertid ikke utvist den samme skylden, om i det hele tatt noe, i motsetning til den som har skutt en person uten forsvarsmotiv. Skyld må i denne sammenheng skilles fra forsett, da en person som for eksempel skyter en annen i nødverge i all hovedsak handler med forsett. Videre kan det hevdes at den som har skutt en annen i nødverge ikke har utøvd skyld i det hele tatt, da det ikke kan ventes at en person ikke skal kunne forsvare seg selv, forutsatt at vilkårene i § 18 første ledd er oppfylt. Dette må derfor nyanseres for tilfeller hvor den angrepne gikk for langt i sin forsvarshandling, for eksempel i tilfeller der det ikke var nødvendig å skyte for å hindre det ulovlige angrepet, som nødvendighetsvurderingen i § 18 bokstav b) omhandler. I slike tilfeller vil ikke vilkåret være oppfylt, og nødvergebestemmelsen kommer ikke til anvendelse. Dette går igjen på at vedkommende har utvist skyld, og handlingen kan dermed ikke rettfærdiggjøres.

En side til skyldprinsippet er hvorvidt den som utøver nødverge har vært seg bevisst på at vedkommende handlet i nødverge, altså relasjonen til nødverges formålskrav. Den ene realitetsendringen for nødvergebestemmelsen i forhold til den gamle loven (1902) er at det stilles et formålskrav til nødvergehandlingen.³⁷ Det vil si at den som utøver nødverge må ha som formål, eller i hvert fall som en del av sitt formål, «å avverge et ulovlig angrep», jf. strl. § 18. Dette viser siden til skyldprinsippet, ved at den som ikke har noen form for nødvergehensikt med handlingen sin kan sies å handle klanderverdig. Det at handlingen tilfeldigvis var egnet til å avverge et ulovlig angrep avhjelper ikke handlingens subjektive side. I hvert fall ikke når vedkommende ikke var klar over det. Det kan dermed legges til grunn at den som ikke har hatt som formål å handle i nødverge ikke har det samme behovet for rettfærdiggjøringsgrunnen, nettopp fordi han har handlet klanderverdig.

Motsetningsvis vil § 25 avhjelpe den som har trodd og ment at vedkommende handlet i nødverge, men hvor det viste seg at den faktiske situasjonen ikke var slik som den handlede

³⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420.

oppfattet situasjonen. Her begrunner og legitimerer skyldprinsippet at faktisk uvitenhet etter § 25 første ledd ikke skal straffes for slike tilfeller hvor vedkommende har trodd at han handlet i nødverge, til tross for hvor urettferdig og urimelig dette må være for den fornærmede.

Grunnen til dette er nettopp at vedkommende ikke har handlet klanderverdig. På denne måten viser skyldprinsippet og regelen om faktisk uvitenhet handlingens «subjektive» side; det er vedkommendes kunnskap om situasjonen, som igjen også går på hensikten og formålet med den aktuelle handlingen som skal legges til grunn for spørsmålet om vedkommende kan straffes. Dersom vedkommende ikke visste at han utførte et lovbrudd, er det heller ikke sterke hensyn som tilsier at han skal straffes. Herunder viser skyldprinsippet at en som ikke har utvist klander heller ikke burde straffes.

4.2 Lovskravet

Lovskravet avviklet den såkalte «arbitrære» straffleggingen, som var en strafflegging utført av dommere uten at det var noen lovregel å bygge på.³⁸ Legalitetsprinsippet eller det strafferettslige legalitetsprinsipp, som lovskravet også blir betegnet som, stammer fra helt tilbake til opplysningstiden, og omtales også som *nulla poena sine lege*.³⁹

Lovskravet er et helt fundamentalt prinsipp i strafferetten som har stor innvirkning på hvordan strafferetten skal anvendes og omfanget av hvilke handlinger befolkningen kan straffes etter, samt karakter og omfang av straffene som blir gitt. Prinsippet er en konstitusjonell ramme for hvordan straffebestemmelser skal tolkes og anvendes. Lovskravet kommer til uttrykk av flere rettskilder, herunder Grunnloven (heretter Grl.) § 96, strl. § 14 og EMK art. 7.1.

Det følger av Grl. § 96 første ledd at:

Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.

Grl. § 96 første ledd kan anses som den primære bestemmelsen som legalitetsprinsippet kommer til uttrykk gjennom. Ordlyden er klar på at en person ikke kan dømmes med mindre det eksisterer en lov, men videre enn dette er bestemmelsen imidlertid kort og vag. Bestemmelsen må imidlertid ses i lys av klarhetskravet og analogiforbudet som er utviklet

³⁸ Grønning mfl. (2019) s. 61-62, jf. Skeie 1937 I, s. 200-2004 og s. 68-69.

³⁹ Andenæs mfl. (2016) s. 105.

gjennom langvarig rettspraksis.⁴⁰

Det er sikker rett at ordlyden «lov» må forstås som norsk formell lov, jf. Grl. § 49 og §§76-79, provisorisk anordning med hjemmel i Grunnloven § 17 og forskrift der straffetrusselen er tatt inn i formell lov.⁴¹ Lovskravet stenger dermed for straff på ulovfestet grunnlag. Kort sagt er kjernen i legalitetsprinsippet at straff kun kan anvendes på en lovovertrødelse som klart fremgår av en lovbestemmelse. Det betyr da at det ikke kan anvendes straff på bakgrunn av utvidende tolkning eller analogi, eller en bestemmelse som ikke er tilstrekkelig presis.

I strl. § 14 kommer lovskravet til uttrykk ved ordlyden: «Strafferettslige reaksjoner [...] kan bare ilegges med hjemmel i lov.» Bestemmelsen er en henvisning til legalitetsprinsippet i Grl. § 96, og må tolkes i lys av det.⁴²

I EMK art 7. 1. følger det at:

Ingen skal bli funnet skyldig i en straffbar handling på grunn av noen gjerning eller unnløtelse som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått. Heller ikke skal en strengere straff bli idømt enn den som gjaldt på den tid da den straffbare handling ble begått.

Bestemmelsen inneholder mer lovtekst enn både Grl. § 96 første ledd og strl. § 96, men artikkelen har stor betydning for Grl. § 96, da den må tolkes i lys av artikkelen. En realitetsforskjell er at Grl. § 96 må tolkes strengere enn denne artikkelen, da denne artikkelen åpner for straff på ulovfestet grunnlag. Slik Grl. § 96 første ledd tolkes strengere enn EMK artikkel 7. 1. På dette grunnlag sikrer Grl. § 96 første ledd maktfordelingsprinsippet bedre enn EMK art. 7. 1.

Formålet med lovskravet er at det skal være klart hva som er straffbart. Når det er klart hva som er straffbart gir det forutberegnelighet, og det kan legges til grunn en klander for den som har handlet i strid med den forutberegnelige straffelovgivning. På denne måten kan ikke gjerningspersoner kunne påberope at de ikke visste at handlemåten var straffbar. På den andre

⁴⁰ Se blant annet Grønning mfl. (2019) s. 61 flg. og Frøberg (2020) s. 72 flg.

⁴¹ Jf. blant annet Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410.

⁴² Frøberg (2020) s. 72.

siden handler også denne forutberegneligheten om rettssikkerheten til borgerne, ved at de ikke skal kunne straffes for handlinger som de ikke hadde noen forutsetninger for å vite om at var straffbare. Dette tilsier at man må være forsiktig med å innfortolke strengere krav til handlemåter enn det som følger av loven. For å ivareta dette har rettspraksis utarbeidet de to materielle krav til grunnlaget for strafferegler, klarhetskravet og analogiforbudet.

Videre medfører lovskravet økt demokratisk legitimitet ved at domstolene blir gitt et minimum av skjønn fordi lovgiver, som er folket, jf. GrL. § 49, nettopp må utarbeide presise lover. Slik setter den lovgivende makten rammer for den dømmende makten, og disse to setter igjen rammer for den utøvende makten. På denne måte medfører lovskravet også at kommunikasjonen til folket blir bedre ved at det gir forutberegnelighet, og dermed styrker en del av begrunnelsen bak straff: den avskrekkende og oppdragende effekten, skyldprinsippet som viser klanderverdigheten samt rettferdighetsbetraktninger.⁴³ Dette har også en nær sammenheng med skyldprinsippet da en større forutberegnelighet medfører at befolkningen har bedre forutsetninger for å vite hva som er straffbart, og derfor i større grad kan klandres for å ha handlet i strid med straffelovgivningen. Videre sikrer lovskravet prinsippet om likhet for loven, nettopp ved at den «arbitrære» straffleggingen ble avskaffet.

Det må poengteres at lovskravet, på den andre siden, ikke er i veien for en innskrenkende tolkning av straffebud, i den grad det virker til gjerningspersonens gunst. Likevel tilsier Grunnlovens maktfordeling at domstolene skal holde seg lojal til lovgiver. Høyesterett har praktisert det slik at det skal «sterke reale hensyn» til før det kan foretas en innskrenkende tolkning i tilfeller hvor forarbeidene ikke gir støtte for en slik tolkning.⁴⁴

4.3 Lovskravets betydning for oppgavens problemstilling

Det er altså klart at prinsippet gjelder for de kriminaliserte gjerninger, herunder handlings- og reaksjonsnormene. Likevel er ikke juridisk teori helt samstemt angående legalitetsprinsippets rekkevidde. Uenigheten gjelder hvorvidt prinsippet kun gjelder den «subjektive» siden for overtredelsen av gjerningsbeskrivelsen, eller om prinsippet også gjelder for den «objektive» siden av straffansvaret. Oppgaven vil derfor i det videre vurdere rekkevidden av legalitetsprinsippet. Vurderingen er avgjørende for legalitetsprinsippets betydning for faktisk

⁴³ Dette er ingen uttømmende liste over begrunnelsen på straff, men sentrale momenter som forutberegnelighetshensynet fremmer, som også er noen av momentene som begrunner straff.

⁴⁴ Rt. 1972 s. 243 på side 244 og Rt. 2001 s. 1379 på side 1380.

uvitenhet etter §§ 25 første ledd og 18 første ledd.

I Rt. 2014 s. 238 A uttaler Høyesterett i avsnitt 19 at:

Naturmangfoldloven § 17 er en straffrihetsregel. Dersom det skal innfortolkes et krav om at avlivingen «må anses påkrevd», innebærer dette en innskrenkende fortolkning av straffriheten og dermed en utvidelse av straffansvaret. Ved fortolkningen av bestemmelsen må det da stilles et tilsvarende krav om klarhet og til forankring i ordlyden som det som er oppstilt i den rettspraksis jeg her har vist til.

Høyesteretts uttalelse går altså ut på en straffrihetsregel, men har samme innhold og må tolkes som en rettferdiggjøringsgrunn slik begrepet er brukt i denne oppgaven.⁴⁵ Uttalelsen gjelder en spesiell rettferdiggjøringsgrunn som fremgikk i selve straffebudet, ikke § 18 første ledd. Det kan argumenteres for at det er få som setter seg inn i andre bestemmelser som straffebudene skal tolkes i lys av, herunder paragrafene i straffelovens kapittel tre «Grunnvilkår for straffansvar», og spesielt rettferdiggjøringsgrunnene i §§ 17-19 i denne forbindelse. De spesielle rettferdiggjøringsgrunnene som fremgår i selve straffebudene kan dermed sies at være mer tilgjengelig for borgerne, slik at en innskrenkende tolkning av disse rettferdiggjøringsgrunnene kan virke mer inngripende for forutberegneligheten enn for de alminnelige rettferdiggjøringsgrunnene. Dette tilsier at legalitetsprinsippet ikke har det samme behovet for å omfatte blant annet § 18 første ledd. Likevel er resten av begrunnelsen i uttalelsen til Høyesterett veldig klar, og det samme vil gjelde for en hvilken som helst rettferdiggjøringsgrunn eller andre begrensninger i straffansvaret som blir tolket innskrenkende slik at straffansvaret blir utvidet.⁴⁶ Dommen trekker svært sterkt i retning av at legalitetsprinsippet rekkevidde gjelder for §§ 18 første ledd og 25 første ledd.

Frøberg viser til dommen og skriver at:

Å tolke en lovfestet straffrihetsgrunn *innskrenkende* innebærer derimot en utvidelse av straffansvaret, og her gjelder de begrensningene som legalitetsprinsippet medfører, jf.

⁴⁵ Se kapittel 1.3.5 for nærmere redegjørelse for forholdet mellom betegnelse.

⁴⁶ De «tilsvarende krav om klarhet og til forankring i ordlyden» som det som dommen viser til er omfanget av legalitetsprinsippet og prinsippet uttrykt gjennom Grl. § 96 opp mot EMK art. 7., hvor det bl.a. ble lagt til grunn at Grl. § 96 må tolkes like strengt som EMK art. 7.

for eksempel Rt. 2014 s. 238 A avsnitt 19.

Frøberg tolker Høyesteretts uttalelse også til å omfatte rettferdiggjøringsgrunnene generelt. For legalitetsprinsippets rekkevidde skriver Mæland på sin side at:⁴⁷

Prinsippet i Grl. § 96 relaterer seg i første rekke til de enkelte straffebud. Det forutsettes at lovgiver skal ha utformet regler om atferdsnormer og straffetrussel (lovbestemmelseskravet – *lex scripta*). Prinsippet har ikke tilsvarende gjennomslagskraft ved fastleggingen av de øvrige vilkår for straffebudenes anvendelse, slik som regler om skyld, tilregnelighet med mere.

Mæland hevder altså at legalitetsprinsippet ikke nødvendigvis får samme anvendelse for de subjektive sidene for straffansvar, da han mener at prinsippet har størst gjennomslagskraft for handlings- og reaksjonsnormene. Andenæs skriver, etter å ha vist til at lovskravet gjelder for straffebudene, at:⁴⁸

Derimot er verken § 96 første ledd eller EMK art. 7 forstått som et påbud om at også de generelle straffbarhetsvilkår skal være fastlagt i lov.

Andenæs forklarer ikke grunnlaget for påstanden noe nærmere. Gröning, Husabø og Jacobsen skriver på sin side at:⁴⁹

Etter vårt syn er det [...] i relasjon til lovskravet kunstig å trekke et slikt skarpt skille mellom den «objektive» siden av en persons handling og den kunnskap som former handlingen.

Göring, Husabø og Jacobsen mener at det ikke blir helt riktig å skille konsekvent mellom det som omtales som «objektive» og «subjektive» sider av overtredelsen av en gjerningsbeskrivelse. De viser til kapittel 5. i boken hvor de forklarer forutsetninger for straffbare handlinger, herunder at kunnskapen som gjerningspersonen har og handlingen som

⁴⁷ Mæland (2012) s. 84.

⁴⁸ Andenæs mfl. (2016) s. 107.

⁴⁹ Gröning mfl. (2019) s. 64. Uttalelsen kommer etter at de skriver at det er uenigheter i teorien, og viser til det jeg har sitert fra Mæland (2012) s. 84.

vedkommende utfører må ses i sammenheng, da denne kunnskapen er en forutsetning for om han visste hva han gjorde, og betydningen av handlingen.⁵⁰

Mæland på sin side hevder altså at legalitetsprinsippet har størst gjennomslagskraft for handlings- og reaksjonsnormene. Grunnen til dette kan være at det nettopp er handlings- og reaksjonsnormene som har størst betydning for forutberegneligheten til befolkningen, da det er disse normene som inneholder gjerningsbeskrivelsen for hvilke handlinger som er straffbare, samt strafferammene for overtredelse av dem. Det kan altså argumenteres for at det er få som setter seg inn i andre bestemmelser som straffebudene skal tolkes i lys av. Dette tilsier at legalitetsprinsippet ikke har det samme behovet for å omfatte «de generelle straffbarhetsvilkår», slik Mæland hevder. På den andre siden kan Mælands uttalelser tolkes slik at det ikke nødvendigvis er tungtveiende grunner for at legalitetsprinsippet ikke også skal gjelde for de øvrige bestemmelsene. Slik argumentasjonen ligger er det gode for Gröning, Husabø og Jacobsen sitt ståsted. En overtredelse av et straffbart forhold må ses i lys av den subjektive klanderer, herunder om gjerningspersonen hadde nok kunnskap om handlingen, omfanget av handlingen, samt handlingens konsekvenser. Det å ikke ta stilling til denne siden, og kun se på den objektive handlingen vil gi en snever forståelse og et lite tilfredsstillende resultat. Dette vil føre til mindre forutberegnelighet, og som igjen fører til at skyldprinsippet ikke vil komme like sterkt til uttrykk. Det at legalitetsprinsippet har størst gjennomslagskraft for den «objektive» siden av en persons handling tilsier heller ikke at legalitetsprinsippet ikke skal få anvendelse for personens «subjektive» siden. Slik drøftelsen ligger har Gröning, Husabø og Jacobsen sitt synspunkt de beste grunner for seg i forhold til Mæland og Andenæs sine ståsted, og trekker også i retning av at legalitetsprinsippet må få betydning for de «subjektive» sidene av straffansvaret, herunder regelen om faktisk uvitenhet og nødvergebestemmelsen.

Høyesterett i Rt. 2014 s. 238 A er altså klar i uttalelsen om legalitetsprinsippets rekkevidde, uttalelsen må følgelig legges til grunn. Det legges til grunn at legalitetsprinsippet også får betydning for den «subjektive» siden av en overtredelse av en gjerningsbeskrivelse, herunder §§ 18 første ledd og 25 første ledd. Det betyr ikke at legalitetsprinsippet som sådan får anvendelse, men at legalitetsprinsippets betraktninger vil gjøre seg gjeldende.

⁵⁰ Gröning mfl. (2019) s. 108 flg. Se spesielt s. 112.

5 Gjelder det et aktsomhetskrav for at faktisk uvitenhet skal kunne legges til grunn etter § 25 første ledd?

Ordlyden:

Enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet.

Ordlyden tilsier at det er gjerningspersonens oppfatning av situasjonen på gjerningstidspunktet som er avgjørende, selv om det for andre fremstod som irrasjonelt, fordi det er dette vedkommende har handlet ut fra og må bedømmes etter.⁵¹ Dette følger av at bestemmelsen er en presisering av skyldkravet og gjerningspersonens «subjektive» side av handlingen, herunder vedkommendes forsett. Som det ble konkludert med i forrige kapittel (4.3) får legalitetsprinsippets betraktninger betydning for § 25 første ledd. Dette fordi de begrensninger for straffansvaret som bestemmelsen setter blir tolket innskrenkende slik at straffansvaret bli utvidet, som igjen går ut over gjerningspersonen. Dette vil derfor legalitetsprinsippets betraktninger tale sterkt imot. Ordlyden og legalitetsprinsippet tilsier da at en faktisk villfarelse skal legges til grunn ved bedømmelsen av vedkommende, selv om den var uaktsom, nettopp fordi vedkommendes subjektive oppfatning var at han var i en nødvergesituasjon, uaktsom eller ikke.

Det klare utgangspunktet underbygges av at lovgiver har tatt et faktisk standpunkt for tilfeller av uaktsom faktisk villfarelse i § 25 annet ledd, hvor det fremgår at uaktsom villfarelse straffes «når uaktsomt lovbrudd er straffbart». Bestemmelsens annet ledd vil ha liten selvstendig verdi dersom også uaktsomme oppfatninger skal omfattes av første ledd. Også forarbeidene understreker at uaktsom faktisk villfarelse omfattes av annet ledd, og gir ellers ingen holdepunkter for at en uaktsom faktisk oppfatning må underlegges en aktsomhetsnorm etter første ledd. Forarbeidene og koherensen i bestemmelsen trekker derfor i retning av at det ikke kan oppstilles et aktsomhetskrav etter bestemmelsens første ledd.

Etter den nærmere vurderingen er det på det rene at en innfortolking av et aktsomhetskrav i § 25 første ledd ikke følger av ordlyden som betyr at det ikke er forutberegnelig for borgerne å

⁵¹ Slik det fremgår av Gröning mfl. (2019) s. 238.

oppstille en slik regel. Det medfører at skyldprinsippet ikke taler nevneverdig for at uaktsomme handlinger skal kunne omfattes av første ledd. Skyldprinsippet vil imidlertid heller ikke tale imot en innfortolking av et aktsomhetskrav i slike situasjoner, men det er stor forskjell i klanderverdigheten mellom en uaktsom og forsettlig handling slik at prinsippet ikke vil trekke nevneverdig for at det skal innfortolkes et slikt aktsomhetskrav.

Alle de nevnte rettskilder, herunder ordlyden, sammenhengen mellom første og annet ledd, legalitetsprinsippet, forutberegneligheten og skyldprinsippet tilsier at § 25 første ledd ikke gir rom for et aktsomhetskrav for subjektiv faktisk uvitenhet. Det konkluderes på dette grunnlag med at § 25 første ledd isolert sett stenger for en aktsomhetsnorm, og at gjerningspersonens oppfatning derfor må legges til grunn, selv om denne oppfatningen var uaktsom.

Selv om § 25 isolert sett ikke åpner for et aktsomhetskrav, vil det ikke nødvendigvis utelukke at på visse områder, i lys av andre regler i straffeloven kan måtte legges til grunn en annen løsning enn det hovedregelen tilsier. Oppgaven vil derfor i det videre se på om § 18 første ledd, med de spesielle regler og vilkår, likevel kan gi grunnlag for at det kan opereres med et slikt aktsomhetskrav i nødvergesituasjoner.

Gröning mfl. har trukket frem en forarbeidsuttalelse fra Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 206 og en uttalelse fra Høyesterett i Rt. 1991 s. 455 som kan tilsa at det kan stilles opp et aktsomhetskrav for subjektive feiloppfatninger av faktiske forhold i nødvergesituasjoner.⁵² Dette vil det bli tatt stilling til i drøftelsen i neste kapittel.

⁵² Se Gröning mfl. (2019) s. 419.

6 Gjelder det et aktsomhetskrav for at faktisk uvitenhet skal kunne legges til grunn etter § 18 første ledd?

6.1 Forutsetninger for drøftelsen

Forutsetningen for problemstillingen er altså at den tiltalte har utført en forsettlig kriminell handling, samt at gjerningspersonen enten uaktsomt oppfatter at han er i en nødvergesituasjon, eller at det faktiske foreligger en nødvergesituasjon, men at han uaktsomt tror at det ikke foreligger mildere handlingsalternativ eller at vedkommende misoppfatter nødvergehandlingens egentlige uforsvarlighet. Det ble konkludert med at § 25 første ledd isolert sett ikke åpner for et aktsomhetskrav for tiltaltes faktiske uvitenhet, slik at utgangspunktet er at tiltalte må bedømmes etter sin uaktsomme faktiske uvitenhet. Det springende punkt er for denne drøftelsen er om § 18 første ledd, med de spesielle regler og vilkår, likevel kan gi grunnlag for at det kan oppstilles et aktsomhetskrav for tiltaltes faktiske uvitenhet.

6.2 Ordlyden

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den

- a) blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep,
- b) ikke går lenger enn nødvendig, og
- c) ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld.

Ordlyden «ulovlig angrep» inneholder ingen holdepunkter for at det kan stilles opp et aktsomhetskrav. Ordlyden «nødvendig» viser til en vurdering av hva som må til i en konkret situasjon, men at det må være det minst inngripende handlingsalternativet. Sammenholdt med resten av ordlyden i bokstav b) viser vilkåret til at gjerningspersonen ikke kan bruke handlingsalternativer som går utover det som er tilstrekkelig i den aktuelle situasjonen. Vurderingen må bedømmes etter det vedkommende hadde kunnskap om på handlingstidspunktet. Dersom han oppfattet det slik at han ikke hadde handlingsalternativer, må dette være basert på en helhetlig vurdering i den forstand at det må legges vekt på om han handlet uten å tenke videre og om det var tid, etter vedkommendes oppfatning, til å undersøke situasjonen nærmere. Ordlyden er vid nok til at det kan tas hensyn til hva vedkommende visste og om han kunne ha undersøkt situasjonen nærmere. Dette tilsier at det kan legges noe vekt på hvorvidt gjerningspersonen faktisk hadde tid til å undersøke situasjonen nærmere.

Dette åpner til en viss grad opp for å kunne å legge vekt på hvor aktsom gjerningspersonen var i relasjon til sin handling. Likevel vil det være å strekke ordlyden dersom man tolker det som at den åpner for et absolutt aktsomhetskrav for den subjektives oppfatning av situasjonen.

Ordlyden «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig» viser til at forsvarshandlingen ikke kan gå uforholdsmessig langt, men at den må være forsvarlig i henhold til vurderingsmomentene: «hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld». Ordlyden gir uttrykk for at det er en interesseavveining mellom motstående interesser og frihetssfærer, herunder det angrepne rettsgodet og den interessen som forsvarshandlingen går ut over. Ordlyden åpner for en vid skjønnsmessig vurdering av hva som er forsvarlig. Forsvarlighetsvurderingen må etter ordlyden vurderes opp mot de nevnte vurderingsmomenter, som isolert sett kun åpner for å legge vekt på angriperens sider. Likevel tilsier bestemmelsen som helheten at det også må kunne legges vekt på den angrepnes skyld. Det vil for eksempel være lite naturlig å ikke kunne legge vekt på angriperens handlemåte forut for det ulovlige angrepet, da dette kan ha stor betydning for at situasjonen i det hele tatt har oppstått. Det vises til at både forarbeidene og rettspraksis åpner for at listen over vurderingsmomentene ikke er uttømmende.⁵³ Ved at bestemmelsen åpner for at den angrepnes skyld skal tas med i forsvarlighetsvurderingen, kan det intuitivt virke som at det også må være naturlig å legge vekt på den angrepnes aktsomhet i relasjon til sin oppfatning av situasjonen. Imidlertid vil ikke det være helt presist å tolke ordlyden «ikke går ut over hva som er forsvarlig» som at det inneholder et aktsomhetskrav i relasjon til vedkommendes faktiske uvitenhet. At det kan legges vekt på vedkommendes skyld er ikke ensbetydende med at det kan legges vekt på vedkommendes aktsomhet i relasjon til oppfatningen av situasjonen. Disse to momentene er på forskjellige stadier; den oppfatningen vedkommende har av situasjonen er hele forutsetningen for vurderingen av hvorvidt handlingen var en nødvergesituasjon, om handlingen var nødvendig og forsvarlig. Den skylden som kan trekkes inn i forsvarlighetsvurderingen vurderes på bakgrunn av den oppfatningen som vedkommende allerede hadde idet gjerningspersonen handlet.

Det legges til grunn at ordlyden ikke gir tilstrekkelig grunnlag for at et slikt aktsomhetskrav kan oppstilles. En tolkning som krever et aktsomhetskrav vil derfor presisere den naturlige ordlyden, og dermed innskrenke begrensningen av straffansvaret som nødvergebestemmelsen

⁵³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 206. Det er flere rettsavgjørelser fra Høyesterett som åpner for å legge vekt på andre vurderingsmomenter. Se blant annet Rt. 1993. s. 1197.

oppstiller. Det vil igjen medføre en utvidelse av straffansvaret, og vil følgelig være til den tiltaltes ugunst. Det vises til kapittel 4.3 hvor det ble konkludert med at legalitetsprinsippets betraktninger får betydning for at rettferdiggjøringene blir tolket innskrenkende i den forstand at straffansvaret blir utvidet. Ordlyden og legalitetsprinsippet trekker derfor i retning av at det heller ikke gjelder et slikt aktsomhetskrav for § 18 første ledd.

6.3 Forarbeider og sammenhengen mellom den gamle og nåværende bestemmelsen

Det følger en uttalelse i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 206 om at det kun er en aktsom oppfatning av situasjonen som kan legges til grunn:

Lovens formulering «hva der fremstillede sig som fornødent hertil» lar det være avgjørende om det var aktsomt å oppfatte nødvergesituasjonen slik at nødvergehandlingen var nødvendig.

Formuleringen som uttalelsen viser til er fra den gamle nødvergebestemmelsen fra straffeloven 1902 § 48. For å kunne ta stilling til uttalelsen må den gamle nødvergebestemmelsen tolkes nærmere. Det er strl. 1902 § 48 første og annet ledd som er relevant da det er disse som tilsvarer dagens § 18 første ledd. Ordlyden er som følger:

Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget i Nødverge.

Det er Nødverge, naar en ellers strafbar Handling foretages til Afværgelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb, saafremt Handlingen ikke overskrider, hvad der fremstillede sig som fornødent hertil, og det i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode ei heller maa agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet.

Første ledd uttrykte nødvergeregelens overordnede meningsinnhold. Annet ledd inneholdt innholdet i nødvergeregelen, og stilte krav om at nødvergehandlingen ble foretatt til avværgelse av eller forsvar mot et retsstridig angrep. Videre forutsatte bestemmelsen at nødvergehandlingen ikke overskred hva som ble oppfattet som nødvendig, tatt i betraktning angrepets farlighet, angriperens skyld, samt rettsgodet som var under angrep. Videre måtte nødvergehandlingen heller ikke være av slik art at ondet som ble påført angriperen var

ubetinget utilbørlig.

Den gamle nødvergebestemmelsen hadde i det vesentlige det samme innholdet som den nåværende nødvergebestemmelsen har, og det er kun i hovedsak foretatt en språklig modernisering av lovteksten, bortsett fra at forsvarlighetsvurderingen er noe strengere i § 18 første ledd, samt at fjerde ledd ble tatt bort.⁵⁴ Den eldre bestemmelsen kan tolkes som at den hang mer sammen enn det den nye nødvergebestemmelsen gjør, ved at formuleringen som forarbeidene viser til: «hva der fremstillede sig som fornødent hertil» kan tolkes som å også omfatte forsvarlighetskravet. I den nåværende nødvergebestemmelsen er nødvendighetsvurderingen skilt ut i bokstav b), og henger ikke like nært sammen med resten av bestemmelsen på samme måte som den eldre nødvergebestemmelsen gjorde. På dette viset kan ikke uttalelsen kun tas til inntekt for § 18 første ledd bokstav b), slik det intuitivt kan virke. Imidlertid var altså ikke den nye nødvergebestemmelsen ment å få en realitetsendring på dette punktet.

Ordlyden i den gamle nødvergebestemmelsen som forarbeidsuttalelsen retter seg mot, «hva der fremstillede sig som fornødent hertil», tilsier at den inneholdt en regel om faktisk uvitenhet. Det presiseres at regelen om faktisk uvitenhet lenge har vært et generelt prinsipp, samt at det også kom til uttrykk i § 42 i den gamle straffeloven, som nå er § 25.⁵⁵ Ordlyden i den gamle nødvergebestemmelsen viser dermed klart at det var avgjørende hva gjerningspersonen faktisk visste og skjønnte. At forarbeidene uttrykkelig uttaler at det avgjørende er om oppfatningen var aktsom, og at rettstilstanden jo i hovedsak er den samme etter § 25 første ledd tilsier at det gjelder et aktsomhetskrav etter § 18 første ledd.

Videre fremgår det på side 420 i proposisjonen at:

Nødvendighetsvurderingen er en objektiv norm, men her som ellers er det lovbrüterens oppfatning av de faktiske forholdene som skal legges til grunn, jf. utkastet til § 25. At passusen «hva der fremstillede sig som fornødent hertil» er tatt ut av loven, skal ikke medføre noen realitetsendring.

⁵⁴ Se kapittel 1.2, herunder punkt 1.3.3 for forholdet mellom bestemmelsene.

⁵⁵ Se blant annet Rt. 1983 s. 1268.

Her nevner ikke forarbeidene noe om at den subjektive oppfatningen må være aktsom. Det presiseres derimot at regelen i det som nå er § 25 første ledd gjelder til tross for at dette er tatt ut av ordlyden i nødvergebestemmelsen, samt at dette prinsippet som kom til uttrykk i nødvergebestemmelsens ordlyd også skulle gjelde etter den nye nødvergebestemmelsen. Uttalelsen fremgår i et avsnitt om nødvendighetsregelen etter § 18 bokstav b). Dette tilsier at den gamle lovteksten «hva der fremstillede sig som fornødent hertil» kun gjelder for nødvendighetsvurderingen, som igjen tilsier at den aktuelle aktsomhetsnormen som følger av forarbeidsuttalelsen kun gjelder for nødvendighetskravet i nåværende bestemmelse bokstav b). Imidlertid trekker sistnevnte uttalelse om at det er «lovbryterens oppfatning av de faktiske forholdene som skal legges til grunn», at det ikke kan oppstilles et slikt aktsomhetskrav for nødvergebestemmelsen i det hele tatt. På den annen side kan det at uttalelsen fremgår i et avsnitt om § 18 første ledd bokstav b) på den annen side være et utslag av at det var den mest naturlige plasseringen av uttalelsen, og at det dermed ikke kan medføre noen rettslige følger, som betyr at aktsomhetskravet som uttalelsen på side 206 i proposisjonen skulle gjelde for hele nødvergebestemmelsen. Likevel er altså forarbeidene tvetydige ved at lovgiver har motstridende uttalelser. Det er etter dette uklart hvorvidt forarbeidene taler for eller imot et slikt aktsomhetskrav.

6.4 Høyesterettspraksis

6.4.1 Rt. 1991 s. 455

6.4.1.1 *Sakens faktum*

Saken gikk ut på at en sivilt kledd politimann, som ikke var i tjeneste, kom i konflikt med to russegutter, B og C. Konflikten oppstod utenfor et gatekjøkken da politimannen blandet seg inn i en samtale mellom B og C, hvor han tok tak i B med begge hendene og dyttet han inntil en vegg. Da C gikk imellom, slo A til C i ansiktet og kneet ham deretter i låret. Det er kun forholdet til C som vurderes opp mot nødverge. A sin handling overfor B er kun vurdert opp mot provokasjon, men oppgaven vil også ta stilling til forholdet til B for å se på en overføringsverdi til oppgavens problemstilling.

6.4.1.2 *Forholdet til B*

I dommen gjengir Høyesterett byrettens syn, og stiller seg bak byrettens vurderinger ved uttalelsen: «Jeg kan ikke se at byretten har gjort seg skyldig i noen uriktig lovanvendelse.»

Dette medfører at byrettens uttalelser må anses som Høyesteretts egne. Høyesterett gjengir uttalelsen til byretten:

Byretten legger til grunn at domfelte oppfattet situasjonen slik at han ble utsatt for en homoseksuell tilnærming fra B. [...] Byretten fastslår at det ikke var noe objektivt grunnlag for å oppfatte situasjonen slik domfelte gjorde, og selv om man la domfeltes subjektive oppfatning til grunn, forelå ikke noen slik provokasjon som kunne berettigede domfeltes voldsanvendelse.

Høyesteretts uttalelse kan tolkes som at A blir hørt med hans subjektive oppfatning av situasjonen. Selv om at det gjaldt provokasjon, og dermed går utenfor problemstillingen for oppgaven, viser den likevel at Høyesterett godtok As faktiske villfarelse i henhold til strl. § 25 første ledd, hvor det ikke ble stilt et aktsomhetskrav for tiltaltes subjektive oppfatning om at det var en provokasjon. Grunnen til at han ikke ble hørt med provokasjon var, etter min tolkning, at han hadde gått for langt i sin handling til at han kunne unnskyldes for sin voldsanvendelse. Det foreligger altså en overføringsverdi ved det man kan betegne som et situasjonskrav eller inngangsvilkår for provokasjonshandlingen, som kan sammenlignes med situasjonskravet for nødverge ved at det må foreligge en aktuell foranledning for at man kan agere. På denne måten kan situasjonen være overførbar til tilfeller hvor en person subjektivt oppfatter at inngangsvilkåret er oppfylt, men der vedkommende likevel overskrider nødvendighets- og/eller proporsjonalitetsvurderingen etter § 18 første ledd. Det presiseres at forholdet til B gjelder provokasjon og at det dermed ikke kan tas direkte til inntekt for oppgavens problemstilling.

6.4.1.3 Forholdet til C

I relasjon til C uttaler Høyesterett at:

Også her fastslår imidlertid byretten at det objektivt sett ikke var noe grunnlag for domfeltes subjektive oppfatning. Og uansett dennes oppfatning, hadde han etter byrettens mening også her foretatt en straffbar legemsfornærmelse.

Også denne uttalelsen fra Høyesterett kan tas til inntekt for at As subjektive oppfatning av situasjonen kan legges til grunn ved bedømmelsen, men at A gikk for langt i

nødvergehandlingen. Disse vurderingene fra byretten som Høyesterett har stilt seg bak trekker i retning av at det ikke kreves aktsomhet rundt den faktiske villfarelsen.

Høyesteretts uttalelse: «jeg [er] enig med byretten i at situasjonen – slik domfelte oppfattet den – ikke berettiget domfelte til å [...]» kan tolkes på samme måte som de andre nevnte uttalelser, at As subjektive oppfatning er lagt til grunn for bedømmelsen av ham. Det som medførte at han ble dømt er at han gikk over grensen for nødvergehandlingen, i likhet med provokasjonsvurderingen etter B. Han hadde alternative handlinger samt at han kunne ha undersøkt situasjonen bedre. A ble altså hørt med at han oppfattet situasjonen som nødverge – at det forelå et «ulovlig angrep», etter den nåværende ordlyden, men Høyesterett konkluderte med at han ikke oppfylte nødvendighets- og forsvarlighetsvurderingen.

Det er imidlertid en uttalelse i dommen som i juridiske teori er blitt tatt til inntekt for et argument som går i retning av at det kreves et aktsomhetskrav i relasjon til faktisk villfarelse i nødvergesituasjoner.⁵⁶ Den aktuelle uttalelsen fra dommen er:

Når det som her må bebreides domfelte som uaktsomt at han har tatt feil av situasjonen, vil dette ha betydning ved vurderingen av de strafferettslige følger av hans innbildte forestillinger.

Uttalelsen fremkommer imidlertid før uttalelsen fra Høyesterett, i avsnittet over, som tolkes som at de anerkjenner A sin oppfatning av situasjonen overfor C. Uttalelsen som det vises til i juridisk teori kan derfor ses som en del av vurderingen av de videre vilkårene for nødvergebestemmelsen, nødvendighets- og forsvarlighetsvurderingen. Dette betyr at uttalelsen om C sin uaktsomhet ikke kan tas til inntekt for at en uaktsom faktisk villfarelse stenger for nødvergebestemmelsen generelt. Det uttalelsen viser er at en uaktsom faktisk villfarelse vil kunne få betydning for vilkårene i § 18 bokstav b) og c).

Dommen kan derfor tas til inntekt for at det ikke eksisterer et aktsomhetskrav for faktisk villfarelse for at nødvergebestemmelsen skal komme til anvendelse, men den viser også at en uaktsomhet kan få betydning for drøftelsen av § 18 første ledd bokstav b) og c) ved at man uansett må vurdere om tiltalte kunne og burde ha foretatt seg alternative handlinger.

⁵⁶ Se blant annet Gröning mfl. (2019) s. 419.

6.4.2 HR-2019-1842-U

Dommen gikk ut på at en vekter som var på vei til jobb la merke til at en mann og en kvinne kranglet høylytt, samt at kvinnen på et tidspunkt lå på bakken og at mannen tok fra henne en gjenstand. Vekteren gikk bort og bisto som privatperson, ikke som vekter. Det endte med at mannen tok tak og vred fingeren til vekteren slik at den fikk et brudd. Det ble dermed spørsmål om mannen handlet i nødverge, og dermed måtte frifinnes for kroppsskaden som han hadde begått på vekteren. I avsnitt 15 gjengir Høyesterett lagmannsrettens vurdering, som Høyesteretts ankeutvalg enstemmig stilte seg bak:

Flertallet ser det ikke som nødvendig å ta stilling til om tiltalte trodde at fornærmedes forsøk på å holde tiltalte tilbake var et ulovlig angrep, ettersom det uansett er klart at grepet rundt og vridningen av fornærmedes lillefinger gikk lenger enn det som var nødvendig i situasjonen, jf. straffeloven § 18 første ledd bokstav b. Tiltalte kunne valgt å holde seg i ro eller han kunne gått inn på apoteket han sto rett utenfor. Hendelsen skjedde i et befolket område på dagtid, og han hadde ingen rasjonell grunn til å anta at han ville bli fysisk angrepet hvis han ble værende. Fornærmede hadde på vekteruniform med sivil jakke utenpå, han er mindre og spinklere enn tiltalte og han var edru.

Uttalelsen om at «han hadde ingen rasjonell grunn til å anta at han ville bli fysisk angrepet» kan tolkes som at det ikke var aktsomt av tiltalte å oppfatte situasjonen som en nødvergesituasjon. Høyesterett viser så til uttalelsen fra lagmannsrettens flertall, og uttaler i avsnitt 18 at «lagmannsretten har anvendt straffeloven § 18 riktig.» For deretter å uttale at:

As subjektive forhold er vurdert, samtidig som det fremgår at retten fant det bevist at han hadde reelle handlingsalternativer som innebar at grepet og vridningen gikk lenger enn hva som var nødvendig.

Disse uttalelsene fra Høyesterett viser at de tolker lagmannsrettens anvendelse som at lagmannsretten har bedømt A etter hans «oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet», slik at han ble hørt med at det var en nødvergesituasjon, herunder at vilkåret «ulovlig angrep» var oppfylt, men at nødvendighets- og forsvarlighetskravet ikke var oppfylt.

Dommen tilsier at det ikke eksisterer et aktsomhetskrav for inngangsvilkåret – «ulovlig angrep», men at uaktsomheten likevel får virkning for nødvendighets- og forsvarlighetskravet slik som i Rt. 1991 s. 455. I hvert fall i tilfeller hvor det foreligger alternative handlinger som vedkommende kunne og burde ha foretatt seg. Det er et viktig å presisere at nødvergebestemmelsens vilkår uansett må være oppfylt for at den angrepne skal kunne rettfærdiggjøres for den straffbare handlingen. Den uaktsomme faktiske uvitenheten får bare betydning ved at det må legges til grunn for den videre vurderingen av vilkårene i § 18 første ledd.

Begge dommene kan tolkes som at det ikke eksisterer et aktsomhetskrav for inngangsvilkåret – «ulovlig angrep», men at en uaktsomhet kan få betydning for vurderingene etter § 18 bokstav b) og c), i hvert fall i tilfeller hvor det foreligger alternative handlinger som vedkommende kunne og burde ha foretatt seg. Dette sier imidlertid ikke så mye om problemstillingen i relasjon til om det gjelder et aktsomhetskrav for nødvendighets- og forsvarlighetsvurderingen i bokstav b) og c). Likevel tilsier det at Høyesterett ikke krever at vedkommende må være aktsom i relasjon til vilkåret «ulovlig angrep» at det også må gjelde for bestemmelsens ytterligere vilkår. Høyesterettspraksis har stor rettskildemessig vekt, og trekker i retning av at det ikke gjelder et aktsomhetskrav i henhold til problemstillingen.

6.5 Juridisk litteratur

Både Andenæs og Frøberg legger til grunn at uaktsomme oppfatninger kan medføre straffansvar etter § 25 annet ledd uten å ta stilling til om en slik uaktsomhet kan medføre straffansvar for forsettlig lovbrudd.⁵⁷ Mæland på sin side tar ikke stilling til situasjoner hvor den faktiske uvitenheten er uaktsom.⁵⁸ Gröning mfl. adresserer på sin side problemstillingen om oppfatningen av den faktiske situasjonen må være aktsom. De skriver at den faktiske uvitenheten skal legges til grunn i nødvergesituasjoner i medhold av det som også Andenæs og Frøberg skriver, og viser til at forarbeidene understreker denne regelen om faktisk uvitenhet. Videre skriver de at:⁵⁹

Samtidig finnes det en uttalelse [i forarbeidene] som kan gi inntrykk av at bare en

⁵⁷ Andenæs mfl. (2016) s. 173, Frøberg (2020) s. 146.

⁵⁸ Mæland (2012) s. 193.

⁵⁹ Gröning mfl. (2020) s. 418-419.

aktsom feiloppfatning av situasjonen skal kunne komme gjerningspersonen til gode. Også Høyesterett har i en enkelt sak en uttalelse i denne retning.

Det vises så til uttalelsen i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 206 som er vurdert i vurderingen av forarbeidene i kapittel 5.3, samt uttalelsen i Rt. 1991 s. 455 om at «[n]år det som her må bebreides domfelte som uaktsomt at han har tatt feil av situasjonen, vil dette ha betydning ved vurderingen av de strafferettslige følger av hans innbildte forestillinger.» Jeg viser til drøftelsene som er gjort for disse uttalelsene i kapittel 5.3 og 5.4. Videre skriver Gröning, Husabø og Jacobsen at:

For den som ikke er helt sikker på at det foreligger en nødssituasjon, eller at det ikke finnes noe handlingsalternativ, kan det noen ganger være et aktuelt forsøk å avklare det faktiske forholdene først. Slik sett kan en bevisst uaktsomhet ha betydning særlig for subsidiaritetskravet.

Denne siste uttalelsen tar ikke direkte stilling til om en uaktsom faktisk uvitenhet kan legges til grunn i henhold til problemstillingen. Uttalelsen viser imidlertid til en alternativ og rimelig løsning for tilfeller hvor en uaktsom oppfatning må legges til grunn, ved at handlingen likevel ikke vil oppfylle nødvendighetskravet i bokstav b) dersom det forelå en tvil angående vilkåret «ulovlig angrep» eller om det forelå alternative handlinger. Løsningen gjelder imidlertid kun tilfeller hvor det er tale om bevisst uaktsomhet for den faktiske uvitenheten.

Etter min vurdering er det ikke holdepunkter i juridisk teori for at det kan oppstilles et aktsomhetskrav for faktisk uvitenhet. Det vises til at Andenæs, Frøberg og Mæland ikke tar opp problemstillingen, samt at Gröning mfl. adresserer problemstillingen uten å gå nærmere inn på vurderingen. Det må også poengteres at Gröning mfl. ikke tar stilling til om de holdepunkter som de nevner er sterke nok til å oppstille et aktsomhetskrav, men skriver litt løst at uttalelsen i forarbeidene «kan gi inntrykk av at bare en aktsom feiloppfatning av situasjonen skal kunne komme gjerningspersonen til gode», samt at «Høyesterett har i en enkelt sak en uttalelse i denne retning». De omtaler dermed ikke dette som sterke holdepunkter for en slik løsning. Det vises også til vurderingene i kapittel 5.3 og 5.4 om disse uttalelsene i henholdsvis forarbeidene og Høyesterett, og at de i litengrad tilsier et aktsomhetskrav. Det at anerkjente juridiske forfattere ikke adresserer problemstillingen kan være et argument i seg selv i retning av at det ikke gjelder et slikt aktsomhetskrav. Det legges

med dette til grunn at heller ikke den juridiske teorien trekker i retning av at det gjelder et slikt aktsomhetskrav i henhold til oppgavens problemstilling.

6.6 Reelle hensyn

Som påpekt har legalitetsprinsippets betraktninger stor betydning for å tolke begrensninger som fremgår av straffeloven innskrenkende, da resultatet av en slik tolkning er at straffeansvaret utvides. Dersom det tolkes inn et slikt aktsomhetskrav vil altså vernet til gjerningspersonen begrenses. Legalitetsprinsippets betraktninger trekker da sterkt i retning av at et slikt aktsomhetskrav ikke kan innfortolkes i § 18 første ledd.

Skyldprinsippet tilsier helt overordnet at klanderverdige handlinger bør sanksjoneres. En helt sentral faktor for oppgavens problemstilling er at vedkommende har handlet forsettlig i henhold til lovbruddet, men under forutsetning om at det forelå en nødvergesituasjon, slik at handlingen dermed er godtatt og «lovlig». Oppgavens problemstilling adresserer imidlertid et mer «gråsonetilfelle» ved at den faktiske uvitenheten er uaktsom. Det innebærer at vedkommende kan ha handlet noe klanderverdig i sin oppfatning av situasjonen. Imidlertid er den klare hovedregelen at det kun er forsettlige handlinger som skal straffes, i medhold av det som kommer til uttrykk i strl. § 22, jf. §21.⁶⁰ Skyldprinsippet tilsier altså at klanderverdige handlinger skal straffes, men i et slikt tilfelle har ikke vedkommende utvist tilstrekkelig klander med det som er i tråd med straffelovens system, slik at skyldprinsippet ikke vil komme like sterkt til uttrykk da den faktiske uvitenheten kun er uaktsom.

I forlengelsen av at § 25 er en presisering av forsettskravet, og at vedkommende som har vært uaktsom i relasjon til sin oppfatning av situasjonen, vil det samsvare dårlig med strafferettens system fordi det i utgangspunktet er forsettlige handlinger som straffes. Det vises til § 21 hvor det fremgår at «[s]traffelovgivningen rammer bare forsettlige lovbrudd med mindre annet er bestemt.» Bestemmelsen gjelder imidlertid for «lovbrudd», ikke rettferdiggjøringsgrunner, men det samme prinsippet vil etter koherensbetraktninger også gjelde for strafferetten generelt. Dermed vil ikke forutberegnelighetshensynet tilsi at det skal stilles opp et aktsomhetskrav i relasjon til regelen om faktisk uvitenhet. Det vises for ordens skyld til vurderingen i kapittel fem, som tilsier at det må foreligge andre holdepunkter etter § 18 første ledd for at det skal komme til en annen løsning etter den generelle bestemmelsen i § 25 første

⁶⁰ Det presiseres at disse ikke kommer direkte til anvendelse for rettferdiggjøringsgrunnene.

ledd.

Rimelighetsbetraktninger tilsier på sin side at det er rimelig med et visst aktsomhetskrav i tilfeller hvor en person uaktsomt tror at han er i en nødvergesituasjon, er i faktisk uvitenhet angående alternative handlingsmåter eller i relasjon til forsvarligheten av nødvergehandlingen. Det at en person skal kunne fritas for straff fordi han uaktsomt oppfattet en situasjon slik at han påførte en person en skade eller til og med drepte en annen med forsett, tilsier at det skurrer litt når slike situasjoner ikke kan straffes. Det er imidlertid slik at vedkommende kan straffes for uaktsom uvitenhet «når uaktsomt lovbrudd er straffbart» etter § 25 annet ledd.

6.7 Konklusjonen på vurderingen

Forarbeidsuttalelsen som tilsynelatende tilsier at det må innfortolking et slikt aktsomhetskrav kan ikke anses tungtveiende da det også er en annen uttalelse i samme proposisjon som ikke tilsier et aktsomhetskrav. Høyesterett er klare på at det ikke oppstilles et aktsomhetskrav for faktisk uvitenhet for inngangsvilkåret «ulovlig angrep». At Høyesterett ikke oppstiller et aktsomhetskrav etter det vilkåret vil trekke sterkt i retning av at det ikke kan oppstilles et aktsomhetskrav for faktisk uvitenhet for andre vilkår i samme bestemmelse. Det vil gi en dårlig indre sammenheng i bestemmelse. I den forbindelse vil sammenhengen med § 25 også tilsi at det ikke skal oppstilles et aktsomhetskrav for faktisk uvitenhet etter § 18 første ledd, nettopp ut fra sammenhengen i rettssystemet, samt den uheldige konsekvensen det vil få for forutberegneligheten. Videre tilsier heller ikke den nevnte juridiske teorien en slik løsning. Endelig trekker legalitetsprinsippets betraktninger i retning av at ordlyden ikke skal kunne tolkes slik at nødvergebestemmelsen innskrenker vernet til borgerne, da det ikke fremgår av den naturlige tolkningen av bestemmelsen. Etter den nærmere drøftelsen må det derfor legges til grunn at § 18 første ledd ikke åpner for et aktsomhetskrav for faktisk uvitenhet i relasjon til nødvergesituasjoner.

7 Avsluttende betraktninger

Det presiseres avslutningsvis at en uaktsom faktisk uvitenhet ikke er ensbetydende med at vilkårene i § 18 første ledd er oppfylt. En manglende aktsomhet for den faktiske uvitenheten kan naturligvis få betydning for vurderingen av om nødvergebestemmelsen kommer til anvendelse, herunder om nødvendighets- og forsvarlighetsvurderingen i bokstav b) og c) er oppfylt. Likevel er det altså gjerningspersonens oppfatning som må legges til grunn, som innebærer at den som ikke var klar over at det fantes handlingsalternativ, ikke kan vurderes som om at han visste det eller burde ha visst det.

Det kan likevel nyanseres i tilfeller hvor gjerningspersonen var bevisst uaktsom. Da kan det argumenteres for at vedkommende visste at det forelå en usikkerhet angående om det forelå handlingsalternativ eller at handlingen som han utførte var uforsvarlig i forhold til det ulovlige angrepet. Det kan i slike tilfeller tenkes at denne vissheten om at situasjonen kanskje ikke var slik vedkommende intuitivt fikk for seg må få betydning for vurderingen av nødvendighets- og forsvarlighetskravet. I slike situasjoner vil gjerningspersonen ha muligheten til å ta seg litt mer tid, utføre hensiktsmessige undersøkelser med mer, dersom situasjonen tillater det. Det vil imidlertid være mange situasjoner hvor alvorlighetsgraden er så stor at man oppfatter situasjonen slik at man for eksempel ikke kan ta seg tid til å undersøke nærmere eller til å tenke seg om. Da vil det kunne være urimelig å kreve at gjerningspersonen utførte nærmere undersøkelser. Det poengteres at disse situasjonene gjelder der gjerningspersonen har vært bevisst uaktsom i forbindelse med den faktiske uvitenheten. For den som ikke har vært bevisst uaktsom i relasjon til den faktiske uvitenheten har da ikke vært klar over usikkerheten rundt vedkommendes oppfatning av situasjonen, slik at han heller ikke har hatt muligheten til å undersøke forholdene nærmere. Dermed vil den som ikke har vært bevisst uaktsom i relasjon til den faktiske uvitenheten heller ikke hatt alternative handlinger etter § 18 første ledd bokstav b).⁶¹

⁶¹ Se Gröning mfl. (2020) s. 418.

8 Konklusjonen på oppgavens problemstilling

Konklusjonen på oppgavens problemstilling er at en faktisk villfarelse ikke må være aktsom for å kunne bli lagt til grunn når det er spørsmål om å rettferdiggjøre forsettlig lovbrudd på grunn av nødverge.

9 Kildeliste

Lover

| | |
|---------------------------------|--|
| Almindelig borgerlig Straffelov | Lov Lov 22. Mai 1902 nr. 10 (opphevet) |
| Straffeloven | Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff |
| Grunnloven | Lov av 17. Mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov |
| Menneskerettsloven | Lov av 21. mai 1999 |

Forarbeider

NOU 1992: 23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser
Straffelovkommisjonens delutredning V

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Høyesterettspraksis

Rt. 1972 s. 243

Rt. 1983 s. 1268

Rt. 1991 s. 455

Rt. 1993 s. 1197

Rt. 1996 s. 141

Rt. 2001 s. 1379

Rt. 2009 s. 703 U

Rt. 2014 s. 238 A

HR-2019-1842-U

Litteratur

Andenæs mfl. (2016):

- Andenæs, Jhos., Rieber-Mohn, Georg Fredrik, Sæther, Knut Erik, *Alminnelig Strafferett*, 6. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2016.

Frøberg (2020):

- Frøberg, Thomas, *Alminnelig strafferett: I et nøtteskall*, 2. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2020.

Gröning mfl. (2019):

- Gröning, Linda, Husabø, Erling Johannes, Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2019.

Mæland (2012):

- Mæland, Henry Jhon, *Norsk alminnelig strafferet*, Bergen, 2012.