



Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø

Likevektsrettferdighet som reelt hensyn i strafferetten

Kan Torstein Eckhoffs beskrivelser av likevektsrettferdigheten være forsvarlige og hensiktsmessige hensyn eller prinsipper i strafferettsanvendelsen?

Tor Andre Barge

Stor master – JUR-3901 (V22)

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	<i>Tema og problemstilling</i>	3
1.2	<i>Aktualitet og bakgrunn</i>	4
1.3	<i>Struktur og metode</i>	5
1.3.1	Introduksjon og beskrivelse av avhandlingens første hoveddel.....	5
1.3.2	Andre hoveddel – særlig om løsningsmetoden for problemstillingen.....	6
2	Generelt om reelle hensyn og likevektsrettferdigheten	9
2.1	<i>Hva er reelle hensyn og hvilke rettskildeprinsipper gjelder for disse?</i>	9
2.2	<i>Introduksjon til Eckhoffs likevektsrettferdighet (m.m.)</i>	12
2.2.1	Uttevslingsituasjonene	12
2.2.2	Likevektsprinsippene – med særlig søkelys på prinsippet til straffesituasjonen.....	13
3	Eckhoffs likevektsprinsipp for straffesituasjonene	16
3.1	<i>Introduksjon og likevektsprinsippets begrunnelse</i>	16
3.2	<i>Hva mener Eckhoff med «onder» i likevektsprinsippet?</i>	17
3.3	<i>Pliktdelen: likevektsprinsippet i skal-variant og kan-versjon</i>	19
3.3.1	Hvilke likhetstrekk finnes mellom «skal-varianten» og strafferetten?.....	23
3.3.2	Er «kan-versjonen» forenelig med strafferetten?.....	25
3.3.3	Avsluttende evaluering – hvilken versjon representerer strafferetten best?.....	30
3.4	<i>Innholdsdelen: prinsippets straffutmålingsnorm om moralsk likevekt</i>	31
3.4.1	Er utmålingsnormen om moralsk likevekt forsvarlig i lys av straffens formål?.....	38
3.5	<i>Verdimomentene under straffutmålingsnormen om moralsk likevekt</i>	44
3.5.1	Gjerningspersonens skyld og motiver som verdimomenter i straffutmålingen.....	45
3.5.2	Kroneverdien på utsatte goder som verdimoment i straffutmålingen	48
3.5.3	Skadegrad og fareomfang som verdimoment i straffutmålingen	49
3.5.4	Graden av inngrep i etablerte hensyn som verdimoment i straffutmålingen.....	51
3.5.5	Særlig om nyttevirkningene som verdimomenter i likevektsprinsippet.....	55
3.6	<i>Reformuleringen fra likevektsprinsippet til morallikhetsprinsippet</i>	57
3.7	<i>Er morallikhetsprinsippet hensiktsmessig i praktisk rettsanvendelse?</i>	60
3.7.1	Rt. 2000 s. 646 («barmhjertighetsdrapet»).....	61
3.7.2	Rt. 2006 s. 164 (straff for seksuelle overgrep mot barn).....	64
3.7.3	Rt. 2009 s. 1412 (allmenne rettsfølelser som straffeskjerpene moment).....	69
3.7.4	Rt. 2015 s. 827 (straffutmåling for vold i nære relasjoner).....	74

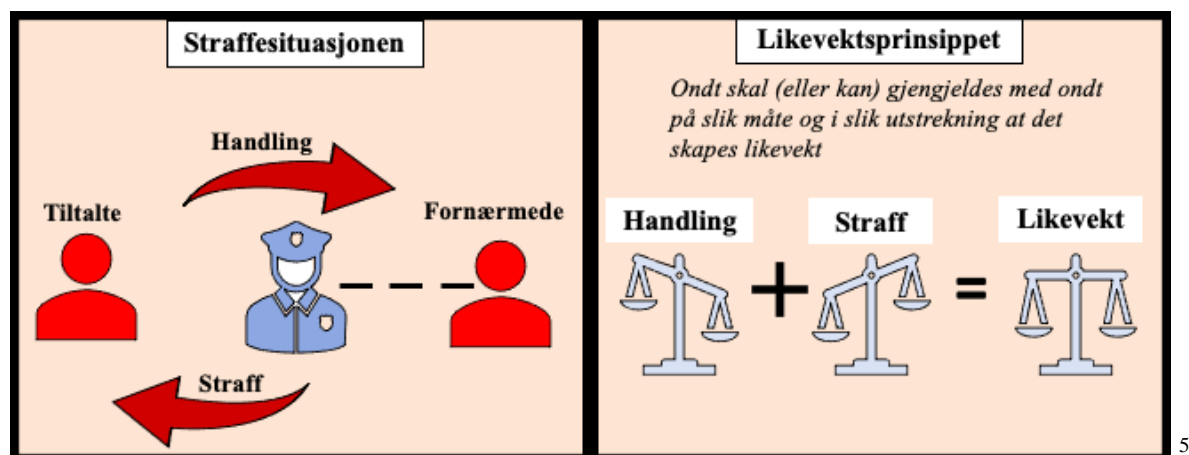
3.7.5	HR-2016-2507-A (straffutmåling for fiskeoppdrettsanlegg)	78
3.7.6	HR-2019-1935-A (straffutmåling for grovt underslag).....	83
3.7.7	HR-2021-2145-A (forholdsmessighet som straffutmålingsnorm)	88
3.7.8	Avsluttende evaluering av domsanalysene og morallikhetsprinsippet.....	93
4	Avslutning	96
5	Kildeliste.....	97

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I 1971 introduserte Torstein Eckhoff rettferdighetstypene fordelings- og likevektsrettferdighet, som reelle hensyn/prinsipper i rettsanvendelsen. Temaet angår hvordan likevektsrettferden kan og bør operere som relevante hensyn i strafferetten. Ifølge Eckhoff knyttes likevektstanken til situasjonene «hvor to parter utveksler goder og ondt med hverandre».¹ Han skiller mellom fire situasjonstilfeller av gode- og ondeutvekslinger, men siden temaet avgrenses til strafferetten vil bare den ene situasjonen være relevant.

Den relevante situasjonen omtaler Eckhoff som «straffesituasjonen», og denne kjennetegnes av at to parter påfører ondt på hverandre.² Partene kan være tiltalte som utviser straffbar aktivitet (onde) på den ene siden, og staten som straffer (onde) atferden på vegne av fornærmede på den andre siden. Til denne situasjonen angir Eckhoff følgende normativt likevektsprinsipp: «Ondt skal (eller kan) gjengjeldes med ondt på slik måte og i slik utstrekning at det skapes likevekt».³ Prinsippet oppstiller normer til spørsmålet om straff er berettiget og til vurderingen av størrelsen på straffen. For straffestørrelsen er kjernen, ifølge Eckhoff, at det kreves «forholdsmessighet» mellom handlingens grovhet og straffens strenghet.⁴ Temaet oppsummeres og illustreres slik:



¹ Torstein Eckhoff, Rettskildelære, Oslo 1993 s. 312-313.

² Torstein Eckhoff, Rettferdighet, Oslo 1971 s. 38.

³ Eckhoff (1971) s. 183, jf. også s. 38.

⁴ Eckhoff (1993) s. 312-313 og Eckhoff (1971) s. 188.

⁵ Jeg har laget illustrasjonen i Microsoft PowerPoint. Prinsippformuleringen er hentet fra Eckhoff (1971) s. 183.

I boken «Rettfærdighet» foretar Eckhoff deskriptive analyser av nevnte likevektsprinsipp. Med «deskriptiv» menes beskrivelser av virkeligheten.⁶ Metoden minner om avklaring av gjeldende rett (de lege lata). Derimot preges Eckhoffs analyser lite av etablerte rettskilder. Istedenfor lener han seg primært på «usystematiske kunnskaper», «egen livserfaring», samt det han omtaler som «temmelig dristige spekulasjoner».⁷ Resultatet av analysene er at prinsippet utfylles med større substans enn det som fremgår av overnevnte prinsippformulering. Disse analysene er sentrale for problemstillingen.

Hovedproblemstillingen er om Eckhoffs deskriptive analyser av likevektsrettfærdigheten kan være forsvarlige og hensiktsmessige hensyn/prinsipper i strafferettsanvendelsen. Spørsmålet er todelt. Først spørres det om analysene er *forsvarlige*. Med dette siktes det til om beskrivelsene har rettskildemessig holdbarhet etter gjeldende strafferett og straffeprosessrett. Delspørsmålet er viktig å avklare siden Eckhoff ikke forankrer analysene i rettskilder. For det andre spørres det om beskrivelsene er *hensiktsmessige*. Dette handler om beskrivelsene er egnede og praktiske verktøy i strafferettsanvendelsen, hvilket har et normativt preg. Med «normativt» menes utsagn om hvordan virkeligheten bør være.⁸ Metoden minner om rettspolitik (de lege ferenda).

Problemstillingens løsningsmetode behandles under punkt 1.3.2.

1.2 Aktualitet og bakgrunn

Temavalget begrunnes av det jeg oppfatter som manglende fokus på rettfærdighetsargumentene i metodelitteraturen. Flere moderne metodeforfattere som Alf Petter Høgberg, Sverre Blandhol og Svein Eng betrakter fordelings- og likevektsrettfærdigheten som sentrale i rettsanvendelsen, men argumentene behandles kun rent overfladisk hos alle.⁹ Slike fremstillinger vil neppe bidra til å gjøre argumentene praktisk. Blandhol er den eneste som anerkjenner at fremstillingen er «nokså overordnet og abstrakt», men samtidig påpeker han at rettfærdighetsargumentene er egnet til «videre undersøkelser av reelle hensyn».¹⁰

⁶ Svein Eng, Rettsfilosofi, Universitetsforlaget 2007 s. 13.

⁷ Eckhoff (1971) s. 26.

⁸ Eng (2007) s. 13-14.

⁹ Alf Petter Høgberg m. fl., Juridisk metode og tenkemåte, Universitetsforlaget 2019 s. 348, Sverre Blandhol, De beste grunner, Gyldendal Norsk Forlag AS 2013 s. 38 og Eng (2007) s. 189-190.

¹⁰ Blandhol (2013) s. 195.

Tatt rettferdighetens sentrale plass i rettsanvendelsen, er det rimelig å anta at det oppstår behov for presise innholdsbeskrivelser. Uten praktiske gjengivelser vil det være vanskelig for jurister å bruke rettferdighetshensynene på korrekt og forsvarlig vis. Av disse grunner valgte jeg å følge opp Blandhol, men da avgrenset til likevektsrettferdigheten. Fordelingsrettferdigheten vil ikke behandles med mindre den er nødvendig for å illustrere et poeng med likevektsrettferden.

1.3 Struktur og metode

1.3.1 Introduksjon og beskrivelse av avhandlingens første hoveddel

På overordnet plan deles avhandlingen i to deler. Den første hoveddelen angår reelle hensyn på generelt grunnlag og er begrunnet av temaets metodiske preg. Søkelyset på likevektsrettferden som rettskildebaserede hensyn tilhører faget «juridisk metodelære» eller «rettskildelære». Læren oppstiller retningslinjer for rettskildens relevans, hvordan innholdet tolkes og fastlegges, samt hvordan kildene avveies mot hverandre ved motstrid. Retningslinjene omtales vanligvis som «rettskildeprinsipper», og disse er utviklet av fagfellesskapet med Høyesterett som drivkraft.¹¹

Temaets kontaktflate mellom reelle hensyn og Eckhoffs likevektsrettferdighet, medfører at det er nødvendig for oppgaven å avklare rettskildeprinsippene for hensynene. Undertemaet i første hoveddel under punkt 2.1 tar sikte på å avklare dette. Kildetilfanget består av et bredt utvalg av moderne metodeforfattere. På denne måten belyses de reelle hensyn og metoderammene rundt dem i et tilnærmet dagsaktuelt lys.

Deretter spisses søkelyset mot Eckhoffs likevektsrettferdighet i underpunkt 2.2. Formålet med dette er å introdusere, samt skape kontekst, for avhandlingens hovedtema. Likevektsrettferden har et bredt virkeområde, og spiller sentrale roller på blant annet erstatnings- og kontraktsrettens område. Punkt 2.2 gir et innblikk i likevektens nedslagsfelt, men hovedsakelig ligger tyngden på delene som er aktuelt for temaet. Som innledningen påpeker, er dette straffesituasjonen og likevektsprinsippet til denne. I tillegg vil det pekes på visse uklarheter i prinsippformuleringene sammenlignet med Eckhoffs innholdsbeskrivelser. Uklarhetene danner vurderingsgrunnlaget for drøftelsene i avhandlingens andre hoveddel.

¹¹ Jens Edvin A. Skoghøy, Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018 s. 38 og Synne Sæther Mæhle & Ragna Aarli, Fra lov til rett, Universitetsforlaget 2017 s. 287.

1.3.2 Andre hoveddel – særlig om løsningsmetoden for problemstillingen

I kapittel 3 starter andre hoveddel. Denne utgjør kjernen i avhandlingen og handler om Eckhoffs likevektsprinsipp for straffesituasjonene. Kapitlet innledes med prinsippets begrunnelse, samt en redegjørelse for Eckhoffs «onder».¹² Disse er ment å gi kontekst for problemstillingen.

Fra punkt 3.3 til 3.6 behandles første del av problemstillingen (forsvarlighetsspørsmålet). Løsningsmetoden baseres på regelsammenligninger, men for å forstå hvorfor jeg har valgt dette, er det nødvendig å redegjøre for noen hovedtrekk i rettskildelæren. Læren opererer med mange ulike rettskildetyper, men på overordnet plan kan det sondres mellom primære og sekundære kildegrupper. Primærkildene er rettsnormerende – typisk siden de stammer fra myndigheter med makt til å lage bindende regler. Et eksempel er Stortingets lovvedtak.¹³ Sekundærkildene mangler normativ kraft – ofte fordi de kommer fra personer som ikke har makt til å utforme bindende regler. Et eksempel er juridisk litteratur.¹⁴

Eckhoff har ikke myndighet til å lage regler for samfunnet. Derfor vil beskrivelsene/analysene være av sekundær art. Hvorvidt beskrivelsene er forsvarlige beror på om de uttrykkes i primærkilder. Hvis det er tilfellet, vil de konverteres fra sekundærkilder uten normativ kraft til primærkilder med rettsnormerende kraft. Konsekvensen er at analysene kan brukes i praktisk rettsanvendelse, såfremt bruken skjer innenfor virkeområdet til primærkildene.

Løsningsmetoden fungerer slik at Eckhoffs beskrivelser sammenlignes med utvalgte regelsett i straffeloven og straffeprosessloven. Regelutvalget begrunnes fortløpende, men på generelt plan er seleksjonen basert på at de fremstår som naturlige undersøkelsesobjekter utfra undertemaet Eckhoff beskriver. Likevektsprinsippet kan deles i tre slike undertemaer: (1) Eckhoffs skal- og kan-versjon, (2) formålet med likevekten/vurderingstema, og (3) verdimentene til formålet. Eksempelvis er formålet med likevekten, ifølge Eckhoff, å oppnå «moralsk likevekt».¹⁵ For å avklare om målet kan være en forsvarlig straffutmålingsnorm, er det naturlige å sammenligne dette med straffens formål.¹⁶ Lignende begrunnelser vil fremføres for alle regelseleksjonene.

¹² Punkt 3.1 handler om prinsippets begrunnelse og punkt 3.2 angår hva Eckhoff mener med «onder».

¹³ Skoghøy (2018) s. 36.

¹⁴ Skoghøy (2018) s. 215-216.

¹⁵ Eckhoff (1971) s. 38-39 og s. 183 flg.

¹⁶ Dette gjøres under punkt 3.4.1.

Tanken bak sammenligningsmetoden er denne: Jo større likheter som finnes mellom Eckhoffs beskrivelser og straffelovgivningen, jo større grunn er det til å anse analysene som normative. Eller omvendt: desto større ulikheter som finnes, desto mindre grunn er det til å betrakte dem som rettsnormerende. Likheter peker mot forsvarlighet, mens ulikheter peker mot uforsvarlighet.

Strukturelt sett vil presentasjonen av de overnevnte undertemaene til likevektsprinsippet gjøres i kapitlene med to tall (dvs. punkt 3.3, punkt 3.4 og punkt 3.5). Hovedkilden er Eckhoffs bok: «Rettfærdighet», men denne preges av et særtrekk som har hatt betydning for hvordan den er studert og brukt i avhandlingen. Verket er ikke en juridisk metodebok, men et «studium [...] av samhandlingen mellom mennesker» innenfor bl.a. likevektsrettfærdigheten.¹⁷ Eckhoff studerer hvordan rettfærdighetsformen fungerer i sosiale og rettslige kontekster. Disse aspektene blandes sammen og det er ikke et skarpt skille mellom de sosiale og juridiske delene. Temaets kontakt med rettskildelæren medfører at de sosiale sidene er irrelevante. Likevel har sammenblandingen hans, samt fraværet av rettskildereferanser, medført at sitatseleksjonen har blitt en utfordrende operasjon. Min juridiske erfaring har dannet grunnlaget for sitatseleksjonen, men det kan ikke utelukkes at det finnes andre sitater fra Eckhoff som burde vært med i teksten.

I tillegg har det vært nødvendig å supplere Eckhoff med egne eksempler og vurderinger. Målet med eksemplene er å trekke analysene ned på et pedagogisk og praktisk plan. Forhåpentligvis hjelper dette leseren med å oppnå dypere forståelser av Eckhoffs uttalelser. Vurderingene vil belyse problemer med enkelte beskrivelsesdeler, samt presentere og evaluere mulige løsninger på disse.

Regelsammenligningene utføres i kapitlene med tre tall (dvs. punkt 3.3.1 flg., punkt 3.4.1 og punkt 3.5.1 flg.). Disse er strukturert slik at de følger opp og avslutter det enkelte undertemaet til likevektsprinsippet. I sammenligningsdelene vil noen av Eckhoffs analyser forkastes, mens andre beholdes. Alt dette koker ned til et endelig og skreddersydd reformuleringsforslag i punkt 3.6. Eksemplaret sammenfatter alle beskrivelsesdelene med normativ rettskildeforankring til et helhetlig prinsipp. Detaljgraden er betraktelig høyere enn Eckhoffs prinsippformulering under temabeskrivelsen ovenfor. Reformuleringen kan anses som sluttproduktet eller konklusjonen på første del av problemstillingen (forsvarlighetsspørsmålet).

¹⁷ Eckhoff (1971) – hentet fra bokens forord. Denne er ikke merket med sidetall.

Fra punkt 3.7 behandles andre del av problemstillingen (hensiktsmessighetsspørsmålet). Denne isoleres til reformuleringsforslaget siden dette reflekterer Eckhoffs forsvarlige analysedeler. Å drøfte om forkastede analyser er hensiktsmessige vil være meningsløst. Årsaken er at disse ikke kan brukes i gjeldende strafferettsanvendelser.

Løsningsmetoden baseres på materielle analyser av høyesterettsdommer. Totalt vil et utvalg av syv dommer analyseres og vurderes i lys av det reformulerte likevektsprinsippet. Dette er noe ulikt ordinære domsanalyser hvor målet er å finne ut hva Høyesterett mener, samt hvordan dette kan anvendes i lignende retts- og saksforhold. Domsanalysene i avhandlingen tar sikte på å vise hvordan prinsippet kan benyttes til bl.a. å forsterke, kritisere, harmonisere eller begrunne visse utsagn fra Høyesterett. Samtidig vil dommene kaste lys over svakheter med prinsippet. Poenget er at rettsavgjørelsene fungerer som vurderingsgrunnlag for å besvare spørsmålet om Eckhoffs beskrivelser er egnet/hensiktsmessig i praksis.

Strukturelt innledes og analyseres dommene i egne underkapitler. Rettsavgjørelsene er satt inn etter årstall, hvor den eldste er fra 2000, mens den yngste er fra 2021. Innledningen til analysene avklarer hvilke sider ved det reformulerte prinsippet som er aktuelle. For eksempel vil dommen i punkt 3.7.1 (Rt. 2000 s. 646) handle om hvordan prinsippet kan utfylle begrunnelsen til retten, mens avgjørelsen i punkt 3.7.3 (Rt. 2009 s. 1412) angår kritisk argumentasjon med prinsippet. Til slutt sammenfattes hovedtrekkene fra domsanalysene i et avsluttende evalueringskapittel.¹⁸

¹⁸ Se punkt 3.7.8.

2 Generelt om reelle hensyn og likevektsrettferdigheten

2.1 Hva er reelle hensyn og hvilke rettskildeprinsipper gjelder for disse?

Som nevnt er reelle hensyn kun én av mange rettskilder i metodelæren. Derimot er det liten tvil om at denne kilden er mest komplisert. Problemet har vært å beskrive hva det er, hvilket ikke er problematisk for skrevne rettskilder som f.eks. lover, forarbeider og rettspraksis. Hva reelle hensyn er, samt hvilke metoderammer som gjelder for disse er temaet i det følgende.

Eckhoffs «Rettskildelære» er nok det viktigste kildegrunnlaget for slagkraften til reelle hensyn i norsk rettstradisjon. Han definerer hensynene som «vurderinger av resultatets godhet». Med dette mener han om den ferdigtolkede rettsregelen er «innholdsmessig og rettsteknisk god».¹⁹

Problemet med Eckhoffs definisjon er at hensynene avgrenses til kontroll av sluttproduktet, noe som utelukker det som rettskilde under tolkningsprosessen. I tillegg er ordet «godhet» temmelig intetsigende. Hans Petter Graver mener vagheten i definisjonen fører til at den egner seg lite i løsningen av materielle rettsspørsmål.²⁰ Budskapet er at Eckhoffs definisjonsforsøk etterlater flere spørsmål enn svar. Til tross for dette bestemmer Høgberg seg for å videreføre definisjonen til Eckhoff, men da med språktillegget: «godheten i vid forstand». Han eksemplifiserer derimot hensynene med rettsstatlige kjerneverdier som f.eks. likhet, proporsjonalitet, samt demokrati.²¹

Høgbergs uttalelser gir grunnlag for å påstå at det finnes en kobling mellom samfunnsaksepterte verdier og reelle hensyn. Denne sammenkoblingen har tidligere oppnådd stor oppslutning i det juridiske fagmiljøet. For eksempel omtales reelle hensyn som «verdistandpunkter» av Viggo Hagstrøm, mens Peter Lødrup bruker «verdibaserte synspunkter».²² Mæhle & Aarli benytter «verdibaserte konsekvensbetraktninger» og Nils Nygaard kaller det «verdipremisser».²³ Felles for alle er at reelle hensyn handler om verdivurderinger.

¹⁹ Eckhoff (1993) s. 303.

²⁰ Hans Petter Graver, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover, Tidsskrift for rettsvitenskap 2000 s. 438.

²¹ Høgberg m. fl. (2019) s. 343 og s. 348-349.

²² Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Universitetsforlaget 2011 s. 77 og Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, Oslo 2005 s. 50.

²³ Mæhle & Aarli (2017) s. 273, Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, Universitetsforlaget 2004 s. 158.

Det er antakelig ingen realitetsforskjell mellom Eckhoffs godhet og verdivurderinger. Et godt resultat kan forutsette ivaretagelse av viktige verdier, hvilket tilsier at definisjonene kan anses som «to sider av samme mynt». Likevel må verdidefinisjonen være et bedre begrep. Samfunnet er bygd på et sett av kjerneverdier som f.eks. maktfordeling, rettferdighet og frihet. Ved at disse normalt er allment kjent, kan verdibegrepet gi reelle hensyn et gjenkjennelig innhold i forhold til vage ord som «godhet». På denne måten styrkes forutberegnelighetshensynet, noe som kan medføre større aksept og forståelse av reelle hensyn blant samfunnsmedlemmene. Definisjonen lider likevel av en svakhet – den angir ingen rammer for praktisk bruk av hensynene/verdiene.

I praktisk sammenheng vil det relevante spørsmålet være: hvilke verdier kan brukes, og hvordan skilles de legitime hensynene fra de illegitime. Mæhle & Aarli mener verdiene må være «kjent av andre enn rettsanvenderen selv».²⁴ Høgberg argumenterer i samme bane med uttalelsene om at «vårt verdigrunnlag» og «vårt rettssystem» utgjør skrankene for de legitime hensyn.²⁵ Begge forfatterne viser at verdiene må være utbredt og allment akseptert før de kan benyttes i praktisk rettsanvendelse. Ved å oppstille et slikt rettskildesprinsipp vil vilkårlighetsfaren minkes, hvilket må være ønskelig. Uten rettskildesprinsippet kan man risikere at særegne verdier hos dommeren får innflytelse på rettsanvendelsen. For eksempel kan dette være radikale religiøse verdier, eller ekstreme politiske holdninger. Ved å koble hensynets legitimitet til samfunnsverdiene vil dette unngås. I tillegg bidrar det til å sikre at hensynsbruken harmoniserer med folkeoppfatningen, noe som ivaretar demokratiet i Norge.

For å finne disse verdiene er det naturlig å oppsøke lovverket. Loven vedtas indirekte av folket gjennom stortingsrepresentantene, jf. Grunnloven²⁶ § 49 første ledd. Derfor vil verdisyntene i lovgivningen utgjøre gode indikatorer på flertallsoppfatningen. I tillegg kan autoritative kilder som f.eks. forarbeider og høyesterettspraksis, bidra til å utdype verdisyntene i loven. Et spørsmål er hvordan verdiene utenfor loven kan frembringes. Jens Edvin Skoghøy koker dette ned til et rent bevistema. Ifølge ham kreves det at dommeren er «rimelig sikker» på at verdiene «ikke bare er hans egne, men deles av store deler av befolkningen».²⁷

²⁴ Mæhle & Aarli (2017) s. 273.

²⁵ Høgberg m. fl. (2019) s. 347.

²⁶ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven eller Grl.).

²⁷ Skoghøy (2018) s. 225.

Beviskravet kan hindre vilkårlighet, noe som er ønskelig av de samme grunnene som er nevnt ovenfor. Kravet kan imidlertid bidra til å svekke tilliten mellom domsmakten og befolkningen. Årsaken er at samfunnsmessige verdier er dynamiske. De kan fjernes, endres eller svekkes med tiden. For eksempel uttrykte 1814-grunnloven et annerledes menneskesyn hvor jødene ikke var velkommen i riket.²⁸ I dag uttrykker Grunnloven § 16 at alle har rett på fri religionsutøvelse. Et annet eksempel er at blasfemi var ansett uakseptabelt ved innføringen av 1902-straffeloven § 142, men etter frifinnelsen av Arnulf Øverland i 1933 ble bestemmelsen aldri håndhevet igjen. Ved vedtakelsen av straffeloven²⁹ i 2015 ble forbudet opphevet, men håndhevelshistorikken beviser at verdisynet var endret lenge før dette.

Siden bevisene normalt oppstår etter verdiendringen finner sted, risikerer domstolene å være på etterskudd i verdioppfatningen. I verste fall leder det til at rettsanvenderen vektlegger utdaterte verdisyn. Derimot tilsier verdienes dynamiske og usynlige karakter at det er meget vanskelig (kanskje umulig) å utvikle et perfekt rettskildeprinsipp for dette. Faren for tillitstap vil antakelig veie mindre enn konsekvensene av vilkårlig rettsanvendelse. Av den grunn kan Skoghøys krav være den beste løsningen på nåværende tidspunkt.

Til slutt, hevder Blandhol at verdidefinisjonen ikke gir et komplett bilde av reelle hensyn. Han begrunner dette med at konsekvensvurderingene har likhetstrekk med vitenskapsmetodene om prediksjoner og forklaringer. For eksempel, påpeker Blandhol, kan det undersøkes empirisk om objektivt erstatningsansvar virker i tråd med prevensjonsformålet.³⁰ Thomas Frøberg deler ikke denne oppfatningen. Ifølge ham er «verdiene [...] styrende» for konsekvensene som trekkes inn i argumentasjonen.³¹ Hvis dette settes i sammenheng med Blandhols eksempel, vil det medføre at Frøberg anser prevensjonsformålet som den styrende verdien. Det er forholdsvis lett å være enig med Frøberg. Hvorvidt rettsanvenderens konsekvensbetraktninger kan bekreftes eller ikke i ettertid, får neppe noen innvirkninger på viktigheten av prevensjonsformålet (eventuelt andre formål i konsekvensvurderingen). Viktigheten av formålet i samfunnsmessig sammenheng er et filosofisk verdispørsmål som står like sterkt uavhengig av empirisk data. Av disse grunner må det være korrekt å opprettholde verdidefinisjonen på reelle hensyn.

²⁸ Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 § 2: «Jøder ere fremdeles udelukkede fra Adgang til Riget».

²⁹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.).

³⁰ Blandhol (2013) s. 32.

³¹ Thomas Frøberg, Rettslig prinsippargumentasjon, Gyldendal Norsk Forlag AS 2014 s. 273 (fotnote 902).

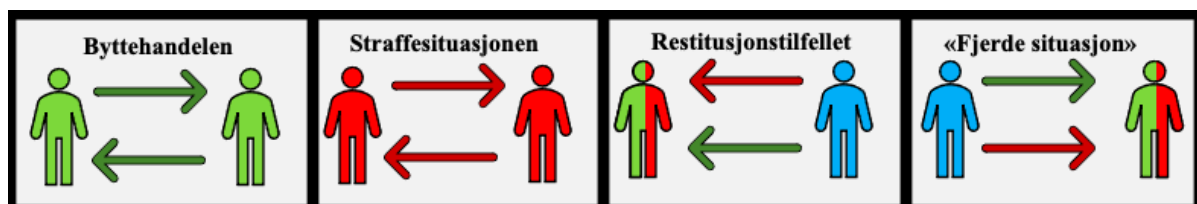
Gjennomgangen har illustrert kompleksiteten av reelle hensyn som rettskilde. Kompleksiteten skyldes nok at det ikke finnes uttømmende og fysiske manifestasjoner av hensynene. I stedet for hentes de stykkevis fra lovgivningen og baseres på usynlige idealer i samfunnet. Forfatterskapet har derimot gitt kilden et betraktelig større innhold sammenlignet med Eckhoffs opprinnelige definisjon: «resultatets godhet». Verkene kan sammenfattes til at reelle hensyn er et begrep som fanger opp vurderinger av utbredte og aksepterte samfunnsverdier. Vurderinger som knyttes til om disse verdiene styrkes, ivaretas eller svekkes, er de reelle hensyn.

2.2 Introduksjon til Eckhoffs likevektsrettferdighet (m.m.)

I kategoriseringen av reelle hensyn skiller Eckhoff mellom konsekvens- og godhetsvurderinger. Likevektsrettferdigheten tilhører godhetsbetraktningene.³² Likevektens innhold består av disse to elementer: (1) utvekslingssituasjonene og (2) likevektsprinsippene.³³ Situasjonene angir partsforholdet/anvendelsesområdet, mens prinsippene oppstiller normen som avgjør om utvekslingen av ytelser er rettferdig eller urettferdig.³⁴ I de neste underkapitlene vil elementene gjennomgås separat. Først behandles utvekslingssituasjonene.

2.2.1 Utvekslingssituasjonene

Eckhoff skiller mellom fire utvekslingssituasjoner. Disse er byttehandelen, straffesituasjonen, restitusjonstilfellet og «den fjerde situasjonen».³⁵ Partene i byttehandelen utveksler goder, mens for straffesituasjonen angår det ondt. I de to siste scenarioene er utvekslingen ensidig. Først sendes et ondt (eller gode) og deretter repareres dette med et gode (eller ondt) fra samme aktør.³⁶ Alle situasjonene kan illustreres slik:



³² Eckhoff (1993) s. 313.

³³ Eckhoff (1971) s. 38.

³⁴ Eckhoff (1971) s. 39.

³⁵ Eckhoff (1971) s. 38 – Eckhoff avstår fra å navngi det fjerde situasjonstilfellet.

³⁶ Eckhoff (1971) s. 38.

Eckhoff oppstiller to fellesvilkår for utvekslingssituasjonen. Hvis ett vilkår mangler anser han forholdet som «feilslått».³⁷ Virkningen er at forholdet havner utenfor rammeverket i boken hans og følgelig utenfor hans beskrivelser av likevektsrettferdigheten. Vilklårene oppsummerer slik:

Partsbegrensningen: Antall aktører i utvekslingsforholdet skal alltid være to. Partene kan være enkeltindivider, persongrupper, selskaper eller andre handlende individer. Representanter som f.eks. arvtakere eller fullmektiger identifiseres med parten. Tilsvarende gjelder mellom politiet og fornærmede i straffesituasjonen.³⁸

Betingelseskravet: Ytelsene (godene og ondene) skal være betinget av hverandre. Med dette menes at ytelsesoverføring nummer én tjener som ledd i begrunnelsen for at ytelsesoverføring nummer to finner sted.³⁹

Fellesvilkårene innebærer at mange rettsområder faller utenfor Eckhoffs likevektsrettferdighet. Noen eksempler er majoriteten av forvaltningssaker og ekstinktive ervervsforhold. Ekstinksjon preges ofte av trepartsforhold, hvilket ikke tilfredsstillende partsbegrensningen. Forvaltningen vil normalt ikke oppstille krav om motytelser for f.eks. byggetillatelse, skjenkebevillinger, bidrag eller andre begunstigelser. Derfor tilfredsstillende disse sakene vanligvis ikke betingelseskravet. Riktignok gjelder fordelingsrettferdigheten for disse rettsområdene, men den er ikke tema.

2.2.2 Likevektsprinsippene – med særlig søkelys på prinsippet til straffesituasjonen

Eckhoff knytter et likevektsprinsipp til hver situasjon. Prinsippet for byttehandelen handler om at «godt skal gjengjeldes med godt», til restitusjonen gjelder «det gale skal gjøres godt igjen», mens fjerde situasjonsprinsipp er motsatt av restitusjonsprinsippet.⁴⁰ Som nevnt i innledningen handler prinsippet til straffesituasjonen om at «ondt skal (eller kan) gjengjeldes med ondt på slik måte og i slik utstrekning at det skapes likevekt».⁴¹

Likevektsprinsippet til straffetilfellet kan fragmenteres i underdelene: plikt- og innholdsdelene.

³⁷ Eckhoff (1971) s. 58 – utsagnet sies i forbindelse med byttehandelen, men tilsvarende gjelder de øvrige utvekslingssituasjonene, jf. s. 147 og s. 166.

³⁸ Eckhoff (1971) s. 40.

³⁹ Eckhoff (1971) s. 13-14.

⁴⁰ Eckhoff (1971) s. 38, Eckhoff utdyper ikke prinsippet til fjerde situasjon – bare at det er motsatt av restitusjon.

⁴¹ Eckhoff (1971) s. 38, jf. også s. 183.

Pliktdelen er i delformuleringen «ondt skal (eller kan) gjengjeldes». Ifølge Eckhoff regulerer dette spørsmålet om straffaktøren er forpliktet til å straffe, eventuelt om aktøren plikter å avstå fra straffepåføring.⁴² Dette har likhetstrekk med skyldspørsmålet i strafferetten, eller spørsmålet «om straffbarhetsvilkårene er oppfylt».⁴³

Rent språklig er det lett å misforstå pliktdelen i prinsippet. Begrepet «skal» indikerer at plikten er absolutt, men siden det kombineres med «eller», vil straffeplikten ikke være absolutt likevel. Hvis juristen kan velge mellom at ondt «skal eller kan» straffes, vil realiteten være at innholdet i skal-begrepet er illusorisk. Dette er imidlertid ikke riktig. Eckhoff begrunner ordbruken med at prinsippet finnes i to forskjellige versjoner: skal-varianten og kan-versjonen.⁴⁴ Antakelig er dette årsaken bak at kan-versjonen plasseres i parentes, men dette er nok vanskelig for jurister å lese ut av prinsippformuleringen. Det nærmere innholdet i pliktdelen behandles i punkt 3.3.

Innholdsdelen er i delformuleringen «på slik måte og i slik utstrekning at det skapes likevekt». Eckhoff beskriver at dette angir grenser for «hvordan og hvor meget det kan straffes».⁴⁵ Dette har likhetstrekk med straffespørsmålet i strafferetten, eller vurderingen av «hvor streng straff som skal utmåles».⁴⁶

Språklig sett kan innholdsdelen i prinsippet oppfattes som upresist. Begrepet «likevekt» angir ingen målestokk til vurderingen. Med «målestokk» menes sammenligningsenheten som brukes for å avklare om det ene ondet står i likevekt med det andre – altså konklusjonen på spørsmålet: «likevekt i forhold til hva?». Flere alternativer kan være aktuelle, som f.eks. tidsforløpet, arten og krone- eller moralverdien. Viktigheten av målestokken kan illustreres på denne måten:

- Peder straffes med én måned i fengsel for å ha låst Marte inne i kjelleren i to dager.

Er det likevekt mellom kjellerinnlåsing og straffen? Hvis arten av ondene utgjør målestokken, er det likevekt. Både Marte og Peder berøves friheten, hvilket medfører at de ilegges like arter. Om tiden utgjør målestokken, er det ikke likevekt. Peder berøves friheten i lengre tid enn Marte.

⁴² Eckhoff (1971) s. 39, jf. også s. 183 flg.

⁴³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 58 (forarbeidene til straffeloven).

⁴⁴ Eckhoff (1971) s. 183.

⁴⁵ Eckhoff (1971) s. 183.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 58 (forarbeidene til straffeloven).

Dersom kronebeløpet er målestokken, kan det være likevekt. Avgjørende er om straffen er verdt like mange kroner som kjellerinnlåsing. En lignende idé gjelder hvis moralverdien benyttes som målestokk. Da vil vurderingen handle om den moralske kvaliteten av ondene kan tillegges samme verdi. Hovedbudskapet er dette: Uten målestokken er det umulig å besvare spørsmålet om det ene ondet står i likevekt i forhold til det andre ondet.

Eckhoff avklarer riktignok målestokken i analysene. Han påpeker at formålet med prinsippet er å oppnå «moralisk likevekt». Essensen i dette er at «straffens strenghet ikke må stå i misforhold til handlingens grovhet».⁴⁷ Å fastslå moralverdien som målestokk byr på flere utfordringer, som f.eks. hvordan fastsettes denne verdien på tiltaltes handlinger, eller hvordan skal dette vurderes i forhold til fengselsstraffen. Utfordringene og verdimomentene til målestokken drøftes senere under punkt 3.4 og punkt 3.5 flg.

Unøyaktigheten i prinsippets plikt- og innholdsdel medfører at det er forholdsvis lite egnet i praktisk strafferettsanvendelse. Praktisk bruk må forutsette at prinsippets presisjonsnivå økes, hvilket gjøres i reformuleringsforslaget under punkt 3.6. Det foreliggende grunnlaget gir likevel tilstrekkelig informasjon til å foreta et navnebytte. Navneendringen har to formål. For det første kan det bidra til å knytte likevektsprinsippet til straffesituasjonen. For det andre kan det fastslå målestokken tydeligere. Navnet kan være: Det moralske likevektsprinsippet for onder, eller i kortversjon: morallikhetsprinsippet. Dette navnet tilhører reformuleringsforslaget.

⁴⁷ Eckhoff (1971) s. 188, jf. s. 184.

3 Eckhoffs likevektsprinsipp for straffesituasjonene

3.1 Introduksjon og likevektsprinsippets begrunnelse

Eckhoffs straffebaserte likevektsprinsipp utgjør utgangspunktet for dette kapitlet. Prinsippet er allerede beskrevet to ganger tidligere.⁴⁸ Prinsippformuleringen gir grunnlag for tre utdypende tema: (1) hva mener Eckhoff med at ondt «skal» eller «kan» gjengjeldes, (2) hva menes med at formålet er «moralsk likevekt», og (3) hvilke verdimomenter er relevant i likevektsvurderingen.

Før spørsmålet avklares i de neste underkapitlene, vil begrunnelsen bak prinsippet gjennomgås.

Likevektsprinsippet begrunnes primært av hensynet om hevnforebyggelse, samt individual- og allmennprevensjon. Ifølge Eckhoff kan prinsippet fungere «restriktivt på hevnadgangen», ved at institusjonaliserte straffer etter pliktdelen kan lede til at personen «slår seg til ro», eventuelt «overtales til ikke å hevne seg».⁴⁹ Disse aspektene henger nok sammen med kompetansekravet pliktdelen oppstiller til straffaktøren. Temaet utdypes senere, men i denne sammenhengen må det bemerkes at pliktdelen krever at straffaktøren er en «autoritet (f.eks. staten)».⁵⁰ Derfor må straffesystemet være autoritetsstyrt etter prinsippet, hvilket kan virke hevnforebyggende.

Individual- og allmennprevensjonen ligger i straffegjennomføringen. Eckhoff uttaler at straffen kan «forbedre synderen eller [...] avskrekke andre fra å handle likedan».⁵¹ Temaet utdypes ikke, men til forbedringspotensialet kan det tenkes at fengselsvesenet forsøker å rehabilitere personen slik at vedkommende ikke begår forbrytelser i fremtiden. Straffegjennomføringsloven⁵² § 2 har dette som et av formålene ved at det «skal tilbys gjenopprettende prosess», jf. annet ledd første punktum. Allmennprevensjonen sikres antakelig ved at befolkningen oppfatter straffen som et utrivelig eksempel. På denne måten kan straffegjennomføringen bidra til å spre frykt blant folk om konsekvensene ved å utføre lignende handlinger som lovbryster.

Nyttevirkningene utgjør begrunnelsen for at likevektsprinsippet kan være ønskelig i samfunnet.

⁴⁸ Se punkt 1.1 og punkt 2.2.2.

⁴⁹ Eckhoff (1971) s. 157 og s. 161, jf. s. 166 flg.

⁵⁰ Eckhoff (1971) s. 186, jf. også punkt 3.3.

⁵¹ Eckhoff (1971) s. 185, jf. s. 180.

⁵² Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).

3.2 Hva mener Eckhoff med «onder» i likevektsprinsippet?

Som nevnt skiller Eckhoff mellom «goder» og «onder» i beskrivelsen av likevektsrettferden. I utgangspunktet er kun ondene relevant for temaet. For å forstå hvordan ondene skal vurderes i praksis er det nødvendig å redegjøre for begge.

Goder er «positive [...] verditildelinger» eller «belønninger». Eckhoff nevner eiendom, penger, respekt og velvilje som eksempler på fysiske og psykiske belønninger.⁵³ Onder er det motsatte: «negative verditildelinger» eller «misbilligelser». Eksempler på dette er, ifølge Eckhoff, sorg- og smertepåføring, nedverdigelser, vold og frihetsberøvelser.⁵⁴ Basert på hans beskrivelser kan retningslinjen være at ondene representerer integritetskrenkelser, mens godene uttrykker glede.

Et praktisk spørsmål er hvordan godene skal skilles fra ondene i rettsanvendelsen. Tre modeller kan være aktuelle: objektiv vurdering, subjektiv vurdering eller en kombinasjon av disse. For å illustrere problemstillingen kan vi tenke oss følgende eksempel:

- Peder sender en valp til Marte. Hun har hundefobi. Hvilken ytelsestype er valpen?

Fra et objektivt ståsted vil valpen være goder i form av økonomiske berikelser. Subjektivt sett, vil valpen være onder på grunn av dens fryktpåføringer overfor Marte. Med valpeksemplet som bakgrunn vil den påfølgende vurderingen handle om hvordan Eckhoff ser på dette.

Eckhoff er relativt uklar på dette, men enkelte uttalelser indikerer at vurderingen er objektiv. I flere eksempler bruker han begrepene «objektive forhold» om ytelsesoverføringene.⁵⁵ Samtidig mener han at det ikke er avgjørende hva fornærmede «synes» om ondepåføringen.⁵⁶ Gjennom disse utsagnene levner han inntrykket om at det objektive fremheves, mens det subjektive tones ned. Uttalelsene er likevel ikke tydelig nok til at konklusjonen kan trekkes.

På den andre siden inkluderer Eckhoff ytelsene med «affeksjonsverdi».⁵⁷ Affeksjonsverdier er subjektive følelsesgoder, hvilket tilsier at de ikke kan vurderes på rent objektivt grunnlag.

⁵³ Eckhoff (1971) s. 12 og s. 59-60.

⁵⁴ Eckhoff (1971) s. 59-69 og s. 149, jf. s. 166.

⁵⁵ Eckhoff (1971) s. 59.

⁵⁶ Eckhoff (1971) s. 148.

⁵⁷ Eckhoff (1971) s. 63.

I tillegg mener han det er relevant om aktørene har «samme oppfatning av hva som er positivt og [...] negativt».⁵⁸ Inkluderingen av den subjektive fellesforståelse synes å stå i motstrid med hans objektive vurderingsuttalelser. Fellesforståelsen fremheves likevel ikke som noe absolutt standpunkt.

Hans uttalelser kan harmoniseres med kombinasjonsmodellen, og antakelig er dette den mest lojale tilnærmingen. Det tilsier at utgangspunktet er objektivt, mens subjektiv fellesforståelse tjener som unntak. Kombinasjonsmodellen har likhetstrekk med avtaletolkningsreglene, se bl.a. HR-2016-1447 avsnitt 38. I kontekst med valpeeksemplet blir løsningen som følger: Objektivt sett er valpen økonomiske tilskudd, og følgelig et gode. Hvis Peder vet at Marte har hundefobi og sender valpen likevel, deler partene en felles forståelse om at resultatet blir frykt. Dette leder til at overføringen av valpen konverteres fra godt til ondt.

Et siste trekk ved Eckhoffs «onder», er at det oppstilles et artskrav for straffen. Eckhoff skriver at det finnes «grenser for hva slags straffer som kan brukes», men grensene er «i stor utstrekning kulturelt bestemt».⁵⁹ I praktisk sammenheng innebærer dette at likevektsprinsippets straffarter bindes av kulturbåndene innenfor landegrensene. For eksempel om nasjonalkulturen aksepterer dødsstraff eller tvangsarbeid, vil likevektsprinsippet gjøre det samme. Eventuelt motsatt: Hvis statskulturen ikke tillater straffartene, vil prinsippet også stenge dørene for dette.

I norsk strafferettskultur forankres straffartene i straffeloven⁶⁰ §§ 29 og 30. Reglene åpner blant annet for «fengsel», «samfunnsstraff» og «bot», jf. straffeloven § 29 første ledd bokstav a, c og e. Samtidig forbys tortur, dødsstraff og andre umenneskelige straffer i Grunnloven § 93 første og annet ledd. Bestemmelsene danner rammene rundt hvilke straffarter som aksepteres og ikke aksepteres i Norge. I kontekst med likevektsprinsippet medfører det at andre ondt-formulering: ondt skal eller kan gjengjeldes med *ondt* (denne ondt-formuleringen), må tolkes som anerkjente eller rettskulturelle straffarter. Alternativt kan ondt-formuleringen forstås som en henvisning til overnevnte lovbestemmelser. Hvordan ondt-begrepet bør formuleres i praktiske sammenhenger behandles senere i reformuleringsforslaget under punkt 3.6.

⁵⁸ Eckhoff (1971) s. 14.

⁵⁹ Eckhoff (1971) s. 180, jf. s. 183.

⁶⁰ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

3.3 Pliktdelen: likevektsprinsippet i skal-variant og kan-versjon

Pliktdelen vises i prinsippets delformulering «ondt skal (eller kan) gjengjeldes». Som tidligere nevnt tilhører dette skyldspørsmålet, og ikke straffespørsmålet.⁶¹ Ifølge Eckhoff skal ordlyden forstås som henvisninger til to forskjellige prinsipper: «skal-varianten» og «kan-versjonen».⁶² Versjonene kan utformes slik:

Skal-varianten: Ondt *skal* gjengjeldes med ondt

Kan-versjonen: Ondt *kan* gjengjeldes med ondt

Et fellesvilkår for begge versjonene er, ifølge Eckhoff, at det må «innfortolkes en forutsetning om at retten [til å straffe] bare tilkommer [...] autoriteter (f.eks. staten)».⁶³ Vilkåret samsvarer med Grunnloven § 96 om at ingen kan «straffes uten etter dom», hvilket innebærer at det ikke er grunn til å problematisere temaet nærmere. Bortsett fra fellesvilkåret oppstiller versjonene ulike krav til skyldspørsmålet. Derfor er det hensiktsmessig å skille mellom Eckhoffs analyser av variantene. Først behandles skal-varianten og deretter kan-versjonen.

Skal-varianten angir et utgangspunkt om at alle onder skal straffes. Ifølge Eckhoff begrunnes dette av eldre gjengjeldelsesbetraktninger om at straff er «nødvendig [...] for å gjenopprette den moralske likevekt».⁶⁴ Analysene hans er sterkt inspirert av det historiske talionsprinsippet og Immanuel Kants (1724-1804) filosofiske verker. Doktrinene om at «den skyldige skal tilføyes samme slags onde som han selv har tilføyet offeret», danner grobunnen i varianten.⁶⁵ Forenklet sett foregår det slik: «dreper du, så skal du drepes – slår du, så skal du slås osv.». Straffarten etter likevektsprinsippet er ikke sammenlignbar med disse doktrinene, men Eckhoff henter kjernen om at ondt *skal* gjengjeldes fra teoriene.

I tillegg modifierer Eckhoff straffeplikten i skal-varianten sammenlignet med Kants absolutte standpunkt. Kant mener rettferdigheten møter sin undergang om ondene ikke gjengjeldes.⁶⁶

⁶¹ Innholdsdelene i likevektsprinsippet tilhører straffespørsmålet, se punkt 2.2.2 eller punkt 3.4 og punkt 3.5.

⁶² Eckhoff (1971) s. 183.

⁶³ Eckhoff (1971) s. 186-187.

⁶⁴ Eckhoff (1971) s. 184.

⁶⁵ Eckhoff (1971) s. 187.

⁶⁶ Eckhoff (1971) s. 184.

Uten rettferdigheten, fortsetter Kant, har det «ikke lenger noen verdi at det lever mennesker på jorden».⁶⁷ Eckhoff antar derimot at plikten sjeldent blir «formulert så skarpt og kompromissløst som hos Kant». Normalt godtas «en viss oppmykning» om straffen er «åpenbart [...] unyttig».⁶⁸ Dermed åpner Eckhoff, i motsetning til Kant, for unntak fra straffeplikten. Vurderingstemaet beskrives ikke, men siden han refererer til nyttevirkningene må det være logisk at begrunnelsen for prinsippet utgjør temaet. Straffens hevn-, individual- og allmennpreventive effekter utgjør derfor vurderingsmomentene.⁶⁹ I tillegg viser ordet «åpenbart» at unntaket er svært strengt. For å illustrere unntaket i praksis, kan vi tenke oss følgende nødrettsbetraktning:

- Peder knuser vinduet til Marte slik at han får slokket brannen på kjøkkenet hennes.

Eksemplet gir grunnlag for følgende spørsmål: Krever skal-varianten at Peders skadeverk skal straffes, eller kan det gjøres unntak etter regelen om «åpenbart unyttig»? Siden ruteknusingen leder til at Martes økonomiske rettsstilling svekkes, er det tale om onder i objektiv forstand. I tillegg er det ingen holdepunkter for at partene deler en avvikende subjektiv fellesforståelse.⁷⁰ Derfor vil utgangspunktet etter skal-varianten være at Peder må straffes.

Derimot er det mulig at straff mot Peder virker åpenbart unyttig. Skadeverket leder neppe til et hevnbehov hos Marte. Tvert imot må vindusknusingen vært ønskelig siden den var nødvendig for å hindre brannutviklingen. Derfor må straffen virke svært lite hevnforebyggende. Samtidig kan øvrige prevensjonsvirkninger ved straffen være uønsket. Borgere som beskytter hverandres økonomiske interesser, kan skape god sameksistens i samfunnet. Straffens allmennpreventive virkninger motvirker slik opptreden og sameksistens. Den samme tankegangen gjelder overfor straffens individualpreventive effekter. Argumentene sammenlagt heller mot at straffen virker åpenbart unyttig, hvilket innebærer at det må gjøres unntak etter skal-varianten.

Til slutt må det bemerkes at virkningen av unntaket er «at man avstår fra å straffe».⁷¹ Følgelig er det tale om et enten/eller-alternativ i form av enten straff eller ingen straff. Det er ikke adgang til å justere straffenivået utfra graden av nyttevirkinger. I tillegg gjelder det for alle onder.

⁶⁷ Eckhoff (1971) s. 184.

⁶⁸ Eckhoff (1971) s. 187, jf. s. 184-185.

⁶⁹ Se punkt 3.1 om begrunnelsen for likevektsprinsippet.

⁷⁰ Se punkt 3.2 for vurderingen av «onder».

⁷¹ Eckhoff (1971) s. 185.

Kan-versjonen nedtoner straffeplikten betraktelig i forhold til skal-varianten. Eckhoff skriver at straffeplikten i kan-versjonen ikke hviler på ideen om at straff er «moralsk nødvendig», men på tanken om at straffegrunnlaget må være «berettiget».⁷² Inntrykket av hans beskrivelser er at denne berettigelsen inntreffer når totalt tre faktorer er til stede. Faktorene oppsummeres slik:

1. Skyldkravet:	Gjerningspersonens ondepåføringer må utføres av «fri vilje», samt ikke preges av «særlig unnskyldende omstendigheter». ⁷³
2. Spesifikasjonskravet:	Uriktigheten av ondet må «spesifiseres [...] på forhånd», enten «direkte til handlingsmannen» eller ved «en generell regel som han har hatt anledning til å gjøre seg kjent med». ⁷⁴
3. Kompetansekravet:	Straffesaken skal bringes inn for straffaktøren av «den som er rammet av ondet» eller «annen autoritet». ⁷⁵

I de neste avsnittene utdypes hver faktor i nummerert rekkefølge.

Skyldkravet utdypes Eckhoff med beskrivelsen om at «bare den som har handlet fritt kan gjøres ansvarlig».⁷⁶ Hva det vil si å «handle fritt» forklares ikke. Rent språklig indikerer det at ondet er et resultat av selvstendige og bevisste valg. Dette forutsetter at gjerningsmannen befinner seg i en situasjon hvor det foreligger flere handlingsvalg. Slike handlingsvalg mangler om personen trues eller tvinges til å utøve f.eks. voldsutøvelser. I disse tilfellene virker det logisk at atferden er et resultat av trussel- eller tvangsutøverens frie valg. Poenget med «fri vilje» må være at den resulterer i objektive under tilknyttet et situasjonsbilde hvor det foreligger flere handlingsvalg.

De «særlig unnskyldende omstendighetene» må være nært forbundet med viljekravet. Muligens siktes det til personlig eller objektive elementer i hendelsesforløpet som innebærer at graden av forbrytervilje er fraværende. For eksempel om ondet påføres i selvforsvar, til forsvar av andre, beskyttelse av materielle verdier eller om utøveren er et barn som ikke forstår følgene av ondet.

⁷² Eckhoff (1971) s. 185.

⁷³ Eckhoff (1971) s. 185-186.

⁷⁴ Eckhoff (1971) s. 172, jf. s. 185.

⁷⁵ Eckhoff (1971) s. 186.

⁷⁶ Eckhoff (1971) s. 185, se fotnote 14 på siden.

Felles for disse er at handlingen utføres med full bevissthet, men uten at det objektive ondet er formålet. I stedet preges handlingen av unnskyldelig uvitenhet (som ved barnet), eller av ønsker om å ivareta andre kjerneverdier som f.eks. kroppslig integritet eller eiendomsrett. Dette preget medfører at graden av forbrytervilje minskes, hvilket må utgjøre det sentrale elementet blant de særlig unnskyldende omstendighetene.

Spesifikasjonskravet er todelt. Den første betingelsen knyttes til «ondene» etter kan-versjonen. Eckhoff forutsetter at handlinger/onder som straffes er «uriktig og straffverdig» blant borgerne i samfunnet.⁷⁷ Dermed avgjør samfunnet hva som betegnes som «onder», noe som avviker fra de tidligere vurderingsmodellene.⁷⁸ Den andre betingelsen relateres til varslingsmåten overfor gjerningspersonen. Som nevnt angir Eckhoff to varslingsmetoder: enten direkteformidling eller ved bruk av generelle regler.⁷⁹ Uavhengig av metoden, oppstilles det krav om at varselet inntrer på forhånd og har slik kvalitet «at man kan si at [ondeutøveren] selv har tatt strafferisikoen».⁸⁰ Poenget til Eckhoff må være at det knyttes et innholds- eller materielt klarhetskrav til forvarset.

Kompetansekravet handler om hvem som har rett til å bringe skyld- og straffespørsmålet inn til straffeaktøren. Alternativene er, som nevnt, fornærmede og «annen autoritet (f.eks. staten)».⁸¹ Selv om dette fremstår som to likeverdige alternativer, synes Eckhoff å være positivt innstilt til staten som innbringelsesaktør. For eksempel påpeker han at staten står i «særstilling» på grunn av dets «økonomiske ressurser», disponible «maktmidler» og «organisasjonsapparat».⁸² Disse egenskapene antar han «øker muligheten for å straffe og reduserer farene for motaksjoner».⁸³ Uttalelsene forstås slik at effekten av prinsippets nyttevirkninger blir sterkere om staten avgjør innbringesspørsmålet. Begrunnelsen henger nok sammen med egenskapene Eckhoff nevner. Essensen må være at staten er bedre rustet til å oppdage, samt effektivt forfølge straffbare onder enn fornærmede. Til tross for Eckhoffs positive holdninger overfor statlig innbringelse, er det ikke grunnlag for å forstå han slik at dette utgjør det eneste alternativet etter kan-versjonen.

⁷⁷ Eckhoff (1971) s. 169-170, jf. s. 185

⁷⁸ Se punkt 3.2 – budskapet er at felles subjektiv forståelse ikke kan brukes etter kan-versjonen.

⁷⁹ Eckhoff (1971) s. 172, jf. s. 185.

⁸⁰ Eckhoff (1971) s. 172, jf. s. 185.

⁸¹ Eckhoff (1971) s. 186.

⁸² Eckhoff (1971) s. 172-173, jf. s. 185.

⁸³ Eckhoff (1971) s. 172-173, jf. s. 185.

3.3.1 Hvilke likhetstrekk finnes mellom «skal-varianten» og strafferetten?

Forrige kapittel inneholder bl.a. Eckhoffs analyser av «skal-varianten». Varianten oppsummert krever at alle onder straffes med mindre straffen virker åpenbart unyttig. Hvorvidt modellen er forsvarlig i rettsanvendelsen beror på om den kan sammenlignes med strafferetten. Vurderingen av dette forutsetter at visse strafferettslige regelsett utpekes og begrunnes.⁸⁴

Det vil være naturlig at skal-varianten og strafferettens materielle vilkår for straff sammenlignes med hverandre. Vilkåret i skal-varianten er «onder», mens strafferetten tradisjonelt sett opererer med fire straffbarhetsvilkår. Til skal-variantens unntaksregel «åpenbart unyttig» kan frafall av straffutmålingen etter straffeloven § 61 være den naturlige kandidateten. Årsaken er at regelen er streng og generelt anvendelig, hvilket ligner unntaksordningen.

a) Er de norske straffbarhetsvilkårene sammenlignbare med skal-variantens «onder»?

Straffbarhetsvilkårene angir krav om objektiv lovovertrødelse, tilstrekkelig utvist skyld, fravær av straffrihetsgrunner og tilregnelighet/skylddevne i gjerningsøyeblikket.⁸⁵ Vilkårene om utvist skyld og lovovertrødelse kan ligne vurderingen av objektive onder i skal-varianten. Årsaken er at det tilhører rettsanvendelsesskikken å behandle disse vilkårene uavhengig av saksforholdet, mens øvrige betingelser kun drøftes om de aktualiseres. Derfor virker det logisk at vurderingen av utgangspunktet etter skal-varianten beror på om handlingen oppfyller straffebudets vilkår på objektivt og subjektivt plan. Dette medfører f.eks. at kraftanstrengelser som ikke tilfredsstillende vilkåret «øver vold» etter straffeloven § 271, heller ikke anses som «onder» i objektiv forstand.

Fritaksreglene er imidlertid ikke forenelig med skal-variantens subjektive fellesskapsforståelse. Straffeloven opererer med flere situasjonsbestemte fritaksgrunner som f.eks. nødverge, nødrett og selvtøkt, jf. straffeloven §§ 17, 18 og 19. Andre eksempler er fritak for seksuell omgang med mindreårige ved jevnbyrdighet i alder og utvikling, samt om heleriutbyttet brukes til underhold, se §§ 308 og 332. Harmoni med skal-varianten forutsetter at samtykke utgjør den eneste måten rettsanvenderen kan fravike det objektive resultatet, hvilket ikke er tilfellet i disse regelsettene.

⁸⁴ Se punkt 1.3.2 om løsningsmetoden for problemstillingen (forsvarlighetsspørsmålet).

⁸⁵ Jf. straffeloven § 14 (objektiv lovovertrødelse), § 21 (utvist skyld/skyldkravet), bl.a. § 17, 18 og 19 (fravær av straffrihetsgrunner som f.eks. nødrett, nødverge og selvtøkt), samt § 20 (tilregnelighet/skylddevne). Se også Ståle Eskeland, *Strafferett*, Oslo 2017 s. 72-73.

Fullstendig harmoni krever i tillegg at samtykke virker universalt frifinnende, noe som ikke er tilfellet i strafferetten. Frifinnelse på grunn av samtykke gjelder kun visse lovbrudd som f.eks. størsteparten av voldslovbrudd og voldtekt, jf. straffeloven § 276, samt indirekte av ordlyden «skaffer seg» i § 291 første ledd bokstav a. Drapssamtykke eller aktiv dødshjelp gir f.eks. ikke grunnlag for frifinnelse.⁸⁶ Poenget er, slik Ståle Eskeland skriver, at samtykke «noen ganger» fritar fra straff.⁸⁷ Av disse grunner må ulikhetene mellom de materielle vilkårene i strafferetten og skal-varianten være større enn likhetene.

b) Er straffeloven § 61 likt skal-variantens unntaksregel om «åpenbart unyttig» straff?

Straffeloven § 61 første ledd, gir domstolen adgang til å idømme straffutmålingsfrfall dersom det foreligger «helt særlige grunner». Vurderingen beror særlig på om straffen medgir «urimelig tilleggsbelastning for lovbrysteren», samt om «straffens formål og virkninger» taler for eller mot denne reaksjonen, jf. annet ledd første punktum.

Bestemmelsen er generelt anvendelig for alle straffbare handlinger, hvilket har likhetstrekk med unntaket i skal-varianten. Samtidig antyder ordene «helt særlige grunner» at vilkåret er strengt, noe som sammenfaller med terskelnivået i «åpenbart unyttig». Forarbeidene støtter tolkningen av det strenge terskelnivået ved at regelen omtales som «svært snever».⁸⁸ Et tredje likhetstrekk finnes i vurderingsmomentet «straffens formål og virkninger». Formålet omtales i forarbeidene som individual- og allmennprevensjon, samt hindring av privat rettshåndhevelse.⁸⁹ Uttalelsene reflekterer samtlige momenter fra likevektsprinsippets begrunnelse, og derfor vurderingstemaet i skal-variantens unntaksregel.

På den annen side illustrerer momentet «urimelig tilleggsbelastning» at bestemmelsen åpner for individuelle faktorer i avveiningen. Forarbeidene angir «alvorlig sykdom» og «dramatiske endringer» i livssituasjonen som eksempler på slike faktorer.⁹⁰ At straffeloven § 61 tillater slike personlige forhold i skjønnsvurderingen avviker fra skal-variantens rammer for hvilke hensyn som aksepteres. Skal-varianten tillater, som nevnt, bare nyttevirkningene i vurderingen.

⁸⁶ Se straffeloven § 276 annet ledd, hvor samtykke til drap/aktiv dødshjelp virker straffeformildende.

⁸⁷ Eskeland (2017) s. 277.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 458.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 6.3.2, 6.3.3 og 6.3.4 (s. 78-80)

⁹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 458.

I tillegg er rettsvirkningene mellom regelsettene ulike. Som nevnt tidligere fungerer unntaket i skal-varianten som et enten/eller-alternativ, enten straff eller ingen straff, men utmålingsfrfall er betegnet som straff, jf. straffeloven § 30 første ledd bokstav b. Faktisk påpeker departementet uttrykkelig at den «som får straffutmålingsfrfall, er skyldig».⁹¹ Harmoni krever at straffrafallet virker frifinnende, noe departementet avviste under lovforberedelsen. De begrunnet dette med at frifinnelse ville «viske ut grensen mellom straffbare og straffrie handlinger».⁹² Når dette ses i sammenheng med skal-variantens unntak, fremstår utsagnet som et kulturelt avvisende syn på unntaksregelen. Argumentene samlet tyder på at ulikhetene overgår likhetene.

3.3.2 Er «kan-versjonen» forenelig med strafferetten?

Plikten etter kan-versjonen oppsummeres med et krav om berettiget straffegrunnlag. Berettiget straff inntreer når skyld-, spesifikasjons- og kompetansekravet er oppfylt.⁹³ På samme måte som ovenfor må disse kunne sammenlignes med relevante regler i straffelovgivningen før de anses legitime.

Kravet om fri vilje vil undersøkes i lys av skyldprinsippet i straffeloven § 21. Blant de særlige unnskyldningsgrunnene kan flere regler være aktuelle. Ifølge forarbeidene kjennetegnes disse av at «handlingen lates straffri uten at [den] anses rettmessig».⁹⁴ Eksempler er narkotikabruk i utpekte sprøyterom, ulovlig politiprovokasjon, rettsvillfarelse, samt jevnbyrdighet i utviklingen og alderen.⁹⁵ Slikt sett er strafferetten utvilsomt influert av frifinnende unnskyldningsgrunner, hvilket medfører at det ikke er nødvendig for temaet å gjennomgå alle reglene. I stedet vil nødvergeregelen i § 18 brukes til å belyse noen sentrale trekk ved unnskyldningsgrunnene.

Spesifikasjonskravet vil sammenlignes med lovkravet i Grunnloven § 96 og straffeloven § 14. Ved at kompetansekravet har prosessuelle trekk er straffeprosessloven⁹⁶ relevant. De aktuelle reglene for innbringelsen av straffesaken er straffeprosessloven §§ 63 og 402. I det følgende vil hvert tema behandles i gjennomgått rekkefølge. Først behandles skyldprinsippet.

⁹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 458.

⁹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 110.

⁹³ Se punkt 3.3 om Eckhoffs beskrivelser av kan-versjonen.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 66.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 66 og Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 138 og s. 299.

⁹⁶ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

a) Kan skyldprinsippet sammenlignes eller forstås som et krav om utøvelse av fri vilje?

Ifølge straffeloven § 21 første punktum straffes «bare forsettlig lovbrudd» med mindre «annet er bestemt». En slik annen regulering er bl.a. uaktsomhet etter straffeloven § 23.

Språklig sett kan forsett og uaktsomhet sammenlignes med utøvelse av fri vilje. Begge formene refererer til bevisste handlingsvalg, hvor forskjellen ligger i graden av viljens tilknytninger til handlingen og dens følger. Forsett representerer skyldformen med sterkest grad av tilknytning, eller utgjør det «klarest uttrykket for en bevisst lovovertrødelse», slik forarbeidene bemerker.⁹⁷ Uaktsomhet har lavere tilknytningsgrad, hvor kjernen ifølge forarbeidene er at vedkommende «har forsømt seg på en klanderverdig måte».⁹⁸ Budskapet er at begge alternativene uttrykker et krav om frie og selvstendige valg på samme måte som kan-versjonens skyldkrav. Som Eskeland påpeker knyttes ulikheten til at forsett «bare er en grovere skyldform enn uaktsomhet».⁹⁹ For å illustrere likhetstrekkene med fri vilje kan vi tenke oss følgende eksempel:

- Peder kjører på Marte med bilen sin, slik at hun blir skadet.

Om Peder festet blikket på Marte og tråkket gasspedalen i bunn, er viljen fremtredende. Skaden hennes er et direkte resultat av Peders bevisste handlingsvalg. Han siktet seg inn, økte farten på bilen og traff Marte som planlagt. Viljeutøvelsen ligner et hensikts- eller intensjonsforsett etter straffeloven § 22 første ledd bokstav a. Det frie valget handler om at Peder velger å skade Marte foran unnløtelse. Skyldsituasjonen endres om påkjørselen skyldtes at Peder fiklet med radioen. Martes skade vil da være et indirekte resultat av Peders vilje. I stedet for å holde synet på veien, velger han å rette oppmerksomheten mot radioen. Handlingsvalget faller på uforsiktighet foran forsiktighet, hvilket kan være kritikk- eller klanderverdig på grunn av trafikkens farepotensial.

Likheten med kan-versjonens viljekrav ligger i at begge skyldformene reflekterer handlingsvalg i situasjonstilfeller hvor det foreligger flere alternativer. Noen alternativer representerer forsett, andre er uaktsom, og enkelte er ikke kritikkverdige. Uavhengig av dette forutsetter skyldformene at gjerningspersonen utøver fri vilje. Ettersom viljeutøvelsen er et materielt straffbarhetsvilkår, kan skyldprinsippet i § 21 sammenlignes og forstås som et krav om utøvelse av fri vilje.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111.

⁹⁹ Eskeland (2017) s. 290.

b) På hvilken måte uttrykker nødvergeregelen en særlig unnskyldende omstendighet?

Nødverge etter straffeloven § 18 forutsetter at følgende tre vilkår er oppfylt: Handlingen brukes til «å avverge et ulovlig angrep», den går ikke «lengre enn nødvendig» og ikke utover hva som anses «åpenbart [...] forsvarlig», jf. første ledd bokstav a til c. Hvert vilkår bidrar med å tilføre handlingen et unnskyldelig preg, men først når alle oppfylles blir preget *særlig* unnskyldende.

Det første uskyldspreget ligger i vilkåret «avverge et ulovlig angrep». Rent språklig medfører dette at handlingen brukes til å stanse eller hindre andre interessekrenkelsener. Disse interessene kan være «private og offentlige», såfremt de er «rettsbeskyttet», ifølge forarbeidene.¹⁰⁰ Dermed er det tale om verdier som samfunnet anser beskyttelsesverdige. For eksempel kan dette utgjøre trafiksikkerhets- eller samfunnsikkerhetshensyn, helse eller frihetsinteresser. Handlinger som ivaretar slike verdier, får et unnskyldende preg. Begrunnelsen for dette ligger i handlingsmålet. Hvis voldshandlinger brukes til å f.eks. stoppe noen fra å begå selvmord, kjøre bil i ruspåvirket tilstand eller skade eiendom, vil formålet med handlingen ikke være volden i seg selv. I stedet preges formålet med voldsutøvelsen av å sikre samfunnsverdier som fysisk integritet, eiendom eller hensynet til trafiksikkerheten.

Et ytterligere uskyldselement er i vilkåret «nødvendig». Ordet viser at den lempeligste metoden for avvergelse må velges. Med dette mener lovgiver at om f.eks. skudd i foten er nok til å stanse interessekrenkelsen, vil skudd i hodet være unødvendig.¹⁰¹ Ved at personen ikke tillates å gå lengre i sitt rettsbrudd enn det som er påkrevd for å stoppe krenkelsen, vil handlingsformålet forsterkes. Igjen fremhever dette unnskyldeligheten ved atferden.

Høyesterettssaken i HR-2019-642-U kan illustrere poenget ovenfor. I saken hadde et slagsmål endt med at fornærmede ble knivstukket fire ganger i låret av tiltalte. Et av spørsmålene var om knivstikkingen var «nødvendig» for å avverge slåsskampen. Høyesterett avviser dette og viser til at tiltalte bl.a. kunne «ropt om hjelp», «sparket» eller «vridde seg løs», jf. avsnitt 18. Poenget er at alternativene illustrerer lempeligere måter for kampavvikling. Siden tiltalte ikke velger en av disse, får handlingen preg av «vold for voldens skyld» og ikke beskyttelse av egen integritet. Formålsendringen leder til at graden av uskyldighet minkes, mens forbrytertiljen økes.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 419.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420.

Det siste uskyldsaspektet er i vilkåret «åpenbart [...] forsvarlig». Formuleringen reflekterer et moralsk syn om at visse interessekrenkelsener ikke aksepteres selv om handlingen har aktverdige formål, samt er nødvendig. I forarbeidene omtales vurderingen som «etisk».¹⁰² Essensen i dette må være at moralverdien av krenkelsene ved nødvergehandlingen sammenlignes med verdien som beskyttes av handlingen. Vurderingen kan illustreres med følgende eksempel:

- En jeger ser at en annen jeger er i ferd med å skyte truede fuglearter. Eneste måte å stanse fuglefelling på, er ved å skyte jegeren.

Eksemplets moralske verdier er menneskelivet versus hensynet til dyrevelferden/naturmiljøet. Å tillate drap til fordel for dyrevelferden virker åpenbart uforsvarlig. Menneskelivet anses som «det høyeste rettsgodet vår rettsorden beskytter» ifølge forarbeidene.¹⁰³ Ved å akseptere at disse tilfellene går straffritt, degraderes livet som moralsk ideal, noe som neppe er rettsstaten verdig. Det unnskyldende ligger derfor i ideen om at handlingen ikke må skade spesielt viktige verdier.

Oppsummert har nødvergeregelen illustrert tre trekk som gjør handlingen *særlig* unnskyldende. Først må handlingen motiveres av aktverdige formål. Samtidig må handlingsalternativet utgjøre den lempeligste måten for å ivareta formålet. Til sist kan krenkelsene ikke gå på bekostning av svært viktige samfunns- eller rettsstatsverdier.

c) Kan det strafferettslige lovkravet sammenlignes med spesifikasjonskravet i kan-versjonen?

Spesifikasjonskravet handler om at straffbarheten må aksepteres av samfunnet, forhåndsvarsles til gjerningspersonen direkte eller i generelle regler, samt oppfylle visse klarhetskrav.¹⁰⁴ Mange av disse faktorene kan gjenfinnes i Grunnloven § 96 og straffeloven § 14 første ledd. Reglene bestemmer at straffbare overtredelser må følge av «lov». Lover er generelt utformet og godkjent indirekte av folket, jf. Grunnloven § 49 første ledd.¹⁰⁵ I tillegg utfylles lovkravet av Grunnloven § 97 som beskriver at ingen lover «må gis tilbakevirkende kraft».¹⁰⁶ Disse harmonerer med kan-versjonens krav om samfunnsaksept og forhåndsvarsling ved generelle regler.

¹⁰² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420.

¹⁰³ Prop. 96 L (2013-2014) s. 10.

¹⁰⁴ Se punkt 3.3 om Eckhoffs beskrivelser av kan-versjonens spesifikasjonskrav.

¹⁰⁵ Jf. også Mæhle & Aarli (2017) s. 69 flg. om lovens generalitet.

¹⁰⁶ Tilbakevirkningsforbudet er absolutt på strafferettens område, se Rt. 2010 s. 1445 avsnitt 81 flg.

Kan-versjonens klarhetskrav er også sporbart i lovkravet. Klarhetskravet følger ikke direkte av grunnlovs- eller straffelovsteksten, men innfortolkes av Høyesterett i bl.a. Rt. 2009 s. 780. Der uttaler retten at lovbruddet må være «klart definert ved rettsregler» slik at «det i de fleste tilfeller ikke er tvil om [at] handlingen omfattes», jf. avsnitt 21. Uttalelsen knyttes til EMK, men senere i Rt. 2014 s. 238 påpeker Høyesterett at «samme krav til klarhet» gjelder for legalitetsprinsippet, se avsnitt 18. Dermed bygger lovkravet og kan-versjonen på samme forutberegnelighetshensyn. Essensen i begge regelsettene er at straffebudet må utformes på en slik måte at borgerne evner å forstå innholdet, samt skille mellom straffbare og straffrie handlinger.

Forskjellen med kan-versjonen er at verken Grunnloven eller straffeloven åpner for alternative varslingsmetoder som f.eks. direkteformidling ovenfor gjerningspersonen. Ifølge forarbeidene er kravet om lovhjemmel «essensen» i bestemmelsene.¹⁰⁷ Til tross for at ulikheten innebærer et avvik fra kan-versjonen, er det likevel ikke avgjørende. Kan-versjonen bygger på at formidling og generelle regler utgjør to likeverdige alternativer. Av den grunn kan lovkravet sies å funderes på valget av generelle regler foran direkteformidling. Samlet synes legalitetsprinsippet å inneha større likheter med kan-versjonen enn ulikheter.

d) Er straffeprosessloven §§ 63 og 402 forenelig med kan-versjonens kompetansekrav?

Kompetansekravet krever at straffesaken bringes inn for straffaktøren av autoritetsfigurer eller fornærmede.¹⁰⁸ Domstolens eller straffaktørens kompetanse til å avgjøre straffesaker reguleres hovedsakelig av straffeprosessloven § 63 første ledd. Lovregelen beskriver at retten «bare» trer i kraft ved «begjæring av en påtaleberettiget». Påtaleberettigede defineres i straffeprosessloven § 55 a nr. 1 til 4, men essensen i denne forbindelsen er at de tjenestegjør i politiet. Politiet hører til staten, hvilket innebærer at de anses som autoriteter i lys av kan-versjonen.

Kan-versjonens andre innbringelsesalternativ er sporbart i straffeprosessloven § 402. Regelen gir fornærmede en viss adgang til å bringe private straffesaker inn for domstolen, men adgangen er begrenset. Begrensningen handler hovedsakelig om at saken «ikke påtales av det offentlige», jf. første ledd nr. 1 til 3. Ordene viser at påtalemyndigheten utgjør primæraktøren i spørsmålet om straffesaken skal bringes inn for pådømmelse, mens fornærmede er sekundær.

¹⁰⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 128.

¹⁰⁸ Se punkt 3.3 om Eckhoffs beskrivelser av kan-versjonens kompetansekrav.

Antakelig har dette sammenheng med at norsk strafferettstradisjon bygger på ideen om at straff er et rettsforhold mellom staten og tiltalte. Fornærmede er underordnet, og i utredningen av den nye straffeloven foreslår kommisjonen å oppheve ordningen med private straffesaker. Årsaken er at fornærmede «gjerne [har] problemer med å vurdere straffesaken på en like nøktern måte som påtalemyndigheten». ¹⁰⁹ Departementet utsatte forslaget og i skrivende stund er spørsmålet fortsatt ikke behandlet. ¹¹⁰

Prosessrettens syn på fornærmedes innbringelsesadgang er ikke forenelig med kan-versjonens likeverdige syn på kompetanseaktørene. Fornærmede og autoritetene er imidlertid alternativer etter kan-versjonen, hvilket medfører at ulikheten ikke er avgjørende. På samme måte som etter lovkravet, bygger prosesslovgivningen på valget av staten foran fornærmede. Av disse grunner må likheten med kan-versjonen være større enn ulikheten.

3.3.3 Avsluttende evaluering – hvilken versjon representerer strafferetten best?

Likhetene og ulikhetene mellom likevektsprinsippets to pliktversjoner og strafferetten danner grunnlaget for drøftelsen i denne delen.

Gjennomgangen av skal-varianten viste flere likhetstrekk mellom straffbarhetsbetingelsene og vurderingen av objektive onder. Fraværet av subjektive fellesskapsstandarder illustrerte likevel at de materielle vilkårene for straff er ulike. Hovedsakelig begrunnes dette av at samtykke ikke utgjør en universal frifinnelsesgrunn i strafferetten. Unntaket fra straffeplikten hadde også flere likheter med straffeloven § 61. Ulikheten mellom rettsvirkningene innebar imidlertid at kjernen i skal-variantens unntak ikke forankres i lovregelen. Ettersom disse to sentrale trekkene ikke er sporbare i straffelovgivningen, må konklusjonen være at skal-varianten er uforsvarlig.

Kan-versjonen hadde usedvanlig mange likhetstrekk med straffeloven og straffeprosessloven. De eneste ulikhetene var fraværet av direkteformidling under spesifikasjonskravet, samt snever adgang for fornærmede til å bringe saken inn for straffaktøren under kompetansekravet. Siden forskjellene ikke representerer noen graverende ulikhet med kan-versjonen, må konklusjonen være at denne er mest representativ for strafferetten. Av disse grunner vil flere deler av Eckhoffs analyser om likevektsprinsippets pliktdel utgjøre forsvarlige hensyn i strafferettsanvendelsen.

¹⁰⁹ NOU 2002:4 Ny straffelov s. 188.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 18 – per 19. april 2022 er spørsmålet fortsatt ikke behandlet.

3.4 Innholdsdelen: prinsippets straffutmålingsnorm om moralsk likevekt

Innholdsdelen vises i delformulering «på slik måte og i slik utstrekning at det skapes likevekt». Dette knyttes til straffespørsmålet; ikke skyldspørsmålet.¹¹¹ Gjennomgangen i dette kapitlet vil angå tre temaer tilknyttet likevektsideen om moralsk likevekt. Først vil *Eckhoffs beskrivelser* av denne gjennomgås. Deretter vil de *praktiske problemene* med likevektsideen belyses. Til sist presenteres og evalueres rettskilden *allmenne rettsfølelser* som mulig løsning på problemene.

Eckhoff beskriver vurderingstemaet i konseptet moralsk likevekt, slik: «straffens strenghet må ikke stå i misforhold til handlingens grovhet».¹¹² Definisjonen er vag og temmelig intetsigende. Han avklarer eksempelvis ikke hvordan strenge straffer skal skilles fra milde, eventuelt hvordan grove handlinger separeres fra bagateller. Derimot er det mulig at likevektsideen ikke er ment å utgjøre et selvstendig argument i strafferettsanvendelsen. I stedet synes den å fungere som et overordnet rammeverk til straffespørsmålets skjønnsutøvelse.

Rammeverkets retningslinjer kan forklares gjennom Eckhoffs interne partsfokus i vurderingen av moralsk likevekt. Han orienterer særlig rundt «personorienterte rettferdighetsoppfatninger», samt hensynene til «den ene eller den annen eller begge parter i [utvekslings]forholdet».¹¹³ Av den grunn fremstår det som Eckhoff avgrenser hensynene i straffutmålingen til interessene med tilknytning til utvekslingsaktørene (dvs. fornærmede eller tiltalte). I praktisk kontekst innebærer dette at hensynet til f.eks. skadeomfanget anerkjennes, men ikke allmennprevensjonen. Årsaken til dette er at ondets skadeomfang kan kobles til fornærmede, men straffens etterfølgende virkninger har ingen nødvendig sammenheng med partene i utvekslingsforholdet.¹¹⁴

Eckhoff tilføyer riktignok at allmennprevensjonen tjener som «begrunnelse for at [straffe]retten benyttes».¹¹⁵ Strukturelt må dette plasseres under likevektsprinsippets pliktdel. Dette medfører at prevensjonen virker som hvilende hensyn eller passive forutsetninger for at straffen oppnår samfunnsmessig aksept etter kan-versjonen. Straffens avskrekkende effekter fungerer altså som naturlige sidevirkninger, og ikke som operative straffutmålingshensyn etter likevektsprinsippet.

¹¹¹ Punkt 2.2.2: straffespørsmålet handler om hvor streng straffen skal være, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 58.

¹¹² Eckhoff (1971) s. 38, jf. også s. 186-188. Se også punkt 2.2.2.

¹¹³ Eckhoff (1971) s. 51, jf. s. 188-189.

¹¹⁴ Jeg kommer tilbake til dette senere under punkt 3.4.1.

¹¹⁵ Eckhoff (1971) s. 185.

Å indikere et slikt partsintimt rammeverk rundt det moralske vurderingstemaet er ikke særskilt for Eckhoff. Et lignende syn kan gjenfinnes hos flere eldre gjengjeldelsesteoretikere som f.eks. Aristoteles (384–322 fvt.) og George C. Homans. Eckhoff er imidlertid åpen om at teorien hans har sterke likhetstrekk med disse teoriene, men mener «likheten er størst» med Aristoteles verk, *Nikomakiske etikk (bok V)*.¹¹⁶ Siden Aristoteles er normativ kommer det partsintime fokuset i vurderingen sterkere til uttrykk enn hos Eckhoff. Aristoteles mener straffen etter likevektsideen (som han kaller utvekslingsrettferdighet) gjenoppretter uretten mellom gjerningsmannen og den krenkende:¹¹⁷

«For hvis den ene har slått og den andre har blitt slått, eller hvis den ene er drept og den andre er blitt drept, er lidelsen og handlingen ulikt fordelt, mens dommeren forsøker å utligne ulikheten ved hjelp av straffen ved å frata gjerningsmannen hans vinning».¹¹⁸

Bortsett fra skjønnsrammene i vurderingstemaet viser sammenkoblingen mellom verkene til Eckhoff og Aristoteles et annet viktig trekk. Utviklings- eller primærfundamentet til Eckhoffs teori om likevektsrettferdighet hviler på gjengjeldelseslæren. Gjengjeldelsesteorien handler om at straffen skal fastsettes etter hva handlingen fortjener.¹¹⁹ Tatt utmålingsnormen i betraktning medfører det at straffen skal være et direkte resultat av handlingens moralske klanderverdighet. Eckhoff skriver aldri eksplisitt at teorien baseres på gjengjeldelseslæren, men koblingen med Aristoteles og den utpregede bruken av ordene «gjengjelder», samt «gjengjeldelse» i likevektsprinsippene, gir avgjørende indikasjoner på at det er tilfellet.¹²⁰

Problemet med «moral» som målestokk i straffutmålingen er mangelen på objektive systemer som fastslår verdiforholdet mellom handlingen og straffen. Uten dette systemet er det tilnærmet umulig å vite for sikkert om straffenivået er moralsk likeverdig med handlingen. Årsaken er at strafferettslig argumentasjon med vurderingstemaet forutsetter at disse komponentene tillegges en form for «moralsk verdi» eller «moralsk valuta».

¹¹⁶ Eckhoff (1971) s. 38.

¹¹⁷ Aristoteles (384–322 fvt.), *Den Nikomakiske etikk*, Vidarforlaget 2013 s. 130-131. Oversatt utgave av Anfinn Stigen og Øyvind Rabbås.

¹¹⁸ Aristoteles (2013) s. 131.

¹¹⁹ Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Universitetsforlaget 1996 s. 19.

¹²⁰ Se bl.a. Eckhoff (1971) s. 38-39 («gjengjeldelse»), s. 59 («gjengjeldes»), s. 95 («gjengjeldelsesprinsippet») og s. 148 («personlig gjengjeldelse»).

Til illustrasjon kan vi tenke på tallenheten *penge*. Dersom to parter bytter f.eks. campingvogn mot hus, er det fullt mulig å finne ut om byttehandelen er økonomisk likeverdig eller ikke. Dette forutsetter kun at varene prises. Hvis både huset og campingvognen er verdt 50 000 kroner vil det være likevekt, men ikke om huset er verdt 30 000 kroner og campingvognen 40 000 kroner. Altså er det pengeenheten som muliggjør vurderingen av likevekt i kontraktsforhold.¹²¹

Når ordene: «campingvogn og hus» byttes ut med «handling og straff», og at målestokken endres til moral, oppstår kjerneproblemet. Hvordan skal man vite om f.eks. fem, seks, eller syv år i fengsel er moralsk likeverdig med voldtekt hvis selve måleenheten mangler? Det blir som å forby pengeenheten i bytteforhold, men samtidig kreve at rettsanvenderen skal ta stilling til om godene er økonomisk likeverdig eller ikke. Vurderingen vil ende opp med til dels grunnløse påstander om at huset er verdt «mer», «like mye» eller «for lite» i forhold til campingvognen. Poenget er at den moralske likevekten mangler måleenheten som pengene representerer i kjøps- og salgsforhold.

Eckhoff presenterer ingen måleenhet, men begrenser seg til utsagnet om at «de verdiskalaer [...] er vanskelig å angi positivt».¹²² Han forsøker likevel å inkludere vurderingstemaet gjennom et kompensasjonstiltak. Tiltaket handler om at kun «de klare avvikelser fra det passende» leder til at forholdet mellom handlingen og straffen er urettferdig.¹²³

Beskrivelsen av det klare avviket er neppe noen fullgod løsning. Eckhoff avklarer eksempelvis ikke terskelen i formuleringen «klart», eller hvordan den skiller fra moderate eller milde avvik. Uten konkrete innholdsbeskrivelser kan juristen sikkert påstå at hvilket som helst straffenivå er klart avvikende fra handlingens grovhet. I tillegg lider avviksvurderingen av et kontroversielt trekk. Eckhoff antar avviket fører til at rettsanvenderen «føler seg [...] på sikker grunn».¹²⁴ Ved å tillate følelser i strafferettsanvendelsen økes risikoen for vilkårlige straffutmålinger. Årsaken er at dommerens følelser vil variere med hans personlighet, bakgrunn, kultur og miljø. Derimot finnes det neppe noen perfekt løsning – kanskje dommerens følelser er det eneste alternativet?

¹²¹ Eksemplet er inspirert av Eckhoffs likevektsprinsipp innenfor byttehandelen, hvor det opereres med økonomiske målestokker i likevektsvurderingen, se Eckhoff (1971) s. 38-39, jf. også s. 94 flg.

¹²² Eckhoff (1971) s. 188.

¹²³ Eckhoff (1971) s. 188.

¹²⁴ Eckhoff (1971) s. 188.

Allmenne rettsfølelser kan avhjelpe noe av problemet rundt den moralske målestokken, og da særlig føleriene tilknyttet denne. Rettsfølelsene kan defineres som kollektive verdiforestillinger eller samfunnssyn med bred oppslutning blant borgerne.¹²⁵ Denne rettskilden presenteres aldri direkte av Eckhoff, men et eksempel tilknyttet avviksregelen antyder dens eksistens. Han antar «de fleste her i landet» får «umiddelbare følelser» om at seks fengsels måneder er «alt for strengt for feilparkering, og for mild straff for overlagt drap».¹²⁶ Nøkkelordene for min antakelse ligger i sitatene «de fleste» og «umiddelbare følelser». Samlet tyder de på allmenne rettsfølelser.

Å utfylle målestokken med rettsfølelsene kan være hensiktsmessig av flere grunner. Den første grunnen er at det bidrar til å gi vurderingen et objektivt innslag, noe som reduserer risikoen for vilkårlig straffutmåling. For det andre sikrer det demokratiske idealer ettersom folkemajoriteten deltar indirekte i straffespørsmålet. Endelig kan det fremme forutberegnelighetshensynet, samt virke prosessbesparende. For eksempel om rettsfølelsene krever at kroppsskadene skal straffes med to år i fengsel, vil utmålingsvurderingen være enkel og forutsigbar. Disse argumentene kan sammenfattes til demokrati-, effektivitets- og forutberegnelighetshensyn, samt hensyn til å unngå vilkårlig rettsanvendelse. Samlet taler de for at rettsfølelsene kan tjene som målestokk.

Koblingen mellom rettsfølelser og moralsk likevekt er neppe kontroversielt. I delutredningen til straffeloven argumenterer Straffelovkommisjonen for at rettsoppfatningene har «helt sentral betydning» om utmålingen baseres på «rettferdighets- og straffverdighetshensyn».¹²⁷ Dette gir normativt kildegrunnlag for å påstå at rettsfølelsene bør veie særdeles tungt om utmålingen skal følge likevektsprinsippet – eller normen om moralsk likevekt.

Hovedutfordringen ved praktisk bruk av rettsfølelsene er kildeforankringen. Verken Blandhol eller Skoghøy anser rettsfølelsene som legitime rettskilder med mindre de «lar seg påvise».¹²⁸ Synet deles av kommisjonen som mener juristen ikke må «falle for fristelsen [av] å identifisere sin egen følelse med den alminnelige».¹²⁹ Verkene viser at det gjelder et rettskildeprinsipp som krever at innholdet i rettsfølelsene må følge av pålitelige kilder. Dette har gode grunner for seg.

¹²⁵ Se f.eks. Skoghøy (2018) s. 225 som bygger på en lignende innholdsforståelse av allmenne rettsfølelser.

¹²⁶ Eckhoff (1971) s. 188.

¹²⁷ NOU 2002:4 Ny straffelov s. 127.

¹²⁸ Blandhol (2013) s. 28 og Skoghøy (2018) s. 225. Sitatet er hentet fra Blandhol, men Skoghøy deler hans syn.

¹²⁹ NOU 2002:4 Ny straffelov s. 127.

Uten rettskildeprinsippet kan juristen sikkert mene at hva som helst baseres på rettsfølelser, noe som tilsier at vilkårlighetsfaren inntreffer for fullt. I tillegg kan grunnløse påstander om at straffen bygger på disse følelsene føre til uforutsigbar rettsanvendelse. Årsaken er at hvorvidt påstanden samsvarer med rettsfølelsene eller ikke, beror på ren flaks. Poenget er at rettskildeprinsippet i stor grad sikrer realitetene av hensynene som taler for at rettsfølelsene er hensiktsmessige.¹³⁰ Derfor fungerer kildekravet som et nødvendig supplement til allmenne verdiopfatninger.

Et eksempel på pålitelig kildegrunnlag er loven. Rettsfølelser med direkteforankring i loven har derimot liten praktisk betydning. I slike tilfeller vil antakelig rettsanvenderen bygge drøftelsen direkte på lovteksten, og ikke bruke den som avledet kilde til rettsfølelsene. Samtidig er lovens strafferammer normalt skjønnsmessig utformet, hvilket tilsier at den sjeldent er til særlig hjelp i saksrelaterte straffespørsmål. Derfor vil det praktiske spørsmålet være hvordan rettsfølelsene, utenfor tilfellene av direkte lovreguleringer, kan forankres i pålitelige kilder.

Mange kildetyper kan være aktuelle, f.eks. forarbeider, etterarbeider eller sedvaner. I de neste avsnittene vil jeg rette oppmerksomheten mot to høyesterettssaker. Dommene vil analyseres, hvor formålet er å vise hvordan indirekte lovgiverutsagn, uklare forarbeider og annet materiale kan danne kildegrunnlag for allmenne rettsfølelser.

Den første saken er Rt. 2009 s. 1336 («plea bargaining»). Rettsfølelsene i saken synes å være forankret i indirekte lovgiverutsagn i kombinasjon med uklare forarbeider. Faktumet i saken gjaldt en avtale mellom påtalemyndigheten og tiltalte, hvor sistnevnte var forpliktet til å tilstå mot at politiet nedla mildere straffepåstand. Spørsmålet gjaldt om retten var forpliktet til å legge straffeformildende vekt på slike avtaler.¹³¹ Høyesterett konkluderer med at retten «står fritt» i forhold til påtalemaktens straffepåstander. I begrunnelsen viser retten til at slike forhåndstilsagn strider med bl.a. «norske rettsprinsipper».¹³²

Uttalelsene forstås som et uttrykk for allmenne rettsfølelser. Begrunnelsen til Høyesterett forankres primært i to rettskildetyper. Det første er regelen om uforbeholdne tilståelser i 1902-straffeloven § 59 annet ledd, som tilsvarende § 78 bokstav f i gjeldende straffelov.

¹³⁰ Se avsnittet ovenfor om vilkårlighets-, demokrati, forutberegnelighets- og effektivitetshensynet.

¹³¹ Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 10.

¹³² Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 28, jf. avsnitt 19.

Med grunnlag i denne uttaler Høyesterett at det ikke «finnes holdepunkter for at lovgiverne [...] ved § 59 tok sikte på å åpne for plea bargaining». I tillegg kan avtalene fungere som «et uheldig pressmiddel overfor en siktet som faktisk er uskyldig, men som er redd for ikke å bli trodd».¹³³

Poenget til Høyesterett må være at ordlyden i § 59 kan tas som et indirekte uttrykk fra lovgiver, og derfor folkeflertallet, om at slike avtaler ikke aksepteres. Rent lovteknisk ligger avvisningen i at tilståelsen må være «uforbeholden».¹³⁴ Uttrykket «uforbeholden» sikter til oppriktighet eller at noe gjelder ubetinget. Hvis tilståelsen gis som følge av lovnad om mildere straffepåstand vil den ikke være ubetinget, men betinget. I tillegg må ubetingede tilståelser være mer betryggende for bevissituasjonen enn betingede tilståelser. Uforbeholdenheten ivaretar følgelig hensynet til den materielle sannheten bedre enn tilståelser som utløses av press. Mer presist må budskapet til Høyesterett være at lovgiver, ved å kreve at tilståelsen er «uforbeholden», avviser at avtaler eller betingende tilståelser aksepteres etter norsk rettskultur.

Domstolens andre begrunnelsesdel består av et tidligere høringsnotat som behandles i kontekst med forarbeidene. I notatet foreslo påtalemyndigheten innføring av slike avtaler, men forslaget møtte «betydelig motstand» fra bl.a. Advokatforeningen.¹³⁵ Departementet tok ikke stilling til forslaget, men utsatte det.¹³⁶ Derfor mener retten at avtalene leder til «prinsipiell nydannelse», noe som «ikke [bør] innføres uten lovvedtak».¹³⁷

Fremleggelsen for departementet, samt deres etterfølgende passivitet, tyder på at disse avtalene hviler på et uklart kildegrunnlag. Denne uklarheten kan tas til inntekt for at rettsfølelsene i favør av avtalene mangler et pålitelig kildegrunnlag. Hvis avtalen aksepteres uten sikre holdepunkter, risikerer domstolen å danne et nytt strafferabattsystem som potensielt strider med rettsfølelsene. I tillegg synes notatene å støtte eller bekrefte utgangspunktet om at lovgiver er skeptisk til disse avtalene, jf. betraktningene ovenfor om 1902-straffeloven § 59. Derfor må det tryggeste svaret være å avslå avtalene som stridene med «norske rettsprinsipper»/rettsfølelsene.¹³⁸

¹³³ Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 20, jf. avsnitt 21. Sitatene er fra mindretallet i Rt. 2007 s. 616, men Høyesterett slutter seg til mindretallets betraktninger.

¹³⁴ Jf. 1902-straffeloven § 59 annet ledd.

¹³⁵ Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 27, jf. også Ot.prp. nr. 13 (2008-2009) s. 3

¹³⁶ Ot.prp. nr. 13 (2008-2009) s. 3: «kjem departementet attende til i ein seinare proposisjon».

¹³⁷ Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 26.

¹³⁸ Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 28, jf. avsnitt 19.

Den andre saken er HR-2021-1469-U. Kildene til rettsfølelsene i denne saken er ikke-vedtatte lovforslag i kombinasjon med lovgivers etterfølgende opptreden. Saken gjaldt en rusmisbruker som fikk 54 dager ubetinget fengsel av tingretten for narkotikabruk og -besittelse. Tiltalte anket, men ble avvist av lagmannsretten som ikke kunne se hvordan straffenivået ville bli annerledes.

Høyesterett opphever avvisningsavgjørelsen. I begrunnelsen viser Høyesterett til «det rådende synet i dag på straffereaksjoner for rusavhengig», samt påpeker at lagmannsretten må ta hensyn til dette i straffutmålingen.¹³⁹ Uttalelsen «det rådende synet», reflekterer allmenne rettsfølelser.

Kildegrunnlaget for rettsfølelsene utdypes ikke. Likevel er det innlysende at Høyesterett sikter til forslaget fra Rusreformutvalget og Stortingets voteringer av dette. Utvalget foreslo at mindre narkotikalovbrudd skulle avkriminaliseres og møtes med helsetiltak.¹⁴⁰ Forslaget fikk gehør av departementet, som fremmet det for Stortinget.¹⁴¹ Avkriminaliseringen oppnådde ikke flertall, men stortingsflertallet var enig i at tunge rusmisbrukere ikke burde straffes. Derimot mente de at det var vanskelig å skille mellom straff mot noen og ikke alle, for samme handling.¹⁴² Kildene viser at synet på rusavhengige har mildnet blant de folkevalgte. Det tilsier at rettsfølelsene rundt straffverdigheten av rusmisbruk er endret i straffeformildende retning. Å bygge straffen på eldre høyesterettspraksis, slik ting- og lagmannsretten gjorde, reflekterer en utdatert verdiforestilling som ikke er forenelig med dagens allmenne rettsfølelser. I stedet må straffen reduseres i forhold til de tidligere høyesterettsdommene, hvilket må utgjøre begrunnelsen for opphevelsen i saken.

Disse to høyesterettssakene kan gi inspirasjon rundt hvordan kildegrunnlaget for rettsfølelsene kan etableres. Enkelte retningslinjer kan være å bruke tilgrensede lovregler, samt avdekking av reglenes underliggende verdiforestillinger/hensyn. Gjennomgangen av den første saken tjener som eksempel på hvordan dette kan gjøres i praksis. I tillegg bør rettsanvenderen følge med på politiske samfunnssvingninger. Slik saken ovenfor illustrerer, kan politiske kursendringer føre til produksjon av pålitelige dokumenter som uttrykker rettsfølelser. Hvis dommerne i ting- og lagmannsretten hadde fått med seg syssendringen på rusavhengige kunne saken vært unngått.

¹³⁹ HR-2021-1469-U avsnitt 17.

¹⁴⁰ NOU 2019:26 Rusreform – fra straff til hjelp (Rusreformutvalget) s. 373-376.

¹⁴¹ Prop. 92 L (2020-2021) Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og straffeloven m.m. (rusreform – opphevelse av straffansvar m.m.) s. 89-91.

¹⁴² Innst. 612 L (2020-2021) s. 7 og s. 16-17.

Oppsummert har straffutmålinger etter normen om moralsk likevekt belyst følgende: Normen baseres på gjengjeldelseslæren. Den oppstiller retningslinjer for utmålingen, hvor essensen er at hensynene som benyttes må ha kontakt med fornærmede eller tiltalte. Normen er ikke egnet til selvstendig argumentasjon med mindre målestokken i likevekten følger av rettsfølelser fastsatt i pålitelige kilder. Uten slike kilder faller likevektsvurderingen tilbake på et selvstendig skjønn, hvilket medfører at fastsettelsen av det eksakte straffenivået koker ned til dommerens følelser. Men selv om følelsene er utslagsgivende for straffesatsen, bør begrunnelsen søkes i rasjonelle og etterprøvbare momenter. Disse momentene behandles senere under punkt 3.5.

3.4.1 Er utmålingsnormen om moralsk likevekt forsvarlig i lys av straffens formål?

Forsvarlig og praktisk straffutmåling etter normen om moralsk likevekt forutsetter at den kan forankres i straffeloven. Siden den moralske likevekten uttrykker det overordnede formålet med utmålingen, vil det være naturlig å undersøke dette i lys av straffens formål. Særlig relevant er hvordan formålet stiller seg i forhold til gjengjeldelseslæren (denne læren utgjør fundamentet i Eckhoffs straffutmålingsteori om moralsk likevekt).¹⁴³

Straffens formål er, som nevnt, prevensjon i form av individual- og allmennprevensjon, samt opprettholdelse av sosial ro.¹⁴⁴ Allmennprevensjonen betraktes som den «sentrale begrunnelsen bak straffen».¹⁴⁵ Et tilnærmet rendyrket allmennpreventivt straffeformål samsvarer dårlig med normen om moralsk likevekt. Formålet kan riktignok spores i likevektsprinsippets begrunnelse, men ikke på samme fremtredende måte som forarbeidene forfekter.

Uansett påpeker departementet at «gjengjeldelse kan ikke være straffens formål».¹⁴⁶ Dermed forkastes hele utviklingsfundamentet til likevektsideen. Sitatet representerer derfor ikke kun en liten ulikhet, men et uttrykkelig avvisende syn på normen om moralsk likevekt. Hvis forarbeidet tolkes bokstavlojalt medfører det at Eckhoffs teori utgjør en uforsvarlig straffutmålingsmodell i praktisk rettsanvendelse. På grunn av utsagnets klarhet og forarbeidenes normative status kan dette være en rettskildemessig holdbar påstand.¹⁴⁷

¹⁴³ Se punkt 3.4 ovenfor.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-80, jf. også punkt 3.3.1

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 145.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

¹⁴⁷ Se Skoghøy (2018) s. 73-74 om forarbeidenes status som primære rettskilder.

Jeg mener derimot at forarbeidsuttalelsene ikke kan tolkes bokstavelig, men må forstås som en programmerklæring fremfor en rettslig bindende uttalelse.

Standpunktets begrunnelse struktureres i tre ulike argumenter. Det første argumentet knyttes til utviklingen av strafferammene, hvor essensen er at Eckhoffs likevektsrettferdighet har fungert som overordnet norm. For det andre lider valget av prevensjonen foran gjengjeldelseslæren av inkonsistenser i begrunnelsen. Endelig kan eksistensen og viktigheten av skyldprinsippet lettere forklares gjennom gjengjeldelseslæren enn allmennprevensjonen. Hvert argument presenteres stykkevis. Til slutt sammenfattes argumentene og evalueres.

Argument én – hvordan Eckhoffs likevektsrettferdighet influerer utviklingen av strafferammene

I arbeidet med fastsettelsen av straffelovens strafferammer var departementet avhengig av noen overordnede retningslinjer. Kommisjonsutvalget mener rammenivåene bør baseres på følgende retningslinjer: (1) hvilken interessetype som krenkes, (2) virkningen av handlingen og (3) utvist skyld.¹⁴⁸ Departementet mener retningslinjene er «et godt og hensiktsmessig utgangspunkt» til arbeidet med strafferammene.¹⁴⁹

Siden gjengjeldelseslæren (og derfor Eckhoffs teori) avvises, er det underlig at retningslinjene betraktes som gode og hensiktsmessige. Årsaken er at kommisjonen utvikler retningslinjene på bakgrunn av straffverdighetsbetraktninger, hvor «proporsjonalitet [...] mellom forbrytelse og straffetrussel» står sentralt. De mener slik forholdsmessighet «bør tilstrebes» siden det antas å ha «dyp forankring i vår kultur».¹⁵⁰ Utrolig nok utdypes begrepet «proporsjonalitet» slik:

«[Det] antas å være i høy grad sammenfallende med Eckhoffs likevektsrettferdighet (som korresponderer med proporsjonalitet)».¹⁵¹

Plattformen til overnevnte retningslinjer er altså koblet direkte sammen med Eckhoffs teori om moralsk likevekt. Å bruke retningslinjene som målestokker for strafferammene må derfor tilsi at departementet aksepterer hans teori – i hvert fall indirekte.

¹⁴⁸ NOU 2002:4 Ny straffelov kapittel 6, se også Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 130.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 130.

¹⁵⁰ NOU 2002:4 Ny straffelov s. 125-126, jf. også Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 129.

¹⁵¹ NOU 2002:4 Ny straffelov s. 121.

Kommisjonen er også åpen om at teorien tilhører gjengjeldelseslæren. Utsagnene ovenfor settes i overskriften «Gjengjeldelsessynspunktets betydning for fastsettelsen av strafferammer». ¹⁵² Av disse grunner er det vanskelig å forstå hvorfor departementet avviser læren såpass kontant og bombastisk. Likevekts- eller forholdsmessighetsbetraktningene har betydelige innvirkninger på strafferammene – og derav straffespørsmålet. Som Linda Gröning m.fl. påpeker, utgjør forholdsmessighet mellom handling og straff «et overordnet siktemål med reaksjonslæren». ¹⁵³ Departementet anerkjenner delvis innflytelsen fra gjengjeldelsesteorien med uttalelsene om at noe «arvegods» fortsatt gjør seg gjeldende. ¹⁵⁴ Inntrykket er imidlertid at departementet forsøker å nedtone betydningen av dette arvegodset.

Påvirkningen som Eckhoffs teori om moralsk likevekt har på strafferammesystemet, må være mer enn bare noe arvegods. Teorien har nærmest fungert som overordnet ideal eller metanorm (dvs. norm over normer) i straffespørsmålet. Dette taler for at hans likevektsrettferdighet har kulturell anerkjennelse, og følgelig normativ rettskildeforankring.

Argument to – hvorfor lider valget av prevensjon foran gjengjeldelse av inkonsistenser?

Hovedbegrunnelsen for at departementet avviser gjengjeldelseslæren er fordi det ikke eksisterer et «allmenngyldig naturrettslig regelverk» som skiller riktige handlinger fra gale handlinger. ¹⁵⁵

Et «allmenngyldig» regelverk innebærer, rent språklig, at det gjelder overfor alle uavhengig av faktorer som f.eks. tid, kultur eller etnisitet. Dermed er det tale om absolutte eller ufravikelige regler som gjelder på universalt plan. Så vidt meg bekjent finnes det ikke slike regelverker med alminnelig fagaksept i naturrettsfilosofien. Uansett må det være svært utfordrende å produsere dette. Forutsetningen er at alle samfunnskulturer som noensinne har eksistert undersøkes med tanke på å finne handlinger som kulturrene i fellesskap anser som riktige og gale. Undersøkelser av dette kaliberet vil ikke gjøres i avhandlingen. Temaet er behandlet i sosialantropologien. Her er bl.a. Alvin Gouldners «The Norm of Reciprocity» aktuell. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Poenget er at ordet «allmenngyldig» skjuler et tilnærmet uoppnåelig premiss.

¹⁵² NOU 2002:4 Ny straffelov s. 118, se kapittel 5.2.2.3.3.

¹⁵³ Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, Frihet, forbrytelse og straff, Bergen 2019 s. 605.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

Allmennprevensjonen aksepteres på «common sense-grunnlag», dvs. sunn fornuft.¹⁵⁶ Påstander tuftet på sunn fornuft baseres typisk på egen dømmekraft. Ifølge psykologen Adrian Furnham leder antakelsene ofte til feil. Han illustrerer faren for feiltrinn med at også påstander om f.eks. at kvinner ikke var smarte nok til å stemme, og at innleggelse i institusjoner var til det beste for funksjonshemmede, også en gang var forankret i sunn fornuft.¹⁵⁷ Eksempelene fra historien viser at sunn fornuft verken er eksakt vitenskap eller nødvendigvis heldig i et samfunnsperspektiv. I stedet synes sunn-fornufts-påstander å fungere som retoriske debatteknikker for å overbevise motparten. Departementet anser seg antakelig nødt til å begrunne allmennprevensjonen i sunn fornuft, siden det er vanskelig å forankre straffens avskrekkende virkninger i empirisk data.

Empirien for allmennprevensjonen behandles av Ragnar Hauge. Primært viser han til to studier om dette. Den første gjelder påbudet om å stenge lysene i huset etter et fastsatt klokkeslett under andre verdenskrig (mørkepåbudet). Påbudet ble håndhevet strengt av Gestapo og hadde sterke avskrekkende effekter. Den andre er Danmarks forbud mot å bringe danske kroner til Sverige like etter andre verdenskrig. Forbudet ble ikke håndhevet og hadde svake allmennpreventive effekter. Basert på disse studiene trekker Hauge slutningen om at «muligheten for å bli avslørt – og ikke selve straffens størrelse [...] spiller størst rolle».¹⁵⁸ Riktignok finnes det andre studier av allmennprevensjonen som f.eks. kriminalstatistiske analyser. Ifølge Hauge er problemet at disse studiene normalt lider av «alvorlige feilkilder». Variabler som f.eks. politiprioriteringer eller kriminalregistreringer er ofte ikke hensyntatt.¹⁵⁹ Følgelig er det vanskelig å konkludere med at kriminalitetsreduksjoner skyldes straffetrusselen og ikke andre utenforliggende faktorer. Poenget er at det empiriske grunnlaget ikke gir sikre holdepunkter for at straffen faktisk virker avskrekkende eller atferdsregulerende.¹⁶⁰

Alle disse empiriske problemene kan derimot unngås ved å bygge prevensjonsteorien på «common sense»/sunn fornuft. Siden denne ikke krever vitenskapelig belegg, kan alle mulige slags grunnløse påstander og spekulasjoner trygt hvile på pilaren «men det er jo sunn fornuft».

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 79.

¹⁵⁷ Adrian Furnham, *All in the Mind*, Wiley 2009 kap. 1: «Public Beliefs About Psychology», s. 7-9.

¹⁵⁸ Hauge (1996) s. 300-301.

¹⁵⁹ Hauge (1996) s. 310-311.

¹⁶⁰ Se også Eskeland (2017) s. 441: «[...] vi vet lite om årsakskjeden [mellom allmennprevensjonen og straffen]».

Inkonsistensen i departementets begrunnelse er at de oppstiller to ulike beviskrav for teoriene. Beviskravet for gjengjeldelsesteorien er umåtelig strengt, mens kravet til allmennprevensjonen er særdeles mildt. Ulikheten mellom beviskravene medfører at gjengjeldelseslæren (og derfor Eckhoffs likevektsrettferdighet) var dømt til å tape fra starten av lovforberedelsen. Igjen levner dette inntrykket av at departementet konstruerer et «stråmannsargument» av gjengjeldelsen.¹⁶¹ Målet er ikke å avklare hva straffen faktisk er, men hva den bør være ut fra idealistiske motiver.

Slike motiver kan rokke ved straffens moralske karakter. Som utvalget påpeker, «synes tanken om likevekt [...] å stikke dypt i det menneskelige sinn».¹⁶² Departementets klare forkastelse av gjengjeldelsen kan følgelig stride med borgernes oppfatning om at straffen skal fastsettes ut fra graden av moralsk klander – eller handlingens grovhet.

Argument tre – hvordan viktigheten av skyldprinsippet lettere begrunnes av likevektsideen

Skyldprinsippet i straffeloven § 21 første punktum gjennomsyrrer den strafferettslige lære. Slik departementet påpeker, regnes kravet om subjektiv skyld som «en bærebjelke» i straffeloven.¹⁶³

Viktigheten og eksistensen av skyldkravet kan begrunnes gjennom likevektsprinsippet. Idealet om «moralisk likevekt» forutsetter brudd på moralske normer, hvilket igjen forutsetter kunnskap om normen og vilje til å overtre den. Fravær av skyld leder til fravær av moralsk klander, noe som medfører at skyldkravet utgjør en nødvendig ingrediens i likevektsvurderingen. Utvalget er inne på disse ideene med utsagnet om at «[d]e fleste vil se det som urettferdig å straffe noen som ikke kan bebreides for sin handlemåte».¹⁶⁴

I lys av allmennprevensjonen er viktigheten av skyldprinsippet mindre innlysende. Strengt tatt må det være irrelevant om gjerningspersonen er skyldig eller ikke. Prevensjonseffektene er ikke koblet til rettsforholdet mellom tiltalte og fornærmede, men isoleres til virkningene i ettertid av handlingen. Derfor kan man, slik Johs Andenæs uttaler, «se bort fra skyldkravet» om formålet med straffen «søkes utelukkende i hensynet til samfunnsnytt».¹⁶⁵

¹⁶¹ Stråmannsargumenter er argumenter som er lett å argumentere mot/knekke i debatter.

¹⁶² NOU 2002:4 Ny straffelov s. 118.

¹⁶³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111.

¹⁶⁴ NOU 1987:57 s. 143.

¹⁶⁵ Johs Andenæs, *Straffen som problem*, Exil Forlag AS 1994 s. 89.

Morten Kinander deler denne oppfatningen, men synes å trekke det et steg lenger. Ifølge han er det «helt vilkårlig» om personen er skyldig etter prevensjonsteorien, ettersom vedkommende skal brukes som «et middel» for å avskrekke andre.¹⁶⁶ Påstanden hans er muligens noe ekstrem. Til tross for det ovennevnte, kan det være mulig å inkludere skyldkravet i prevensjonsformålet. For eksempel kan straffens avskrekkende formål bygge på en idé om at bare skyldrelatert atferd skal forebygges. Departementet bygger antakelig på denne ideen siden de mener prevensjonen har «liten [...] effekt» om gjerningspersonen «ikke kan klandres».¹⁶⁷ Imidlertid begrunner ideen ikke hvorfor eksistensen av skyldkravet er viktig. Hvis begrunnelsen hentes fra likevektsideen og deretter kobles til allmennprevensjonen, kan det spørres om prevensjonsformålet *egentlig* er straffens reelle formål. Formularet eller ideen om skyld pluss prevensjon medfører at sistnevnte fungerer som sidevirkninger av skylden, hvilket har store likhetstrekk med Eckhoffs teori.¹⁶⁸

I tillegg kaster Kinander lys over det prinsipielle poenget i forholdet mellom prevensjonen og skyldvilkåret. Allmennprevensjonen innebærer at tiltalte umenneskeligjøres, eller skal brukes som «et middel», slik Kinander påpeker.¹⁶⁹ Gjennom å likestille mennesker med gjenstander på denne måten, vil prevensjonsteorien ikke danne absolutte skranker mot skyldløse eller objektive straffer. Totalt sett, må disse argumentene tale for at eksistensen og viktigheten av strafferettens skyldprinsipp lettere begrunnes av gjengjeldelses- eller likevektslæren; ikke prevensjonen.

Oppsummering og evaluering av argumentene

Grunnlaget for overnevnte argumentasjonsrekke var følgende forarbeidsutsagn: «gjengjeldelse kan ikke være straffens formål».¹⁷⁰ Argumentasjonsrekken begrunner hvorfor denne uttalelsen ikke kan forstås bokstavelig. Som første argument viste, har Eckhoffs likevektsrettferd fått store innflytelser på straffelovens strafferammer. Siden teoriens grunnlag baseres på gjengjeldelsen, trekker dette sterkt i retningen av rettskulturell anerkjennelse.

¹⁶⁶ Morten Kinander, *Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk*, *Jussens Venner* 2013/3 årgang 48 s. 190.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 112.

¹⁶⁸ Se punkt 3.1 og punkt 3.4 om hvordan prevensjonsvirkningene fungerer som ønskede bivirkninger etter målet om moralsk likevekt.

¹⁶⁹ Kinander (2013) s. 190.

¹⁷⁰ Se ovenfor, jf. også Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

Det andre argumentet viste hvordan valget av prevensjonsteorien foran gjengjeldelsen lider av ulike og ulogiske beviskrav. Inkonsistensen taler for at utsagnet ovenfor uttrykker et idealistisk, men urealistisk, ønske om hva straffeformålet ikke bør være. Til slutt illustrerte tredje argument at skyldkravet lettere begrunnes av gjengjeldelseslæren og ikke allmennprevensjonen. Ettersom skyldprinsippet danner én av grunnpilarene i strafferetten må dette tale for at likevektsideen er fremtredende i straffelovgivningen. Etter min mening må disse argumentene være avgjørende for at Eckhoffs teori om moralsk likevekt hviler på anerkjent og normativt rettskildegrunnlag. Derfor er det forsvarlig å bruke teorien i praktiske straffutmålinger.

3.5 Verdimomentene under straffutmålingsnormen om moralsk likevekt

I underkapittel 3.4 er normen om moralsk likevekt behandlet på overordnet plan. Denne delen komplementerer og utfyller normen med praktiske verdimomenter. Momentene er aktuelle om straffenivået ikke kan forankres i allmenne rettsfølelser.¹⁷¹

Vurderingen av likevekt beror på flere ulike momenter, men Eckhoff er særlig opptatt av disse fire verdifaktorene: gjerningspersonens skyld og motiver, kroneverdien på utsatte goder, graden av fare og skade på fornærmede, samt inngrepsintensiteten i hensynet som angripes.¹⁷² Andre momenter kan være relevante, såfremt de kan knyttes til utvekslingsaktørene.¹⁷³ I det følgende vil Eckhoffs beskrivelser av verdimomentene gjennomgå separat. I samme underkapittel vil beskrivelsene følges opp med eksempler fra straffeloven og høyesterettspraksis. Oppfølgingen er ment å gi verdimomentet normativ kildeforankring, samt illustrere hvordan praktisk bruk av momentet kan være. Til slutt vil det knyttes noen kommentarer til prevensjonseffektene som operative momenter i likevektsvurderingen.

Systematikken i denne delen avviker noe fra tidligere kapitler. Avviket ligger i at beskrivelsene til Eckhoff og regelsammenligningene behandles under samme delkapittel.¹⁷⁴ Derimot fremstår det hensiktsmessig å behandle temaene samlet i denne delen, slik at hvert vurderingsmoment avsluttes før et nytt introduseres.

¹⁷¹ Se punkt 3.4 om hvordan allmenne rettsfølelser utfyller målestokken i vurderingen av moralsk likevekt.

¹⁷² Eckhoff (1971) s. 188-191.

¹⁷³ Se punkt 3.4 om rammene for skjønnsutøvelsen i vurderingen av moralsk likevekt.

¹⁷⁴ Jf. punkt 1.3.2 hvor systematikken forklares med at kapitlene med tre tall inneholder regelsammenligninger, mens kapitlene med to tall handler om Eckhoffs beskrivelser.

3.5.1 Gjerningspersonens skyld og motiver som verdimomenter i straffutmålingen

Gjerningspersonens skyld og motiver står sentralt i likevektsvurderingen. Eckhoffs likevektsidé bygger på utgangspunktet om at utmålingen «først og fremst» beror på lovbrysterens «motiver og [...] forutsetninger for å forstå hva han innlot seg på».¹⁷⁵

Terminologisk tilhører motivene paraplybegrepet «skyld». Det er likevel hensiktsmessig, og vanlig, at begrepene behandles separat. Slik Eckhoff antyder, kan skyld defineres som den subjektive forståelsen av handlingen og dens følger. Motivene knyttes ikke til handlingen, men til den subjektive begrunnelsen for at handlingen finner sted.¹⁷⁶ Selv om ordene er nært forbundet med hverandre, viser definisjonene at de angår to ulike aspekter ved hendelsesforløpet. Teksten vil forholde seg til denne sontringen mellom skyld og motiver.

Under handlingsskylden er budskapet til Eckhoff at forsettlig handlinger straffes hardere enn uaktsomme.¹⁷⁷ Et slikt system gjennomsyrrer straffeloven. For eksempel straffes forsettlig drap med fengsel «fra 8 inntil 21 år» og uaktsomt drap med fengsel «inntil 6 år», jf. straffeloven §§ 275 og 281 første ledd. Tilsvarende ordning gjelder for mange andre straffebud.¹⁷⁸ Poenget er at Eckhoffs analyser av handlingsskylden utvilsomt har normativ dekning.

Motivene er mindre klare. På overordnet plan synes Eckhoff å sondre mellom den «*gode* eller *onde* vilje», men han er ikke konsekvent i begrepsbruken.¹⁷⁹ Først behandles det onde motivet.

Det onde motivet forklares gjennom at gjerningspersonen tar «sikte på å oppnå [...] følelsen av ubehag», eventuelt søker «tilfredsstillelse [av] at den annen påføres lidelser».¹⁸⁰ Gjentakelser av likeartede handlinger nevnes som eksempel. Eckhoff antar argumentet for streng straff i slike tilfeller er at «den som forbryter seg på ny til tross for alle advarsler han har fått, viser et særlig forherdet sinnelag og fortjener derfor streng straff».¹⁸¹

¹⁷⁵ Eckhoff (1971) s. 189-190.

¹⁷⁶ Se også Eskeland (2017) s. 285 og s. 450, hvor han opererer med en lignende sontring.

¹⁷⁷ Eckhoff (1971) s. 189-190.

¹⁷⁸ Sml. f.eks. straffeloven §§ 280 med 274 (uaktsom og forsettlig betydelig skade), samt 294 med 291 (grovt uaktsom og forsettlig voldtekt) og 374 med 371 (grovt uaktsomt og forsettlig bedrageri).

¹⁷⁹ Eckhoff (1971) s. 51, jf. s. 189.

¹⁸⁰ Eckhoff (1971) s. 148, jf. s. 189-190.

¹⁸¹ Eckhoff (1971) s. 191.

Eksemplet illustrerer hensynsløse motiver, hvor essensen er at personen bryter normene uten omtanke for fornærmede eller viktigheten av hensynene i regelverket. Eckhoff fremfører ingen andre eksempler på onde motiver, men ut fra innholdsbeskrivelsene kan flere alternativer være aktuelle.

Hat, sadisme, avsky eller tyranni fremstår som treffende eksempler på definisjonen. Hatefulle motiver kjennetegnes av sterke negative følelser overfor fornærmede. Momenter som indikerer slikt, kan være f.eks. spesielt sårende utsagn, unødvendig påføring av smerte, eller sterke sinneutbrudd.¹⁸² Sadisme foreligger om personen oppnår nytelse av å påføre fornærmede ulike lidelser. At vedkommende smiler, flirer, blir ivrig eller uttrykker annen fornøyelse kan trekke i retningen av sadistiske trekk. Avskyende atferd medfører at personen finner fornærmede ekkel, opplever avsmak eller blir kvalm av vedkommende. Et tyrannisk motiv domineres vanligvis av irrasjonelle og overdrevne kontrolltiltak, utpreget bruk av manipulasjonsteknikker eller brutale og uforutsigbare voldsregimer.

Betraktningene samlet gir grunnlag for følgende retningslinje: Onde motiver kan foreligge om gjerningspersonen påfører fornærmede lidelser for lidelsens skyld, ulogiske kontrollbehov eller for å oppnå personlig tilfredsstillelse.

I nyere høyesterettspraksis finnes det flere eksempler på at ondskapsfulle motiver tillegges vekt i straffeskjerpene retning. Et tyrannisk motiv finnes i HR-2020-1345-A. Saken handlet om et tilfelle av familievold, hvor ektemannen utsatte konen for irrasjonelle kontrolltiltak. Blant annet innførte han leggetider, nektet henne grønnsaker, bedrev uforutsigbar voldsbruk, samt fratok arbeidslønnen hennes. Høyesterett karakteriserer atferden som «graverende» og legger særlig vekt på «[h]ans totale kontroll over ektefellens liv» i straffutmålingen.¹⁸³

Sadistiske trekk er i HR-2020-2136-A. I saken hadde tiltalte kjøpt voldelige og direkte sendte seksuelle overgrep mot filippinske spedbarn. Under sendingen sendte han følgende instruks til overgriperen: «fuck her now – make her bleed» og «force it inside, make blood».¹⁸⁴

¹⁸² Se også straffeloven § 185 (hatefulle ytringer), hvor atferd motivert av bl.a. hudfarge, etnisitet, religion, livssyn, seksuell orientering, kjønnsidentitet eller funksjonsevne betegnes som «hatefulle ytringer».

¹⁸³ HR-2020-1345-A avsnitt 18.

¹⁸⁴ HR-2020-2136-A avsnitt 70.

Høyesterett legger vekt på «innslaget av sadisme i tiltaltes instruksjoner» i skjerpene retning.¹⁸⁵ Et tredje eksempel på hensynsløse motiver er HR-2019-721-A. I saken hadde tiltalte forledet flere unge jenter til å utføre seksuelle handlinger på seg selv over webkamera. Domstolen anser hans «hensynsløse bruk av mindreårige jenter for å tilfredsstille egne behov» som skjerpene for straffen.¹⁸⁶ I HR-2020-2137-A bruker Høyesterett en lignende begrunnelse.¹⁸⁷ Avgjørelsene samlet illustrerer at onde motiver anvendes relativt hyppig som straffeskjerpene argumenter i rettsanvendelsen. Dette tas til inntekt for at Eckhoffs beskrivelser og ovennevnte betraktninger hviler på normativt kildegrunnlag.

Det gode motivet defineres ikke av Eckhoff. I stedet presenterer han eksempler på under hvor «formålet [...] er å hjelpe eller beskytte den annen part».¹⁸⁸ Eksemplene handler blant annet om fastspenning av «sele på babyen for at den ikke skal falle ut av sengen», å «stenge havegrinden for småbarna så de ikke skal komme ut på gaten» og påføring av «vond medisin eller smertefull behandling for å helbrede [pasienten]». ¹⁸⁹ Disse motivene er nært forbundet med hans analyser av særlig unnskyldende faktorer etter prinsippets plikt-del. Som nevnt leder slike faktorer til full frifinnelse.¹⁹⁰ Gode motiver under straffespørsmålet må derfor være positive formål som ikke kvalifiserer som «særlige». Ellers gir Eckhoffs beskrivelser lite veiledning om de gode motiver.

Nødvergeregelen i straffeloven § 18 kan antakelig gi inspirasjon for hvordan Eckhoffs analyser kan utfylles med større substans. Essensen med nødvergehandlingene er som nevnt at formålet ivaretar et «rettsbeskyttet» gode.¹⁹¹ Slike goder kan ifølge forarbeidene være «offentlige» eller «private interesser», men «bagatellmessige offentlige interesser» rammes ikke.¹⁹² På bakgrunn av dette kan innholdet i gode motiver sies å være intensjoner som søker å beskytte eller ivareta viktige samfunnsverdier. Slike verdier kan være f.eks. fysisk integritet, trafiksikkerhet, helse, privatautonomi, eiendomsrett eller seksualintegritet.

¹⁸⁵ HR-2020-2136-A avsnitt 71.

¹⁸⁶ HR-2019-721-A avsnitt 68.

¹⁸⁷ HR-2020-2137-A avsnitt 77: «omsynsløse bruk av mindreårige barn for å tilfredsstille egne behov».

¹⁸⁸ Eckhoff (1971) s. 152, jf. s. 190.

¹⁸⁹ Eckhoff (1971) s. 152, jf. s. 190.

¹⁹⁰ Se punkt 3.3 og 3.3.2 om Eckhoffs beskrivelser av særlig unnskyldende momenter under kan-versjonen.

¹⁹¹ Se punkt 3.3.2 om hvordan nødvergeregelen uttrykker en særlig unnskyldende omstendighet.

¹⁹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 419.

Lovens nødvendighets- og forsvarlighetsvilkår kan avklare grensen mellom gode motiver under straffespørsmålet og særlig unnskyldende omstendigheter under skyldspørsmålet. Vilkårene er gjennomgått tidligere.¹⁹³ Hvis det positive formålet ikke kan oppnås på lempeligere måte, samt fremstår forsvarlig i lys av norske verdier, trekker dette i retningen av en særlig unnskyldende omstendighet. Om én av disse mangler bør vekten av motivet avgrenses til straffeformildelse i straffespørsmålet. Ideen er neppe kontroversiell og kan delvis spores i straffeloven § 80 første ledd bokstav d, jf. § 78 første ledd bokstav a. Bestemmelsene gir retten mulighet til å redusere straffen om grensene for nødrett, nødverge eller selvtækt er overskredet. Systemvurderingen og likheten med bl.a. straffeloven § 18, gir normativt utfyllingsgrunnlag av Eckhoffs analyser om det gode motivet, samt grensedragningen mot særlig unnskyldende omstendigheter.

Et eksempel på gode motiver er i Rt. 2011 s. 1006. Saken handlet om en far som unnlot å levere datteren tilbake til fosterfamilien etter samvær. Unnlatelsen var motivert av datterens trygghet, hvilket viste seg i ettertid å være velbegrunnet. Derfor anser Høyesterett det som «uheldig» for jenta om faren må sone i fengsel. Tross alt, påpeker domstolen, har faren «gjort [...] det beste for henne».¹⁹⁴ Straffen fastsettes til bot istedenfor fengsel.¹⁹⁵ Et sentralt poeng med argumentet til retten må være at farens handlinger sikret barnets beste-hensynet. Hensynet forankres blant annet i Grunnloven § 104 annet ledd og utgjør én av grunnpilarene i norsk rettsanvendelse. Det innebærer at hensynet uttrykker en viktig rettskulturell verdi, hvilket må danne grunnlaget for at farens motiver anses gode.

3.5.2 Kroneverdien på utsatte goder som verdimoment i straffutmålingen

Kroneverdien gjelder for ondene som rettes mot materielle goder. Ifølge Eckhoff gir kostnaden av «å erstatte slike goder [...] veiledning» om straffenivået. For eksempel, skriver Eckhoff, vil tyveri av hester straffes hardere enn høner siden «en hest koster mer enn en høne».¹⁹⁶ Budskapet er følgelig at straffen øker i takt med prisen på det frarøvede eller ødelagte godet. Antakelig har dette sammenheng med fornærmedes økonomiske byrder. Desto dyrere gjenstander som stjeles eller ødelegges, desto mer tid og krefter må fornærmede bruke på å reversere tilstanden.

¹⁹³ Se punkt 3.3.2 om hvordan § 18 uttrykker en særlig unnskyldende omstendighet.

¹⁹⁴ Rt. 2011 s. 1006 avsnitt 27.

¹⁹⁵ Rt. 2011 s. 1006 avsnitt 28.

¹⁹⁶ Eckhoff (1971) s. 188.

At straffen øker med kronebeløpet, er et utpreget system i straffeloven. Dette systemet er særlig sporbart blant vinningslovbruddene i kapittel 27 og 30. Felles for flere straffebud er at straffen senkes ved «ubetydelig verdi» og økes ved «betydelig verdi». Med «verdi» sikter straffebudene i denne konteksten til økonomisk verdi.¹⁹⁷ De nevnte vilkårene gjelder blant annet for skillet mellom mindre og grovt tyveri, samt mindre og grovt underslag, sml. §§ 323 med 322 og 326 med 325. Lignende formuleringer brukes for flere andre vinningslovbrudd.¹⁹⁸ Hovedbudskapet er at kroneverdi som straffutmålingsmoment utvilsomt har normativ kildeforankring.

Et illustrerende eksempel på praktisk straffutmåling med kroneverdien er HR-2021-2580-A. I saken hadde en reineier bedratt myndighetene for 150 000 kroner ved å oppgi uriktig antall reinsdyr i søknad om tilskudd. Høyesterett fastslår terskelen for grovt bedrageri til «halvannen ganger grunnbeløpet», hvilket innebar 132 555 kroner på domstidspunktet.¹⁹⁹ Ifølge domstolen medfører dette et utgangspunkt på 30 dager ubetinget fengsel, noe retten ikke finner grunnlag til å fravike.²⁰⁰ Et sentralt poeng med uttalelsene er at Høyesterett, på samme måte som Eckhoff, benytter kroneverdien som veiledende.²⁰¹ Den hjelper rettsanvenderen med å danne et startsted for straffen, men er på ingen måte avgjørende eller absolutt.

3.5.3 Skadegrad og fareomfang som verdimoment i straffutmålingen

Med «skade» menes innvirkninger på fornærmedes kropp eller psykiske helse. Ifølge Eckhoff tjener skadens generelle «art og omfang» som utmålingsmomenter, hvor essensen er at straffen øker i takt med skadens helsefarepotensial.²⁰² For eksempel innebærer dette at knivstikking får hardere straff enn slag med håndflaten. Årsaken er at førstnevnte, normalt sett, har høyere grad av helsefare enn sistnevnte. Tilsvarende ideer gjelder forholdet mellom f.eks. knyttneveslag og øksekast, eller kvelertak versus pistolskudd. Poenget er at handlingens skadepotensial påvirker grovheten – og følgelig verdinivået av moralsk klanderverdighet. Derfor må straffen øke i takt med skadenivået, slik at det samlede resultatet mellom ondene havner i moralsk likevekt.

¹⁹⁷ Se bl.a. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 451-452 og HR-2018-1660-A avsnitt 22.

¹⁹⁸ Se f.eks. straffeloven §§ 327 (ran) og 328 (grovt ran), 334 (mindre heleri) og 333 (grovt heleri), 373 (mindre bedrageri) og 372 (grovt bedrageri).

¹⁹⁹ HR-2021-2580-A avsnitt 55 og 56.

²⁰⁰ HR-2021-2580-A avsnitt 59.

²⁰¹ Se ovenfor, hvor Eckhoff anser kroneverdien som veiledende.

²⁰² Eckhoff (1971) s. 188-189.

Straffelovens strafferammer påvirkes av fornærmedes fysiske og psykiske skadeomfang. Dette gjelder særlig voldslovbruddene i kapittel 25. For eksempel er nivået lavest for den som «øver vold», mens strafferammen økes for den som «skader en annens kropp og helse», og ytterligere høyere om skaden er «betydelig», se straffeloven §§ 271, 273 og 274. Betingelsene reflekterer ulike skadenivåer. I Rt. 2011 s. 172 behandles forskjellen mellom voldsutøvelse og skade, mens betydelig skade defineres i lovens § 11.²⁰³ Det er ikke nødvendig for temaet å gå nærmere inn på den detaljerte grensdragningen mellom vold, skade og betydelig skade. I denne konteksten er det tilstrekkelig å bemerke at kildene gir normativt belegg for likevektsideen om at straffens størrelse påvirkes av nivået på fornærmedes kroppslige og psykiske skader.

Med «fare» menes sannsynligheten for at skaden inntreffer. Eckhoff beskriver at straffen påvirkes av «hvor stor risiko» ondepåføringen eksempelvis har for fornærmedes tap av liv eller lemmer, eventuelt andre helseskader.²⁰⁴ På lignende måte som ovenfor, medfører dette at straffen øker sammen med handlingens farepotensial. For eksempel innebærer dette et utgangspunkt om at bomskudd straffes strengere enn feilaktige svingslag. Bomskuddet har større sannsynlighet for dødsfølge enn svingslaget, hvilket medfører at den er farligere for fornærmede enn svingslaget. Tilsvarende idé kan gjelde forholdet mellom nesten-ulykker i trafikken og bomkast av frukt. På samme vis som ovenfor er poenget at farligheten ved ondepåføringen virker inn på klandereren, og følgelig straffens størrelse.

Straffelovens straffenivåer påvirkes også av handlingens farevoldende evner. For eksempel er det fastslått i lovens § 77 bokstav b at «fare» for liv, helse eller velferd leder til skjerpelser av straffenivået. Faredeliktene gjenfinnes i tillegg blant flere straffebud. Eksempelvis klassifiseres terrorhandlingene som grove om det oppstår «nærliggende fare» for bl.a. tap av menneskeliv, jf. straffeloven § 132 første ledd bokstav a. Et lignende system finnes i flere andre straffebud.²⁰⁵ Dermed foreligger det normativt belegg for Eckhoffs likevektsidé om at straffen øker sammen med handlingens fareomfang.

²⁰³ Se Rt. 2011 s. 172 avsnitt 11 hvor Høyesterett differensierer mellom blåmerker, sårskader og beinbrudd. Dette gjelder forholdet mellom vold etter § 271 og kroppsskade etter § 273.

²⁰⁴ Eckhoff (1971) s. 188-189.

²⁰⁵ Se f.eks. straffeloven §§ 174 versus 175 (tortur), hvor straffeforøkelse særlig forutsetter «fare for tap av menneskeliv», eller §§ 191 a versus 191 b (befatning med skytevåpen) hvor grov overtredelse normalt krever «fare for betydelig skade på kropp» eventuelt av andre grunner fremstår «særlig farlig».

Et eksempel på at skade- og faregraden tillegges straffeskjerpene vekt er HR-2019-2095-A. I saken slo tiltalte fornærmede i hodet med en brennevinsflaske. Slaget medførte at fornærmede ble sengeliggende i én uke og måtte sy fire sting i pannen. Høyesterett uttaler at hodeskaden gir grunnlag for «domfellelse etter § 273» (kroppsskade), noe som øker strafferammen i forhold til ordinær voldsanvendelse etter § 271.²⁰⁶ I den konkrete straffutmålingen legger domstolen vekt på at flaskeslaget har «stort skadepotensial», samt at det kan lede til «vesentlig mer alvorlige [...] følger».²⁰⁷ De sistnevnte uttalelsene illustrerer farepotensialet.

3.5.4 Graden av inngrep i etablerte hensyn som verdimoment i straffutmålingen

Med «verdier» menes, i dette underkapitlet, viktige samfunnsinteresser eller hensyn som f.eks. barnets beste-hensynet, hensynet til privatlivet eller eiendomsretten. Eckhoff skriver at straffens størrelse preges av «hvor meget som gjøres for å verne om dem [dvs. verdiene] i vedkommende samfunn».²⁰⁸ Han illustrerer poenget med at tyveri straffes «strengere enn drap i samfunn hvor folk lever med livet i hendene og hvor betydningen av å eie materielle gjenstander er stor».²⁰⁹

For rettsanvendelsen kan disse uttalelsene gi grunnlag for to praktiske trekk. Det første trekket handler om at rettsanvenderen må kartlegge den *generelle viktigheten* av verdien som angripes. Alle straffbare handlinger angriper/krenker en eller annen verdi/interesse. Beskyttelsesgraden av verdiene er avhengig av samfunnskulturen, slik Eckhoff påpeker ovenfor. For eksempel er barnets beste-hensynet meget viktig i Norge, hvilket medfører at samfunnet tolererer relativt få inngrep i denne verdien.²¹⁰ At det gjelder lavere tålegrenser for inngrep mot barn, kan illustreres av straffeloven §§ 300 sammenlignet med 292. Begge bestemmelsene oppstiller vilkårene for at voldtekter regnes som straffeskjerpene samleie, men vilkårene i regelen som gjelder overfor barn (§ 300) er mildere enn overfor voksne (§ 292).²¹¹ Mens for andre verdier kan tålegrensen være høyere. Dette gjelder f.eks. ytringsfriheten hvor Grunnloven § 100 annet ledd oppstiller krav om «særlig tungtveiende hensyn», før inngrep tillates. Å møte ytringer med strenge straffer krever derfor at ytringene er særlig sårende eller krenkende.

²⁰⁶ HR-2019-2095-A avsnitt 27.

²⁰⁷ HR-2019-2095-A avsnitt 31 og 32.

²⁰⁸ Eckhoff (1971) s. 188.

²⁰⁹ Eckhoff (1971) s. 188-189.

²¹⁰ Viktigheten av barnets beste-hensynet begrunnes av grunnlovsforankringen i § 104, jf. tidligere beskrivelser.

²¹¹ Forskjellen ligger i at § 300 åpner for «penis inn og mellom de store og små kjønnslepper», jf. bokstav d.

Eckhoffs uttalelser kan altså konverteres til et praktisk utmålingssteg i straffespørsmålet. Steget handler om at strafferettsjuristen må identifisere hensynet som krenkes, samt kartlegge verdiens generelle innhold og viktighet. På denne måten skaffer rettsanvenderen «ammunisjon» til andre steg i rettsanvendelsen under dette momentet.

Det andre trekket handler om å vurdere det *konkrete inngrepet* i saken. Eckhoff skriver ikke om trekket direkte, noe som er logisk siden han tar sikte på å forklare likevektens opprinnelse og funksjon i sosiale og juridiske sammenhenger.²¹² Fra et metodisk ståsted, fremstår trekket som et naturlig oppfølgingssteg til hans uttalelser om hensynenes generelle viktighet. Fraværet av analyser medfører imidlertid at det er nødvendig å supplere ham med andre kilder, samt egne betraktninger.

Hvorvidt gjerningspersonens overtredelser er grove, moderate eller milde, beror hovedsakelig på hvilket syn samfunnet har på verdien. Som nevnt er noen verdier mer beskyttelsesverdig enn andre. I forarbeidene til straffeloven skiller departementet mellom tre generelle hovedgrupper. Øverst rangerer straffebudene som verner «enkelpersoners liv og selve samfunnsordenen». På det andre nivået er budene som beskytter «fysisk integritet og [...] felles livsgrunnlag (miljø)». Det siste er straffebudene som ivaretar «psykisk integritet og økonomiske interesser».²¹³ Ifølge departementet bør lovens strafferammer «gjenspeile om lovbruddet [dvs. interessekrenkelsen] er grovt, vanlig eller lite».²¹⁴ Selv om utsagnene knyttes til strafferammene bør rettsanvenderen anlegge et lignende skille mellom grove, ordinære og milde overtredelser i konkrete utmålinger. Rammene er nært forbundet med straffespørsmålet, og ifølge Gröning m. fl., samt Eskelands antydninger, danner disse «premise[t]» for straffutmålingen.²¹⁵

Andre momenter kan være inngrepets varighet, om handlingen gjentas, statusen på tiltalte, samt gjennomføringsmetoden.²¹⁶ På grunn av sakenes faktumvariasjoner vil drøftelsen nesten alltid bli skjønnsmessig, og det er neppe mulig å angi en uttømmende momentliste.²¹⁷

²¹² Se punkt 1.3.2 om særtrekkene ved Eckhoffs bok: «Rettferdighet».

²¹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 23.

²¹⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 23.

²¹⁵ Eskeland (2017) s. 426-427 og Gröning m. fl. (2019) s. 684.

²¹⁶ Eskeland (2017) s. 447, s. 451, s. 457 og s. 461.

²¹⁷ Se også Eskeland (2017) s. 439, hvor straffutmålingen karakteriseres som læren om «hundrevis av hensyn».

Som departementet påpeker, kan straffutmålingen «aldri [...] bli en matematisk prosess».²¹⁸ Det avgjørende etter Eckhoffs prinsipp vil alltid være om straffen fremstår moralsk likeverdig med handlingens grovhet.²¹⁹

Et eksempel på at begge metodestegene brukes i utmålingen er HR-2020-1945-A. Saken gjaldt en stortingsrepresentant som hadde utstedt fiktive reiseregninger i flere år. Representanten var erklært skyldig i bedrageri og spørsmålet for Høyesterett handlet om straffutmålingen.

Høyesterett innleder med at ordningen for reiseregninger er et utslag av «den tilliten man [...] har og må ha til Stortingets medlemmer».²²⁰ Uttalelsen illustrerer første metodesteg, hvor retten identifiserer hensynet som angripes av tiltaltes handlinger. Den utsatte verdien er tillitshensynet eller mer konkret: tillitsforholdet mellom lovgivningsmakten og befolkningen. Merknaden om at samfunnet «har og må ha» tillit til de folkevalgte viser hensynets generelle viktighet. Siden folket styrer samfunnet gjennom stortingsrepresentantene, vil tillitsforholdet være essensielt for opprettholdelsen av demokratiet.²²¹ Det demokratiske systemet kollapser om tilliten forsvinner og derfor «må» befolkningen ha tillit, slik Høyesterett påpeker. Av disse grunner er det tale om viktige verdier, hvilket innebærer at samfunnets tålegrenser må være lave.

Den spesifikke handlingen karakteriseres som «alvorlig», noe som er lite overraskende på grunn av overnevnte betraktninger. Høyesterett begrunner denne alvorligheten i at ordningen er «lett å misbruke» samt har «lav oppdagelsesrisiko».²²² På bakgrunn av tillitshensynet er det naturlig at systemet er lett å bedra. Samfunnsmedlemmene stoler såpass på stortingsrepresentantene at de er villige til å privilegere dem med lovs makten og forvaltningen av statens pengemidler, jf. Grunnloven § 75 første ledd bokstav a, c og d. Denne tillitserklæringen medfører at det er liten grunn til å bedrive etterkontroller av bl.a. utgifter i forbindelse med reiser. Av disse grunner er det oppsiktsvekkende eller alvorlig når representanten ikke viser seg tilliten verdig. I stedet for å beskytte tillitsbåndet, velger vedkommende å utnytte det til egen fordel. Pengemidlene som egentlig skal tjene samfunnets beste, havner i lommeboken på stortingsrepresentanten.

²¹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 130.

²¹⁹ Eckhoff (1971) s. 188, jf. også punkt 3.4.

²²⁰ HR-2020-1945-A avsnitt 26.

²²¹ Se Grunnloven § 49 første ledd, som beskriver at folket besitter lovgivningsmakten gjennom representantene.

²²² HR-2020-1945-A avsnitt 26.

Et annet eksempel på metodestegene er i HR-2017-1298-A. Saken gjaldt kulturminneloven²²³ §§ 27, jf. 13 annet ledd. Bestemmelsene ilegger straffansvar for den som ikke melder om funn av kulturminner til bl.a. politimyndigheten. Tiltalte hadde funnet flere gamle kulturminner ved hjelp av en metalldetektor, men bevisst unnlatt å melde disse inn. Straffespørsmålet stod sentralt i saken.

Innledningsvis peker Høyesterett på at straffen må fastsettes «i lys av det generelt strenge synet på miljøkriminalitet».²²⁴ Dermed identifiseres miljøhensynet som den utsatte verdien. Likevel er miljøverdien et omfattende begrep med mange ulike interesstyper. Domstolen konkretiserer at meldeplikten ivaretar «behovet for å sikre kontekst og mulighetene for å etablere den sanne kulturhistorien».²²⁵ På denne måten spesifiseres hensynet til sannferdig kulturhistorie som den aktuelle verdien i saken. Høyesterett avklarer samfunnets generelle syn på denne verdien ved å henvise til forarbeidene. Der fremheves det blant annet at kulturminnene er «uerstattelige» og at straffen skal «signalisere at samfunnet ser alvorlig på [slike] overtredelser».²²⁶ Dermed er det tale om viktige samfunnsverdier, noe som virker inn på tålegrensen i inngrepsvurderingen.

I denne vurderingen trekker Høyesterett frem tre skjerpene momenter. Det første og viktigste er at tiltalte «bevisst har satt meldeplikten til side», mens de øvrige er tidsperioden og omfanget av funnene.²²⁷ Faktorene leder til at Høyesterett anser 21 dager i fengsel som «passende».²²⁸ Det essensielle for strafferresultatet må være at tiltalte går bevisst inn for å trække på samfunnets muligheter til å avklare viktige sider ved kulturhistorien i Norge.

Oppsummert har gjennomgangen av straffelovens forarbeider og overnevnte rettspraksis vist at Eckhoffs generelle beskrivelser hviler på normativt fundament. I tillegg gir nevnte rettskilder grunnlag for å utfylle hans analyser med metodesteget om drøftelsen av det konkrete inngrepet. Metodestegene er som følger: (1) først må juristen identifisere hensynet som angripes, samt kartlegge verdiens generelle innhold, og (2) vurdere kvaliteten av det konkrete inngrepet.

²²³ Lov 9. juni 1978 nr. 50 om kulturminner (kulturminneloven).

²²⁴ HR-2017-1298-A avsnitt 20.

²²⁵ HR-2017-1298-A avsnitt 27.

²²⁶ HR-2017-1298-A avsnitt 14 og Ot.prp. nr. 51 (1991-1992) s. 18.

²²⁷ HR-2017-1298-A avsnitt 28 og 29.

²²⁸ HR-2017-1298-A avsnitt 33 – fradrag pga. tilståelsesrabatt inkluderes i straffutmålingen.

Til slutt må forholdet mellom dette verdimomentet og de øvrige kommenteres. Strengt tatt kan momentene om kroneverdi, skadegrad og fareomfang, plasseres under kapitlets verdimoment. Årsaken er at disse representerer krenkelser av fysisk, psykisk og økonomisk integritet, hvilket hører hjemme under graden av inngrep i etablerte verdier. Likevel er det hensiktsmessig å skille aspektene fra hverandre. Atskillelsen bidrar til å presisere innholdet i likevektsvurderingen med konkrete momenter. Derfor bør graden av inngrepskvalitet reserveres til vurderingene som ikke angår kroneverdien, skadegraden eller fareomfanget.

3.5.5 Særlig om nyttevirkningene som verdimomenter i likevektsprinsippet

Med «nyttvirkninger» menes hensynet til individual- og allmennprevensjonen. Temaet i denne delen handler om nyttevirkningenes plass og vekt i likevektsprinsippet. Allmennprevensjonen behandles først.

Allmennprevensjon er, som nevnt, ikke tillatt som operativt straffutmålingsmoment etter normen om moralsk likevekt. Prevensjonen aksepteres imidlertid som «begrunnelse for at retten benyttes», men reserveres til prinsippets pliktdel eller skyldspørsmålet.²²⁹ I praksis innebærer dette at prevensjonsformålet bare fungerer som hvilende hensyn (dvs. ikke praktisk brukende) i prinsippets innholdsdel/straffespørsmålet. Begrunnelsen for prinsippets restriktive holdning overfor allmennprevensjonen har sammenheng med normens partsintime rammer. Som nevnt må hensynene i straffutmålingen ha kontakt med fornærmede eller tiltalte.²³⁰ Prevensjonen har ingen nødvendig kobling med partsforholdet og havner derfor i periferien av operative hensyn under likevektsprinsippet.

Denne delen av prinsippet har imidlertid ikke normativ kildeforankring. Straffens formelle mål hviler tungt på allmennprevensjonen.²³¹ Praktisk bruk av allmennprevensjon kan også spores i et mangfold av høyesterettspraksis.²³² Fra nyere tid kan HR-2020-1356-A tjene som eksempel på direkte bruk av allmennprevensjonen i konkrete straffutmålinger.²³³

²²⁹ Eckhoff (1971) s. 185, jf. også punkt 3.4.

²³⁰ Se punkt 3.4 om rammene for skjønnsutøvelsen.

²³¹ Jf. punkt 3.4.1 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-80 og s. 145.

²³² Se f.eks. i Rt. 1970 s. 904, Rt. 1983 s. 1, Rt. 1983 s. 3, Rt. 1996 s. 38, Rt. 1996 s. 50, Rt. 1998 s. 174, Rt. 2005 s. 343 og Rt. 2013 s. 67.

²³³ HR-2020-1356-A avsnitt 43: Strafferesultatet begrunnes av «sterke allmennpreventive hensyn».

Til tross for at prinsippets standpunkt ikke kan brukes til å avvise allmennpreventive drøftelser, vil det likevel være egnet i rettspolitiske vurderinger. Dette medfører at likevektsprinsippet kan benyttes til å kritisere allmennpreventive straffutmålinger. Hvordan slike drøftelser kan gjøres i praksis vil behandles senere under punkt 3.7.

For individualprevensjonen er situasjonen annerledes. Eckhoff skriver at denne prevensjonen kan benyttes som «en begrensende faktor» på straffen.²³⁴ Det er verdt å bemerke at han bruker ordet «begrensende». Ordvalget medfører at vekten av individualprevensjonen fungerer ensidig i retningen av straffeformildelser; ikke skjerpelser. Eckhoff begrunner denne vinklingen med at straffegjennomføringen søker å «forbedre synderen» etter likevektsprinsippet.²³⁵ Prinsippet tar altså ikke sikte på at straffen skal virke avskrekkende på lovbrøyteren, hvilket kunne vært et logisk argument om individualprevensjonen brukes straffeskjerpene. I stedet for anlegges et rehabiliterende delformål, hvor meningen er at straffen kan reduseres om oppholdet får for store negative innvirkninger på forbryterens muligheter til å returnere som et velfungerende individ. For øvrig levner individualprevensjonen ingen problemer i forhold til skjønnsrammene, siden dette knyttes til utvekslingsaktøren: tiltalte.

Et godt eksempel på praktisk bruk av individualprevensjonen er Rt. 2010 s. 1313. Saken gjaldt en 17-åring som var tiltalte for flere ransforsøk. Spørsmålet var om tiltalte skulle straffedømmes til fengsel eller samfunnsstraff. Til fordel for samfunnsstraffen uttaler Høyesterett at denne vil bidra til «struktur i [tiltaltes] hverdag og støtte opp om hans personlige modning».²³⁶ Domstolen synes spørsmålet byr på «atskilling tvil», men siden det «er tale om førstegangsforbrytelser» får individualprevensjonen avgjørende vekt i retningen av samfunnsstraff.²³⁷ Avgjørelsen er i tråd med Eckhoffs analyser siden hensynet virker formildende. Så vidt meg bekjent finnes det ingen høyesterettsavgjørelser hvor hensynet tillegges skjerpene vekt. Mine undersøkelser har også støtte hos Eskeland, som mener det ikke eksisterer slike høyesterettsdommer.²³⁸ Fraværet av dette kan tas til normativt inntektsgrunnlag for at Eckhoffs ensidige vinkling faktisk utgjør gjeldende rett.

²³⁴ Eckhoff (1971) s. 185 sett i sammenheng med s. 187.

²³⁵ Eckhoff (1971) s. 185.

²³⁶ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 18.

²³⁷ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 19 og 20.

²³⁸ Eskeland (2018) s. 441

3.6 Reformuleringen fra likevektsprinsippet til morallikhetsprinsippet

Fra punkt 3.3 til 3.5, er plikt- og innholdsdelen av Eckhoffs likevektsprinsipp gjennomgått. I denne delen vil beskrivelsene med normativ (dvs. forsvarlig) kildeforankring sammenfattes til et helhetlig og reformulert likevektsprinsipp. Den reformulerte utgaven omtaler jeg, som nevnt, som *det moralske likevektsprinsippet for onder* eller *morallikhetsprinsippet*.²³⁹

Reformuleringsforslaget deles i tre ledd. Hvert ledd presenteres separat. Samtidig vil det knyttes en merknad til leddene, hvor innholdet og ordvalget begrunnes. Til slutt oppsummeres utgaven i en illustrasjon.

Pliktdelen, dvs. at «ondt skal (eller kan) gjengjeldes med ondt», foreslås reformulert til dette:

- Staten skal gjengjelde lovsdefinerte og viljestyrte onder med anerkjent straff. Det er ikke tillatt å straffe onder som preges av særlig unnskyldende omstendigheter.

Merknad til første ledd: Teksten gjenspeiler «kan-versjonen» av likevektsprinsippet. Ordene «lovsdefinerte» og «viljestyrte», belyser skyld- og legalitetsprinsippet. Med «anerkjent straff» menes straffartene med kulturforankring, hvilket er nedfelt i straffeloven §§ 29 og 30. Staten er inntatt både som straffe- og innbringelsesaktør. Ekskluderingen av fornærmede begrunnes av at rettskildene tilknyttet straffeprosessloven § 402 antyder et skeptisk syn. Antakelig vil regelen oppheves i fremtiden.²⁴⁰

Første ledd er neppe særlig praktisk. Elementene har såpass solid forankring i loven at juristen (med rette) vil bruke lovteksten i stedet for prinsippet. Frifinnelsesgrunnen etter andre punktum om «særlig unnskyldende omstendigheter» kan være av selvstendig betydning. Denne er bygd på bakgrunn av hovedtrekkene i straffeloven § 18 (nødverge). Det praktiske innholdet ligger i at handlinger som preges av aktverdige formål, som ikke kan oppnås på mildere vis, samt virker forsvarlig i lys av norske verdier, kan fremstå «særlig» unnskyldende.²⁴¹ Jeg kommer tilbake til hvordan dette kan fungere i praksis under domsanalysene i punkt 3.7. For øvrig kan leddet anses som en programerklæring om at Eckhoffs kan-versjon gjelder; ikke skal-varianten.

²³⁹ Se avslutningen under punkt 2.2.2.

²⁴⁰ Jf. tidligere drøftelser under punkt 3.3.2.

²⁴¹ Se punkt 3.3.2 og 3.5.1 om gode motiver.

Innholdsdelene: «på slik måte og i slik utstrekning at det skapes likevekt», foreslås reformulert til følgende:

- Straffens art og omfang skal stå i moralsk likevekt med handlingens grovhet. Hvis allmenne rettsfølelser kan forankres i pålitelige kilder, skal disse være målestokken for likevekten.

Merknad til annet ledd: Leddet reflekterer vurderingstemaet til straffespørsmålet. Kjernen er «morsk likevekt», hvor retningslinjene i skjønnsutøvelsen hører med i begrepet. Disse handler om at hensynene må knyttes til én av aktørene før de anses legitime.²⁴² Logisk sett innebærer dette at hensyn med dobbel partstilknytning (som f.eks. skadeomfang og kroneverdi) har større vekt enn hensyn med enkel partstilknytning (f.eks. individualprevensjon). Retningslinjene gir altså pekepinner på relevansen og vekten av hensynene i straffeutmålingen. Samtidig bringer likevektsideen med seg et viktig budskap til rettsanvendelsen. Juristen behøver ikke å være redd for å rette fokuset på de moralske sidene ved handlingen, samt knytte straffen direkte til dette. Det er ikke nødvendig å knytte løse årsakssammenhenger mellom ondets moralske klander og allmennprevensjonen. Prinsippet betrakter allmennprevensjonen som ønskelige bivirkninger av den moralske dom som faller over tiltalte.

Andre punktum angir allmenne rettsfølelser som målestokk til likevekten. Denne kompenserer for problemene med «moral» som målestokk. I stedet for å basere den likeverdige straffen på egne betraktninger, kan rettsfølelsene gi vurderingen et objektivt innslag.²⁴³ Forutsetningen er at rettskildeprinsippet eller kildekravet om «pålitelige kilder» innfris. Prinsipielt sett oppstilles ingen krav til arten av kilden. Kildetyper som f.eks. forarbeider, etterarbeider, juridisk litteratur, rettspraksis eller andre dokumenter kan være aktuelle, såfremt kildetyper gir et troverdig bilde av rettsfølelsene. Derimot er nok realiteten at arten av kilden er vesentlig viktig i drøftelsen av pålitelighet. For eksempel må direkte og indirekte lovgiverutsagn representerer betraktelig mer troverdige holdepunkter for rettsfølelsene enn private innbyggerundersøkelser.²⁴⁴ Om kildene ikke er pålitelige, bør juristen avstå fra praktisk argumentasjon med allmenne rettsfølelser.

²⁴² Skjønnsrammene er utdypet under punkt 3.4.

²⁴³ Se punkt 3.4 om hensynene som taler for at rettsfølelsene utgjør en hensiktsmessig målestokk i drøftelsen.

²⁴⁴ Se f.eks. LB-2020-102624, hvor forsvarer John Christian Elden forsøkte å vise til innbyggerundersøkelser fra Opinion AS for å illustrere at allmenne rettsfølelser talte mot varetektsfengsling av Eirik Jensen.

Innholdsdelen foreslås utvidet med følgende verdimomenter:

- Gjerningspersonens skyld og motiver er sentralt i vurderingen av likevekten. Andre momenter er blant annet kroneverdien på utsatte goder, fornærmedes skadeomfang, ondepåføringens farepotensial, samt viktigheten og inngrepsgraden i hensynet som angripes. Individualprevensjonen kan tillegges en viss straffeformildende vekt.

Merknad til tredje ledd: Formuleringen oppstiller verdimomentene i vektrelatert rekkefølge fra første til tredje punktum. Øverst rangeres skyld og motiver, på midten er Eckhoffs fire øvrige momenter, og nederst er individualprevensjonen. Momentenes innhold er behandlet tidligere.²⁴⁵ Som nevnt er disse aktuelle om strafferresultatet ikke kan begrunnes av allmenne rettsfølelser etter prinsippets annet ledd andre punktum.

I tillegg er sekkebetegnelsen «blant annet» inntatt i andre punktum. Formålet med denne er å åpne for at andre hensyn enn de opplistede kan vektlegges i straffutmålingen. Legitimiteten av disse alternative hensynene er avhengig av skjønnsrammene i vurderingstemaet. Avgjørende er derfor om interessene har kontaktflater til tiltalte eller fornærmede. Noen eksempler fra Eckhoff med enkeltvis partstilknytning er tiltaltes alder, yrke, kjønn eller utdanning, eventuelt indirekte skadefølger hos fornærmede.²⁴⁶ Eksempler på alternative hensyn med dobbel partstilknytning er bl.a. leder- og ansattforhold, familierelasjoner eller andre psykologiske bånd mellom tiltalte og fornærmede. Mange ulike hensyn kan være aktuelle, men som Eskeland skriver, er det «ikke mulig å foreta noen positiv oppregning av alle hensyn [i straffeutmålingen]».²⁴⁷

Avsluttende kommentar og oppsummering:

Disse leddene mener jeg fanger opp de essensielle delene av Eckhoffs beskrivelser som innehar normativ rettskildeforankring. Jeg som tekstforfatter har ikke myndighet til å lage bindende prinsipper for rettsanvendelsen, hvilket medfører at reformuleringsforslaget i seg selv mangler autoritativt grunnlag. Utkastet mitt kan derfor bare fungere som underliggende retningslinjer for praktiske spørsmål, og da hovedsakelig straffutmålingsvurderinger. Morallikhetsprinsippet kan oppsummeres og illustreres på følgende måte:

²⁴⁵ Se punkt 3.5.1 til 3.5.5.

²⁴⁶ Eckhoff (1971) s. 190.

²⁴⁷ Eskeland (2017) s. 439.

Det moralske likevektsprinsippet for onder

Staten skal gjengjelde lovsdefinerte og viljestyrte onder med anerkjent straff. Det er ikke tillatt å straffe onder som preges av særlig unnskyldende omstendigheter.

Straffens art og omfang skal stå i moralsk likevekt med handlingens grovhet. Hvis allmenne rettsfølelser kan forankres i pålitelige kilder, skal disse være målestokken for likevekten.

Gjerningspersonens skyld og motiver er sentralt i vurderingen av likevekten. Andre momenter er blant annet kroneverdien på utsatte goder, fornærmedes skadeomfang, ondepåføringens farepotensial, samt viktigheten og inngrepsgraden i hensynet som angripes. Individualprevensjonen kan tillegges en viss straffeformildende vekt.

248

3.7 Er morallikhetsprinsippet hensiktsmessig i praktisk rettsanvendelse?

Etter prinsippkonstruksjonen i forrige kapittel, vil det naturlige oppfølgingssteget være å teste det i praksis. I denne delen vil dette gjøres ved å analysere totalt sju høyesterettsdommer i lys av det reformulerte likevektsprinsippet. Formålet er å vise hvordan hovedtrekkene i prinsippet kan fungere normativt.

Domsutvalget er litt tilfeldig, men det har vært et mål å finne saksforhold etter år 2000 som er egnet til å illustrere samtlige innholdsdelene. I tillegg har jeg oppstilt som vilkår for seleksjonen at straffutmålingen i minimal grad beror på sammenligninger med tidligere høyesterettspraksis. Sammenligninger brukes hyppig i praksis, men siden konseptet tilhører fordelingsrettferden vil det være utenfor avhandlingens tema.²⁴⁹

Analysemetoden er hovedsakelig av materiell art, men for to av domsanalysene er metodikken litt særegen. Den ene særegne analysen er av Rt. 2009 s. 1412, hvor prinsippet vil brukes i et kritisk eller rettspolitisk lys. Den andre er HR-2016-2507-A, hvor gjennomgangen handler om hvorfor prinsippet er lite egnet som straffutmålingsnorm.

²⁴⁸ Illustrasjonen er laget i Microsoft PowerPoint av meg.

²⁴⁹ Se Eckhoff (1971) s. 188 om sammenligninger med tidligere rettspraksis under fordelingsrettferdigheten.

3.7.1 Rt. 2000 s. 646 («barmhjertighetsdrapet»)

Formålet med domsanalysen er å vise hvordan morallikhetsprinsippet kan utfylle begrunnelsen bak Høyesteretts konklusjon om straffutmålingsutsettelse.

Saken om «barmhjertighetsdrapet» angikk en lege som satte morfinoverdose på en dødssyk og invalid pasient. Forut for overdosen hadde pasienten uttrykt «innstendige og gjentatte ønsker» om å bli fridd fra «uhelbredelig sykdom som medførte invaliditet og [...] sterke smerter».²⁵⁰ For Høyesterett var spørsmålet om rettsstridsreservasjonen tilsa at drapsbestemmelsen måtte tolkes innskrenkende, slik at legen ble frifunnet. Høyesterett avviste dette, og begrunnet standpunktet med at lovgiver hadde «truffet det bevisste valg» om at dødshjelp skal straffes.²⁵¹

Legen dømmes derfor for forsettlig drap, men i straffutmålingen er Høyesterett svært kortfattet. De stiller seg «enig i lagmannsrettens begrunnelse» for utsettelse av straffutmålingen og mener det viktigste er «å få fastslått at handlingen er lovstridig».²⁵² At straffutmålingsutsettelsen ikke er begrunnelsesverdig fremstår underlig. Ettersom legen ikke får straff for forsettlig drap, kan rettsavgjørelsen oppfattes som en reell frifinnelse. Heller ikke henvisningen til lagmannsretten er særlig tilfredsstillende. Lagmannsretten vektla «barmhjertighetshensyn», at døden var sterkt «ønsket av pasienten», samt tiltaltes alder på «81 år».²⁵³ Hensynene utdypes i svært liten grad.

Av disse grunner foreligger det et behov for utdypende begrunnelser av utmålingsutsettelsen.

Morallikhetsprinsippet kan avhjelpe begrunnelsesbehovet. Ifølge prinsippet annet ledd beror straffutmålingen på normen om «moralsk likevekt». Som leddet foreskriver, skal rettsfølelsene danne målestokken for likevektsvurderingen om kildegrunnlaget er «pålitelige». Rettsfølelsene i saken hviler på et pålitelig lovgrunnlag, men grunnlaget åpner kun for at aktiv dødshjelp kan møtes med «lavere straff enn det som ellers gjelder for drap».²⁵⁴ Utover dette gir rettsfølelsene ingen retningslinjer, og det oppstilles ikke eksakte straffesatser for legens handlinger. Derfor er det ikke grunnlag til å bygge straffutmålingsutsettelsen direkte på allmenne rettsfølelser.

²⁵⁰ Rt. 2000 s. 646, på s. 652.

²⁵¹ Rt. 2000 s. 646, på s. 653.

²⁵² Rt. 2000 s. 646, på s. 653-654.

²⁵³ LB-1998-3115

²⁵⁴ Se 1902-straffeloven § 235 annet ledd, jf. også Rt. 2000 s. 646, på s. 653.

Utmålingen beror derfor på et skjønn, men verdimomentene i prinsippets tredje ledd kan bidra med retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Aktuelle momenter for saken antas å være legens skyld og motiver, samt fornærmedes skadeomfang. Siden «skyld og motiver» står i kontekst med vektingsregulatoren «sentralt» må disse tillegges større vekt enn fornærmedes skadeomfang.

I det følgende vil jeg presentere et forslag til begrunnelse for straffutmålingsutsettelsen i saken. Skjønnsvurderingen gjøres på bakgrunn av verdimomentene.

Argumentene som taler for streng straff, er legens skyld og fornærmedes skadeomfang. Først behandles skadeomfanget. Siden overdosen leder til et menneskelig dødsfall kan konsekvensen sies å overstige alle former for kroppslige skader. Med dette menes at dødsfølgen er verre enn blåmerker, beinbrudd, organskader eller livsvarige sanseskader som f.eks. blindhet, døvhet eller stumhet. Døden kan betraktes som «toppen av pyramiden» blant kroppsskadene, hvilket leder til at skadeomfanget trekker i retningen av streng straff. Neste faktor er legens generelle skyld. Legen har hensiktsforsett siden han «ville hjelpe henne med [å dø]». ²⁵⁵ Dette forsettet fører til at legen satte 400 milligram morfin i pasienten – altså flere tusen prosent over anbefalt dose. ²⁵⁶ Viljen kan knyttes direkte til dødsfølgen, i betydningen at legen fikk det resultatet han tok sikte på å oppnå. På samme måte som skadeomfanget taler dette for streng straff, men siden skylden står «sentralt», er hensiktsforsettet særlig tungtveiende. ²⁵⁷

På den annen side taler legens motiver for mild straff. Som prinsippet foreskriver, regnes gode eller aktverdige formål som straffeformildende. ²⁵⁸ Legens intensjoner kan være preget av slike. Pasientens sykdom var uheldelig og smertene uutholdelige. Hennes brennende ønsker om å få hjelp til å avslutte livet kunne bare møtes på én forsvarlig måte: med legens «dødssprøyte». Fordi, bare på den måten kunne han konvertere livet hennes fra et mareritt til endelig stillhet og smertefrihet. Derfor domineres legens motiver ikke av drapshensikter eller «mord for mordets skyld», men barmhjertighet og omsorg. Dødsfølgen var en nødvendig forutsetning for å oppnå dette formålet. Av disse grunner må legens omsorgsmotiver kvalifisere som aktverdige eller gode, noe som trekker i straffeformildende retning.

²⁵⁵ Rt. 2000 s. 646, på s. 649.

²⁵⁶ Se www.felleskatalogen.no, om *Morfin Abcur* hvor anbefalt dose er mellom 10-15 milligram.

²⁵⁷ Se tredje ledd første punktum i prinsippet under punkt 3.6.

²⁵⁸ Se punkt 3.6, jf. punkt 3.5.1.

Ettersom det finnes sterke argumenter på begge sidene av saken, er det behov for å harmonisere argumentene. Prinsippets vektregulator «sentralt» medfører at motivet må tillegges større vekt enn fornærmedes skadeomfang. Derimot kan dette ikke brukes overfor skylden ettersom begge er underlagt samme regulator. Avveiningen koker derfor ned til betydningen av hensiktsforsett mot barmhjertighetsformålet. For å avklare forholdet mellom disse kan prinsippets frifinnende argument om «særlig unnskyldende» gi inspirasjon.²⁵⁹ Ettersom denne er bygd på bakgrunn av straffeloven § 18, vil det være relevant om overdosen var mildeste mulighet for å oppnå barmhjertighetsformålet, samt om utfallet åpenbart strider med norske verdier.²⁶⁰ Hvis begge faktorene er oppfylt, må motivet anses «særlig unnskyldende».

Først behandles handlingsalternativene til legen. Et alternativ som fremstår barmhjertig overfor damen, er smertelindring. Behandlingen forutsetter sykehusinnleggelse, noe damen «absolutt ikke ville».²⁶¹ I tillegg følger det av sakens faktum at lindring ville «forsterke pusteproblemene» hennes.²⁶² Av disse grunner kan smertelindring ikke betraktes som særlig omsorgsfullt, hvilket leder til at overdosen fremstår som mildeste alternativ. Det gjenstående momentet er om hjelpen strider med norske verdier. Argumentet tilknyttet rettsfølelsene kan tas til inntekt for at det er tilfellet. Som nevnt har samfunnet bedømt aktiv dødshjelp som straffverdigg, men likevel viser åpningen for mildere straff at straffverdigheten ikke er ubetinget.²⁶³ Disse betraktningene må være avgjørende for at handlingen ikke kvalifiserer som «særlig» unnskyldende, men samtidig kan samfunnssynet tas til inntekt for at saken befinner seg i et grenseområde. Grensen mot full frifinnelse må medføre at motivet tillegges ekstra straffeformildende vekt.

Samlet medfører dette at barmhjertighetsmotivet tillegges sterkere vekt enn hensiktsforsett til legen. Barmhjertigheten fører til at den moralske verdien ved drapet reduseres til et nivå hvor det verken kvalifiserer til bøter eller fengsel. Kun et formelt papirstempel om at legen straffes for drap står i moralsk likevekt med handlingens grovhet. Morallikhetsprinsippets retningslinjer vil derfor, på samme måte som Høyesterett, komme frem til at straffutmålingsutsettelsen er det riktige eller passende straffenivået i saken.

²⁵⁹ Se kommentaren til første ledd i morallikhetsprinsippet under punkt 3.6.

²⁶⁰ Inspirert av straffeloven § 18 bokstav b «nødvendig» og bokstav c «åpenbart ut over hva som er forsvarlig».

²⁶¹ Rt. 2000 s. 646, på s. 648.

²⁶² Rt. 2000 s. 646, på s. 648.

²⁶³ Følger forutsetningsvis av Rt. 2000 s. 646, på s. 653, jf. også 1902-straffeloven § 235 annet ledd.

Begrunnelsesforslaget ovenfor har belyst hvordan prinsippet kan gi konklusjonen til retten større substans. Samtidig tjener forslaget som eksempel på hvordan selvstendig argumentasjon med prinsippet kan fungere. Derimot er antakelig detaljgraden i gjennomgangen større enn hva som kan forventes i praksis. Min gjennomgang gir i tillegg inntrykk av at prinsippet brukes som et selvstendig rettsgrunnlag for straffutmålingen, noe som ikke er hensiktsmessig.²⁶⁴ Innholdet i prinsippet har normativ dekning, men ikke prinsippet i seg selv, jf. de avsluttende merknadene under punkt 3.6. Praktisk prinsippargumentasjon bør derfor baseres på en forenklet versjon av det overnevnte, hvor essensen er å få frem verdimomentene og forholdet imellom dem. I tillegg kan retningslinjene hjelpe rettsanvenderen med å finne de faktumrelevante momentene.

3.7.2 Rt. 2006 s. 164 (straff for seksuelle overgrep mot barn)

Målsetningen med domsanalysen er å illustrere hvordan prinsippet kan forsterke argumentene til Høyesterett. Aktuelle verdimomenter for saken er «viktigheten og inngrepsgraden i hensynet som angripes», tiltaltes «motiver», og sekkebetegnelsen «blant annet».

I saken hadde en mann blitt masturbert av sin fireårige stedatter, samt onanert foran henne flere ganger. Disse handlingene kvalifiserte som seksuelle omganger og seksuelt krenkende atferd etter 1902-straffeloven §§ 195 og 201 første ledd. Spørsmålet overfor Høyesterett var isolert til straffutmålingen.²⁶⁵ Høyesterett fastsetter straffen til fengsel i to år.²⁶⁶ Straffenivået begrunnes hovedsakelig av følgende tre momenter: tillitsbruddet overfor datteren, tidligere domfellelser og straffesakens liggetid.²⁶⁷ I de neste avsnittene vil hvert moment analyseres og vurderes i lys av morallikhetsprinsippet.

Det første momentet relateres til hvilket tillitsbrudd tiltaltes handlinger medførte overfor barnet. Høyesterett uttaler at handlingen representerer et «angrep på den trygghet som [barnet] har krav på i sitt hjem», samt at dette utgjør «grove tillitsbrudd overfor [...] hans stedatter». Momentet tillegges straffeskjerpene vekt.²⁶⁸ Med dette sikter nok domstolen til at ondepåføringen tilsier krenkelser av barnets beste-hensynet, eller konkret, hensynet til barnets trygghet og seksualitet.

²⁶⁴ Se mer om dette i den avsluttende kommentaren under punkt 3.6.

²⁶⁵ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 1.

²⁶⁶ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 17.

²⁶⁷ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 14 til 16.

²⁶⁸ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 14.

I sammenheng med prinsippet kan argumentet plasseres under verdimomentet «viktigheten og inngrepsgraden i hensynet som angripes».²⁶⁹ Slik prinsippet antyder, forutsetter vurderingen av dette at hensynet identifiseres, kartlegges generelt og vurderes konkret.²⁷⁰ Høyesteretts utsagn viser hensynsidentifikasjonen og delvis den konkrete inngrepsvurderingen. Det generelle synet eller viktigheten av barnets beste-idealet kartlegges ikke.

Hvis hensynets generelle viktighet hadde vært kartlagt kunne kvaliteten i begrunnelsen økt. I tillegg kan det være lettere å begrunne hvorfor tillitsbruddene overfor stedatteren er grove. For eksempel kunne Høyesterett vist til hensynets forankring i Grunnloven § 104 annet ledd, samt barnekonvensjonens artikkel 3.²⁷¹ Slike konstitusjonelle og semi-konstitusjonelle grunnlag vil innebære at barnets beste-hensynet utgjør én av grunnpilarene i norsk rettsanvendelse. Dermed er hensynet særlig beskyttelsesverdig, hvor selv små krenkelser kan utgjøre alvorlige lovbrudd. Samtidig kan barneloven § 48 annet ledd bidra til å presisere at barn skal beskyttes mot «skade eller fare» for deres «fysiske og psykiske helse».²⁷² Bare ved å klargjøre dette bakgrunnsbildet kan det fremstå intuitivt og innlysende hvorfor overgrepene utgjør grove tillitsbrudd. Riktignok må inngrepsvurderingen alltid gjøres, men poenget er at effekten av hensynets generaliteter kan tale for seg selv.

I tillegg kan kartleggingen hjelpe med å skille mellom onde og gode motiver. Et ondt motiv vil gjerne forutsette vilje til å bryte moralske samfunnsstandarder, mens gode motiver vil søke å ivareta eller beskytte disse. Hensynets generalitet avklarer innholdet i standarden, og hvis dette ses i sammenheng med utøverens formål kan det peke mot om intensjonen er krenkende (ondt) eller beskyttende (godt). Slikt sett har dette rettsanvendelsessteget en motivrelatert og praktisk funksjon som kan hjelpe rettsanvenderen i straffutmålingen.

På den annen side kan det hevdes av barnets beste-hensynet er «selvsagt» i rettsanvendelsen og derfor er det unødvendig at Høyesterett utbroderer dette. Likevel skrives dommer ikke bare for etablerte jurister, men også for alminnelige borgere som mangler slike forhåndskunnskaper.

²⁶⁹ Se tredje ledd andre punktum i morallikhetsprinsippet under punkt 3.6.

²⁷⁰ Jf. punkt 3.5.4.

²⁷¹ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 – inkorporert ved innføring av lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2, jf. 3 første ledd.

²⁷² Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

Ved å vise til overordnede normer som Grunnloven og menneskerettighetene, illustrerer retten at utmålingen beror på demokratisk vedtatte idealer. Uten forankringen kan det oppstå fare for at borgerne misforstår domstolens argumentasjon, og tror at barnets beste-hensynet er noe som tilhører dommerens personlige meninger. Av hensyn til tilliten mellom domstolen og borgerne bør verdien forankres til tross for at den anses som en «juridisk selvfølghet».

Prinsippets andre steg i rettsanvendelsen er å vurdere inngrepsgraden i saken.²⁷³ Til dette uttaler Høyesterett at handlingene «ikke [er] blant de groveste og mest omfattende», men at de likevel utgjør «grove tillitsbrudd».²⁷⁴ Intuitivt kan uttalelsene fremstå motstridende. Om inngrepet til tiltalte «ikke [er] blant de groveste» – hvorfor er tillitsbruddet fortsatt grovt, og ikke mildt eller moderat? Logisk sett bør grove inngrep lede til grove tillitsbrudd, moderate inngrep til moderate tillitsbrudd osv. Svaret på spørsmålet, eller forklaringen bak Høyesteretts utsagn, kan utledes ved bruk av retningslinjene i prinsippet.

Rettsfølelsene i 1902-straffeloven (som gjaldt på domstidspunktet) kan begrunne at handlingen «ikke [er] blant de groveste». Loven sondret primært mellom tre typer seksualinngrep, hvor det mildeste var seksuelle handlinger.²⁷⁵ Seksuelle omganger var moderate inngrep og samleier var grovest.²⁷⁶ Skillet er videreført i gjeldende straffelov. Ut fra tredelingen vil tiltaltes onani-handlinger innebære moderate og milde inngrep – altså «ikke blant de groveste» som domstolen påpeker. Imidlertid er dette et utgangspunkt, og ikke forklaringen bak tillitsbruddets grovhet.

Grovheten kan begrunnes av tiltaltes gjentakende mønster. Det er ikke tale om et enkelttilfelle. Tvert imot må stedatteren tåle å bli utnyttet til fordel for stefarens nytelser, igjen og igjen. I lys av overnevnte barnets beste-hensyn øker dette sannsynligvis risikoen for helseskader og derfor graden av hensynskrenkelser. Samtidig er datteren fire år og totalt avhengig av hjelp, omsorg og respekt. Både denne familiære relasjonen og handlingsrepetisjonen bør tilsi at intensiteten av inngrepet samlet sett er høy. Av disse grunner vil det, i tråd med prinsippets retningslinjer, være tale om et grovt inngrep i et meget beskyttelsesverdig hensyn. Verdimentet om graden og viktigheten av hensynet som angripes trekker følgelig i straffeskjerpene retning.

²⁷³ Se punkt 3.6, jf. punkt 3.5.4.

²⁷⁴ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 14 og 15.

²⁷⁵ 1902-straffeloven § 200. Følger nå av straffeloven § 297.

²⁷⁶ 1902-straffeloven §§ 195 (seksuell omgang) og 200 (samleie). Nå lovfestet i straffeloven §§ 299 og 300.

Det neste momentet relateres til betydningen av tidligere domfellelser. Høyesterett påpeker at handlingen er «særlig alvorlig» når den «ses i sammenheng» med tidligere dommer for «utuktig omgang [...] samt voldtektsforsøk og seksuell omgang med to venninner av døtrene».²⁷⁷ Retten vektlegger også at tiltalte forsøkte å holde overgrepene «skjult for omverden».²⁷⁸

Problemet med denne uttalelsen er at Høyesterett ikke presiserer hvorfor tidligere domfellelser medfører at handlingen fremstår «særlig alvorlig». I kontekst med prinsippet kan domfellelsene knyttes til motivene i form av hensynsløs opptreden.²⁷⁹ Ved at slike onde motiver står «sentralt» i straffutmålingen vil eksistensen av disse nærmest automatisk medføre et alvorlig eller strengt utgangspunkt. Temaet i det følgende handler om hvordan domfellelsene kan subsumeres under hensynsløse motiver.

Ettersom tiltalte allerede er dømt for tilnærmet likeartede handlinger utviser han et forherdet sinnelag. Å forgripe seg på barn begynner å bli normalisert. Dette har han gjort før, blitt dømt for, men fortsetter likevel. Egoismen rår, og viktigst, er å oppnå egen tilfredsstillelse uavhengig av helsefarene overfor barnet. At samfunnet betrakter overtredelsene som uakseptable har ingen innvirkning på tiltalte. De tidligere domfellelsene ledet til at tiltalte ble mer utspekulert, ved at han forsøkte å skjule overgrepene. Hensynsløsheten ligger i at dommene, samt hans etterfølgende opptreden, viser at motivet er selvsentrert og skadelig for andre. Uten motivet ville handlingen mot stedatteren ikke funnet sted, noe som illustrerer hvorfor dette må tillegges klart straffeskjerpene retning. Eventuelt hvorfor retten anser det «særlig alvorlig».²⁸⁰

Det siste momentet er av straffeformildende art og knytter seg til straffesakens liggetid. Retten vektlegger tidsperioden på «nesten fire år – mellom pågripelse og endelig dom» i formildende retning.²⁸¹ Høyesterett bruker momentet til å redusere fengselsstraffen fra lagmannsretten på to år og tre måneder til to år.²⁸² Reduksjonen anses liten, noe som medfører at liggetidens virkning på straffen er laber. Prinsippets vurderingstema kan begrunne hvorfor dette er tilfellet.

²⁷⁷ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 15.

²⁷⁸ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 15.

²⁷⁹ Se punkt 3.5.1.

²⁸⁰ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 15.

²⁸¹ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 16.

²⁸² Rt. 2006 s. 164 avsnitt 16.

Først er det verdt å bemerke at tidsaspektet ikke er opplistet blant verdimomentene i prinsippets tredje ledd. Derimot kan det diskuteres om momentet lar seg innpasse i sekkebetegnelsen «blant annet». Forutsetningen er at det kan knyttes til én av utvekslingspartene i tråd med det moralske vurderingstemaets partsintime fokus.²⁸³ Denne tilknytningen kan utledes av liggetidens effekter overfor tiltalte. Ved lang ventetid utsettes ham for belastningen av en usikker fremtid. Byrden virker som et selvstendig psykisk onde overfor vedkommende. Dermed har tidsforløpet kontakt med tiltalte, hvilket leder til at det aksepteres gjennom tillegget «blant annet».

Hvorfor liggetiden må tillegges formildende vekt, samt momentets generelle vekt, kan forklares gjennom vurderingstemaet. Begrunnelsen for vektleggingen utledes av prinsippets metaforiske «vektskåler». Liggetidens psykiske onder på tiltalte kan føre til skjevheter i forholdet mellom partene. Med dette menes at den samlede ondepåføringen av liggetiden og straffen kan lede til at tiltaltes «vektskål» overgår vekten av handlingens grovhet i fornærmedes «vektskål». Tiden er umulig å fjerne og derfor må straffen reduseres til et nivå hvor «vektskålene» korresponderer med hverandre. Slikt sett kan straffereduksjonen være nødvendig for å oppnå moralsk likevekt.

I fortsettelsen av dette forteller vurderingstemaet også noe om tidsforløpets generelle vekt. Som prinsippet foreskriver, beror vekten på partstilknytningen. Dobbel partskontakt innebærer stor vekt, mens enkeltvis tilknytning har moderat eller liten vekt avhengig av forbindelsen til tiltaltes ondepåføring.²⁸⁴ I denne saken er liggetiden ensidig tilknyttet tiltalte og den har ingen kontakt med hans seksuelle handlinger overfor fornærmede. Av den grunn har tidsforløpet lav generell vekt, noe som kan begrunne at Høyesterett kun trekker tre måneder fra fengselsstraffen.²⁸⁵

Oppsummert kan Høyesteretts fengselsstraff på to år begrunnes slik: Tiltaltes inngrep i barnets beste-idealet sammen med hans hensynsløse motiver danner grunnlaget for utgangspunktet på fengsel i to år og tre måneder. Blant disse har motivene størst vekt, noe Høyesterett indirekte anerkjenner ved å tillegge domfellelsene «betydelig vekt».²⁸⁶ Samtidig virker liggetidens onder mot tiltalte i straffeformildende retning. På grunn av momentets lave partstilknytninger må det tillegges liten vekt, noe som medfører tre måneder – dvs. cirka ti prosent – i straffereduksjon.

²⁸³ Se punkt 3.6, jf. punkt 3.4.

²⁸⁴ Se merknaden til tredje ledd i prinsippet under punkt 3.6.

²⁸⁵ Se ovenfor, jf. også Rt. 2006 s. 164 avsnitt 16.

²⁸⁶ Rt. 2006 s. 164 avsnitt 17.

Gjennomgangen har vist hvordan verdimomentene kan forsterke argumentene til Høyesterett. Særlig kommer dette til uttrykk ved måten prinsippet avdekker begrunnelsen for at momentene bør tillegges skjerpene eller formildende vekt. Tiltaltes tidligere domfellelser illustrerte også hvordan objektive faktorer kan brukes til å belyse subjektive motiver. Slik bruk av momentene bidrar til å fremheve personorienterte trekk som motiver og tankeprosesser. Straffen blir derfor et resultat av viljer som utkrystalliseres i faktiske krenkninger, istedenfor vage skjønnsord som «alvorlig» eller «grovt». Det leder til at strafferettens moralske rettferdighetspreg trekkes frem i lyset. Og slik kommisjonen påpeker, sitter denne rettferdighetsideen «dypt i det menneskelige sinn».²⁸⁷ Analysen og vurderingen kan tjene som eksempel på hvordan prinsippet anerkjenner denne menneskelige intuisjonen.

3.7.3 Rt. 2009 s. 1412 (allmenne rettsfølelser som straffeskjerpene moment)

Formålet med domsanalysen er å vise hvordan prinsippet kan brukes til å kritisere resultatet av straffutmålingen til Høyesterett. Grunnlaget for kritikken ligger i at straffen til Høyesterett står i sterk kontrast med prinsippets vektregulator for allmenne rettsfølelser.

Saken gjaldt straffutmålingen for tiltaltes gjentatte voldtekter av sin datter. Problemstillingens kjerne var om et etterfølgende lovforarbeid kunne tillegges straffeskjerpene vekt. Før analysen starter, er det nødvendig å redegjøre for bakgrunnen til dette etterarbeidet.

Bakgrunnshistorien startet med at stortingsflertallet uttrykte misnøye over straffenivåene i saker om grov vold, seksuelle overgrep og drap. Misnøyen kom tre år på rad i budsjettinnstillingene, men uten at det fikk noen innvirkning på straffenivåene i domstolene.²⁸⁸ Forsøket fra Stortinget fortsatte med utarbeidelsen av flere dokumenter hvor justiskomiteen og departementet tok tak i flere rettsavgjørelser, kritiserte dem, samt foreslo nye straffesatser.²⁸⁹ Dette førte bare til små endringer i utmålingspraksisen. På et tidspunkt uttalte departementet at det kunne «diskuteres om domstolene har vært på linje med den alminnelige rettsfølelse».²⁹⁰

²⁸⁷ NOU 2002:4 Ny straffelov s. 118, jf. også punkt 3.4.1.

²⁸⁸ Se Budsjettinnstilling S. nr. 4 (1996-1997), samt årgangen 1997-1998 og 1998-1999. I tillegg uttrykkes ønsket om straffeskjerpelse i Innst. S. nr. 168 (1997-1998).

²⁸⁹ Se f.eks. Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 40, Innst. O. nr. 92 (1999-2000) og Innst. O. nr. 72 (2004-2005) pkt. 10.2.2.

²⁹⁰ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 38.

I Rt. 2001 s. 1674 valgte Høyesterett til dels å imøtekomme Stortingets anmodninger ved at de aksepterte en «gradvis skjerpning» av straffen i nevnte saksforhold.²⁹¹ Begrunnelsen for at skjerpelsen måtte skje «gradvis» var strid med tilbakevirkningsforbudet.²⁹² Jeg kommer tilbake til denne begrunnelsen senere i domsanalysen.

Domsavgjørelsen provoserte antakelig lovgiver. Den førte til at justiskomiteen sammenfattet et innstillingsvedtak med klare retningslinjer til straffutmålingen. I vedtaket påpekte komiteen at retningslinjene skulle gi «klare føringer for hvilket straffenivå domstolene [...] skal legge seg på», samt at straffesatsene i vedtaket skal «gjelde straks».²⁹³ Komiteen regnet med domstolene ville bøye seg siden de anså innstillingen som «tydelige [...] signaler til domstolen».²⁹⁴ Tidligere justisminister Knut Storberget omtalte innstillingen som «marsjordren» til domsmakten.²⁹⁵

Spørsmålet i Rt. 2009 s. 1412 var hvordan Høyesterett skulle forholde seg til dette etterarbeidet.

Flertallet følger linjen fra 2001-dommen. Slik Høyesterett uttaler, medfører det at etterarbeidet «ikke [...] tillegges noen selvstendig vekt» for handlinger begått *før* vedtakstidspunktet, mens for handlinger *etter* vedtaket virker det «skrittvis» straffeskjerpene.²⁹⁶ Begrunnelsen hviler på «de hensyn som ligger bak tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7».²⁹⁷

Standpunktet innebærer at rettsfølelsene, i hovedsak, avfeies som straffeskjerpene argumenter. Ved at retten åpner for «skrittvis» skjerpelse er det ikke tale om totalfravikelse. Likevel synes det å indikere at domstolen er skeptisk til lovgivers uttalelser. I lys av morallikhetsprinsippet er rettstilstanden til Høyesterett uheldig. Som prinsippet foreskriver, skal rettsfølelsene danne «målestokken for likevekten» om kildegrunnlaget er «pålitelige».²⁹⁸ Kildetilfanget som forelå på domstidspunktet oppfyller utvilsomt rettskildeprinsippet om pålitelighet. Allerede på midten av 90-tallet fantes det klare kilder på rettsfølelsenes straffeskjerpene syn i budsjettuttalelsene.

²⁹¹ Rt. 2001 s. 1674, på s. 1677.

²⁹² Rt. 2001 s. 1674, på s. 1677.

²⁹³ Innst. O. nr. 73 (2008-2009) punkt 6.2.

²⁹⁴ Innst. O. nr. 73 (2008-2009) punkt 1.2.

²⁹⁵ Skoghøy (2018) s. 174.

²⁹⁶ Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 33 og 34.

²⁹⁷ Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 38.

²⁹⁸ Punkt 3.6 – se annet ledd i prinsippet.

Fra 90-tallet og frem til domsavgjørelsen har kildegrunnlaget bidratt til å synliggjøre innholdet i rettsfølelsene. I etterarbeidet forankres minimumsstraffen på «fengsel i tre år» for voldtekt av barn uttrykkelig.²⁹⁹ Derfor er det grunnlag til å bygge straffesatsen direkte på rettsfølelsene, slik prinsippet forutsetter.

Prinsippet standpunkt begrunnes av utfordringene rundt den moralske målestokken, eventuelt problemet med å bevise hva som er «likeverdig» eller «riktig» straffesats i saken. Ettersom det ikke finnes tallsystemer for verdiforholdet mellom straffen og handlingens grovhet, kan rettens eksakte straffnivå vanskelig bevises.³⁰⁰ Om syv, åtte eller ni måneder i fengsel er likeverdig med handlingen, koker derfor ned til dommerens følelser.³⁰¹ Rettsfølelsene kompenserer for vilkårlighetsfaren som oppstår med innslaget av personlige følelser. Straffutmålingen oppnår følgelig et objektivt og etterprøvbart preg, som i tillegg hviler på allmenn aksept. Av den grunn kan prinsippet sies å ivareta demokratiske idealer om at folkemajoriteten bestemmer hva som er gjeldende rett, eller i dette tilfellet: gjeldende straffutmålingsrett.

Av disse grunner vil Høyesteretts prinsippstridende standpunkt innebære at avgjørelsen står i sterk kontrast med folkeoppfatningen. Å utfordre samfunnet på denne måten kan medføre fare for tillitstap. Mindretallet bestod av høyesterettsdommer Skoghøy.³⁰² Jeg kommer tilbake til hans saksrelaterte uttalelser. I denne forbindelsen er det relevant å trekke frem hva han skrev i etterkant av rettsavgjørelsen. Skoghøy sier at det «underliggende problemet var at Høyesterett og Stortinget var grunnleggende uenige om hvor normalstraffenivået [...] burde ligge».³⁰³ Dette er oppsiktsvekkende. Om den reelle begrunnelsen til flertallsstandpunktet handler om politisk uenighet, kan Høyesterett risikere å komme på kant med grunnlovsidealet om at «folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget», jf. Grunnloven § 49 første ledd. Domstolen mangler rett til å ignorere signalene fra stortingsflertallet, og kan heller ikke tilegne seg en særkompetanse de ikke er tildelt. Poenget er dette: Om Skoghøy har rett, kan den «underliggende begrunnelsen» til flertallet grense mot å være brudd på konstitusjonelle plikter.

²⁹⁹ Innst. O. nr. 73 (2008-2009) punkt 7.1.1.

³⁰⁰ Se punkt 3.4.

³⁰¹ Straffesatsen kan bygge på sammenligninger med tidligere rettspraksis. Derimot er dette utenfor temaet siden sammenligninger tilhører fordelingsrettferdigheten; ikke likevektsrettferden, jf. punkt 3.7.

³⁰² Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 45.

³⁰³ Skoghøy (2018) s. 174.

På den annen side baseres flertallssynspunktet på forutberegnelighetshensynene som forankres i bl.a. Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7.³⁰⁴ Reglene kan tas som et uttrykk for rettsfølelsene, hvilket innebærer at hensynet hviler på tunge demokratiske fundament. Men som Grunnloven § 97 påpeker, knyttes forutberegnelighetshensynet til «lov»; ikke forarbeider, etterarbeider eller rettspraksis. Skranken og forutsigbarhetshensynet ligger i lovtekstens strafferammer, og disse er normalt skjønnsmessig utformet. Som Thomas Frøberg og Skoghøy påpeker, innebærer dette at grunnlovsbeskyttelsen gjelder «tilbakevirkende straffarter og strafferammer», men «ikke det straffutmålingsnivå som måtte være etablert innenfor disse».³⁰⁵ I denne saken er etterarbeidets minstestStraff innenfor strafferammen, hvilket tilsier at rettsfølelsene fra Grunnloven ikke utgjør noen hindring etter morallikhetsprinsippet.³⁰⁶

Forbudet i EMK artikkel 7 er svært likt grunnlovsvernet, noe flertallet anerkjenner.³⁰⁷ Ulikheten er at EMK ikke oppstiller formelt lovkrav. Hjemmel i «nasjonal [...] rett» er tilstrekkelig, jf. nr. 1 første punktum. Ordene «nasjonal rett» sikter, i lys av naturlig språkforståelse, til anerkjente rettsgrunnlag. Norsk rettskildelære opererer med mange slike legitime rettsgrunnlag som f.eks. lover, forarbeider, høyesterettspraksis, reelle hensyn og sedvaner.³⁰⁸ Såfremt kilden er legitim og finnes på gjerningstiden, angir EMK ingen skranker for vektleggingen. Tolkningen har støtte hos Marius Emberland. Han skriver at bestemmelsen «ikke [forbyr] ileggelse av urimelig høye sanksjoner eller straffer så lenge det finnes rettsgrunnlag [...] på gjerningstidspunktet».³⁰⁹ Siden regelen ikke gir et særskilt tilbakevirkningsvern for straffenivåene i rettspraksis, ville Høyesterett i 2009-saken hatt adgang til å skjerpe straffen på bakgrunn av andre legitime kilder for rettsfølelsene som f.eks. forarbeidene og etterarbeidene. På samme vis som ovenfor tilsier dette at EMK ikke hindrer rettsanvenderen fra å følge retningslinjene i prinsippet. Tvert imot åpner EMK for vektlegging av rettsfølelser, såfremt kildegrunlaget aksepteres i norsk rett.

³⁰⁴ Se ovenfor, jf. også Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 38.

³⁰⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», Lov og Rett 2011/5 Årgang 50 s. 255-282, på s. 257, Thomas Frøberg, Rettslig prinsippargumentasjon, Gyldendal Norsk Forlag AS 2014 s. 277.

³⁰⁶ Strafferammen på domstidspunktet var «fengsel inntil 10 år», jf. 1902-straffeloven § 195 første ledd (slik det lød i 2003, altså før endringen i 2010).

³⁰⁷ Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 24: «EMK artikkel 7 gir i hovedsak samme beskyttelse [som Grunnloven]».

³⁰⁸ Skoghøy (2018) s. 38 til 43.

³⁰⁹ Marius Emberland, «Om internasjonale menneskeretter – Lovkravet i EMK art. 7 – i lys av nyere EMD-praksis», Tidsskrift for strafferett 2001 (s. 55-67), på s. 67.

Argumentene samlet skaper inntrykk om at flertallets menneskeretts- og grunnlovsbegrunnelser fungerer som «kamuflesjeargumentasjoner» for å skjule den reelle begrunnelsen: at Høyesterett hadde en annen politisk oppfatning enn stortingsflertallet.³¹⁰ I stedet for å undergrave kilden til rettsfølelsene bør domstolen anerkjenne lovgivers innspill og tilstedeværelse i straffutmålingen under fastlagte strafferammer. Slik aksept vil forsterke samspillet mellom maktmandatene og generere tillit i samfunnet. I tillegg kan det virke prosessøkonomisk ettersom konkrete uttalelser om straffenivået forenkler utmålingsvurderingen.³¹¹ Alle disse hensynene ivaretas om juristen forholder seg til prinsippets vektregulator for allmenne rettsfølelser.

Mindretallets argumentasjon er forenelig med nevnte vektregulator. Dommer Skoghøy påpeker at straffutmålingen beror på et «sammensatt skjønn». I denne skjønnsvurderingen må det «blant annet [...] legges vekt på allmenne retts- og verdioppfatninger i samfunnet».³¹² Han begrunner dette med å være «tro mot de demokratiske idealer vårt samfunn er bygd på», og mener retten skal være «lydhøre overfor lovgivers uttalelser».³¹³ Det er interessant at Skoghøy velger å bruke ordet «lydhøre». Med dette viser han domstolens underlegenhet overfor stortingsmakten i slike utmålingsspørsmål. I tråd med prinsippet skal folkeflertallet avgjøre hvilke straffesatser som er passende eller likeverdige med handlingens grovhet, og dersom kildegrunnlaget er pålitelig må domstolen forholde seg til dette.

Til slutt kan det nevnes at Stortinget fikk nok etter 2009-saken. De fattet et lovvedtak som lignet et «klipp og lim»-utkast av innstillingen.³¹⁴ Høyesterett kapitulerte, og året etter anerkjente de at skjerpelsen «måtte skje raskere enn forutsatt» i 2009-dommen.³¹⁵ I de påfølgende årene ble de nye straffesatsene brukt fullt ut på alle relevante forbrytelseskategorier etter vedtakstiden.³¹⁶ Lite overraskende endte historien med seier til lovgivnings- eller folkemakten. For å unngå at slike tilfeller oppstår i fremtiden bør prinsippets målestokk respekteres i straffutmålingen.

³¹⁰ Justiskomiteens innstilling fikk flertall på Stortinget, se Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 15.

³¹¹ Forutsatt at uttalelsene kommer før den straffbare handlingen finner sted.

³¹² Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 49.

³¹³ Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 49.

³¹⁴ Lov 25. juni 2010 nr. 46 om endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerpning av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd).

³¹⁵ Rt. 2011 s. 734 avsnitt 9.

³¹⁶ Se f.eks. Rt. 2013 s. 193, Rt. 2013 s. 198 og Rt. 2015 s. 434.

3.7.4 Rt. 2015 s. 827 (straffutmåling for vold i nære relasjoner)

Målet med analysen er å vise hvordan prinsippet kan belyse den underliggende begrunnelsen i Høyesteretts skjerpene og formildende argumenter. Prinsipprelaterte verdimomenter for saken er tiltaltes «motiver», ondets «farepotensial», samt «viktigheten og inngrepsgraden i hensynet som angripes».³¹⁷

Saken gjaldt straffutmåling for vold i nære relasjoner («familievold»)³¹⁸ I saken hadde tiltalte bedrevet et uforutsigbart trussel- og voldsregime mot sine to eldste døtre i tolv år. De tre yngste barna var vitne til regimet. Voldskrenkelsene bestod bl.a. av dytting, harde grep, sparking, samt flathåndsklaps mot fingre og munn. Formålet var delvis oppdragelse, men til tider var utfallene kun begrunnet av spontane sinneutbrudd.³¹⁹

I subsumsjonen vektlegger Høyesterett følgende fire momenter i straffeskjerpene retning: (1) «regime med jevnlig voldshandlinger», (2) over «en meget lang periode», (3) den «psykiske bindingen» mellom ham og barna, (4) samt at «skadepotensialet [...] er stort».³²⁰ Disse forstås å danne grunnlaget for rettens standpunkt om «klart straffeskjerpene».³²¹ Problemet med dette standpunktet er at domstolen ikke forklarer *hvorfor* momentene virker klart straffeskjerpene. Selv om det kan fremstå innlysende at langvarig og jevnlig familievold virker skjerpene, vil begrunnelsen øke kvaliteten i dommen og inkludere borgerne i rettens tankeprosesser. Igjen kan dette forsterke tilliten mellom borgerne og domsmyndigheten.

Prinsippets retningslinjer kan avhjelpe begrunnelsesbehovet. Ifølge annet ledd vil rettsfølelsene danne «målestokken» for vurderingen av «moralisk likevekt». I denne saken gir kildegrunnlaget for rettsfølelsene ikke pålitelige holdepunkter for et eksakt straffenivå.³²² Ettersom det mangler grunnlag til å bygge straffesatsen direkte på rettsfølelsene, blir vurderingen skjønnsmessig.

³¹⁷ Jf. prinsippets tredje ledd første og andre punktum under punkt 3.6.

³¹⁸ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 1. Rettsgrunnlaget var 1902-straffeloven § 219. I gjeldende straffelov er dette § 282.

³¹⁹ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 9.

³²⁰ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 18.

³²¹ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 18 – utsagnet «klart straffeskjerpene» står kun i kontekst med den psykiske bindingen, men utfra sammenhengen i avsnittet må de øvrige momentene være inkludert i dette standpunktet.

³²² Se bl.a. Ot.prp. nr. 113 (2004-2005) s. 41, Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 6.11 og Prop. 97 L (2009-2010) punkt 6.2.2.2. Alle forarbeidene angir skjønnsmessige marginer for straffutmålingen og det finnes ingen eksakte straffesatser.

Som prinsippet foreskriver, står tiltaltes motiver «sentralt» i denne vurderingen. Med «motiver» sikter prinsippet til «gode og onde motiver», men i denne forbindelsen er det særlig onde motiv i form av tyrannisk atferd som er relevant.³²³

Med dette som bakgrunn vil jeg presentere et alternativt subsumsjonsforslag. Forslaget er ment å illustrere hvordan de tre første faktumelementene: regimet, tidsperioden og psykisk binding, kan belyse en tyrannisk holdning hos tiltalte. Eksistensen av motivet kan utgjøre begrunnelsen for at nevnte momenter virker «klart straffeskjerpene».

For det første viser det psykologiske båndet mellom far og datter et ujevnt maktforhold. Tiltalte står i en fysisk, psykisk og økonomisk overlegenhet i forhold til sine barn. Barna er i tillegg for ung til å leve selvstendige liv, hvilket innebærer at de er totalt avhengig av velvilje fra tiltalte. Derfor illustrerer det psykiske båndet et styrkeforhold hvor tiltalte er herre i husstanden, mens døtrene er underdanige medlemmer. Et slikt maktforhold vil riktignok være normalt i nærmest alle barnefamilier. Av den grunn vil styrkeforholdet, isolert sett, verken være straffeskjerpene eller formildende, men nøytralt. Viktigst er hvordan tiltalte opptrer i denne posisjonen.

Trussel- og voldsregimet kan fortelle noe om denne opptreden. I stedet for å gi barna omsorg, slik barneloven § 30 krever, velger han å utsette dem for et terrorlignende regime bestående av uforutsigbare voldsanvendelser og fryktinngytende trusler. Regimet førte, ifølge faktum, til at døtrene gikk «på tå hev i frykt, og i forsøk på å forebygge voldshandlingene fra farens side».³²⁴ Dermed anser døtrene ham utvilsomt som en farlig person, og ikke et omsorgsfullt individ. At tiltalte opprettholdt regimet i tolv år kan tas til inntekt for en sterk og uforanderlig bevissthet. Med dette menes at tiltalte anser regimets kontroll over døtrene som den ordinære hverdagen i familielivet. At regimet i tillegg begrunnes av oppdragelsesformål illustrerer at tiltalte har et forvrengt bilde av hva forsvarlig barneomsorg innebærer.

Disse aspektene viser tyranniske motiver. Han forsøker ikke å gi barna et trygt og omsorgsfullt hjem. I stedet inntar han rollen som familiens skrekkpåførende overhode. Å forvalte farsrollen på denne måten i tolv år har samme karakteristiske trekk som tyranniske ledere. Både regimets, tidens og båndets belysning av tiltaltes onde motiver virker «klart straffeskjerpene».

³²³ Se punkt 3.5.1, jf. punkt 3.6 for mer om innholdet i «onde motiver».

³²⁴ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 12.

Det fjerde momentet til Høyesterett er, som nevnt, at «skadepotensialet [...] er stort».³²⁵ Temaet utdypes med at voldsutøvelsen «ikke [er] av det alvorligste slag», mens «psykisk er [volden] skremmende og dypt krenkende».³²⁶ Basert på disse beskrivelsene må det hovedsakelig siktes til psykiske helsefarer, og ikke fysiske. Problemet er at retten ikke utbrodere hvilke helsefarer det er snakk om, samt avklarer sannsynligheten for at disse kan inntre.

Ved bruk av retningslinjene i prinsippet må dette kartlegges. Argumentet ovenfor kan plasseres under verdimomentet «ondepåføringens farepotensial» i prinsippets tredje ledd.³²⁷ Momentet krever at farens art og sannsynlighet beskrives.³²⁸ Farearten og -sannsynligheten forteller hvor farlig handlingen er for fornærmede, hvilket påvirker ondepåføringens grovhet.

For å belyse disse kunne Høyesterett vist til straffelovens utredninger om vold i nære relasjoner. Utredningene fantes på domstidspunktet. I utredningen viser utvalget til forskningsbasert data hvor det antydes «vesentlig høyere forekomst av [...] atferdsvansker, emosjonelle vansker og kognitive problemer» hos barn som vokser opp i voldelige hjem.³²⁹ Deretter oppstilles en liste med totalt femten ulike eksempler på psykiske helseskader og atferdsproblemer. Blant annet oppstilles «angst og depresjon», «voldsatferd», «tilpasningsvansker» og «språkproblemer».³³⁰ Samlet viser dette høy sannsynlighet for relativt alvorlige helseskader, noe som antakelig utgjør årsaken til at Høyesterett betrakter skadepotensialet som «stort». Likevel bør kildehenvisninger og utdypelser av farepotensialet være den foretrukne løsningen foran rene påstander om at f.eks. farepotensialet er mildt, moderate, høyt eller stort. Retningslinjene bidrar til å fylle momentet med substans, hvilket er gunstig av hensyn til overprøvingen og begrunnelseskvaliteten.

Det siste momentet handler om tiltaltes forsøk på straffeformildelse. Tiltalte henviser til barnets beste-hensynet i barnekonvensjonen artikkel 3, og mener at fengselsstraffens inngrep i dette må virke straffeformildende.³³¹ Formålet er antakelig at straffens utilsiktede hensynskrenkelser kan medføre en samlet og overdreven ondepåføring, noe som må kompenseres med mildere straff.

³²⁵ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 18.

³²⁶ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 18.

³²⁷ Se tredje ledd andre punktum i prinsippet under punkt 3.6.

³²⁸ Se punkt 3.6, jf. punkt 3.5.3.

³²⁹ NOU 2003:31 punkt 5.2.3.

³³⁰ NOU 2003:31 punkt 5.2.3.

³³¹ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 21.

Tankegangen kan plasseres under verdimomentet «viktigheten og inngrepsgraden i hensynet som angripes», men da i relasjon til straffen og ikke tiltaltes ondepåføringer.³³² Vurderingen av dette verdimomentet forutsetter at hensynet identifiseres. At tiltalte henviser til det overordnede barnets beste-hensynet er ikke feil, men upresist. Straffen vil hovedsakelig angripe barnets rett til kontakt med faren, hvilket medfører at hensynet til samlet foreldrekontakt utgjør det sentrale idealet i argumentet. For å få frem dette kunne tiltalte kombinert barnekonvensjonen artikkel 3 med artikkel 9 nr. 1 som spesifikt handler om hensynet til foreldrekontakten.

Måten Høyesterett utbroderer metoden for behandlingen av argumentet samsvarer svært godt med prinsippet. Først etableres viktigheten av hensynet med henvisninger til konvensjonen og en anmerkning om at idealet anses «grunnleggende» i saker som berører barn.³³³ Retten følger dette opp med temaet i vurderingen. Temaet handler om «hvor inngripende det vil være for barnet at en omsorgsperson må sone en fengselsstraff».³³⁴ I disse uttalelsene vises alle stegene eller retningslinjene for verdimomentet: identifikasjon, hensynets generalitet og inngrepsgrad.

I den konkrete vurderingen blir Høyesterett noe kortfattet. Domstolen viser til fengselsvesenets material hvor det «tilrettelegges for samvær mellom innsatte og deres barn». Ut av dette trekker retten slutningen om at det «[ikke] er rom for å redusere straffen».³³⁵

Av hensyn til begrunnelseskvaliteten bør inngrepsvurderingen ha et høyere presisjonsnivå enn dette. Vurderingens kjerne handler om hvordan fengslets samværspraksis påvirker hensynet til foreldrekontakten. Materialet fra Kriminalomsorgen viser at det åpnes for samvær, hvilket medfører at det ikke er tale om totalfravikelse av hensynet. Styrken på inngrepet må derfor være avhengig av samværets intensitet og omfang i fengslet. Ifølge Høyesterett illustrerer materialet «konkret» hvordan fengselsbesøkene tilrettelegger for samvær.³³⁶ Utover dette har avgjørelsen få opplysninger om samværspraksisen, og dokumentet fra fengselet mangler. Derfor er det ikke mulig for meg å vurdere dette. Man er bare nødt til å stole på at dokumentet viser en praksis som tilsier at straffens angrep på hensynet ikke er sterkt nok til å legitimere straffereduksjoner.

³³² Se tredje ledd andre punktum i prinsippet under punkt 3.6.

³³³ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 21.

³³⁴ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 21.

³³⁵ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 23.

³³⁶ Rt. 2015 s. 827 avsnitt 23.

Oppsummert har denne domsanalysen vist hvordan prinsippet kan fremheve begrunnelsen for at faktumrelaterede momenter virker straffeskjerpene. Særlig gjelder det hvordan karakteren av hendelsesforløpet, tiden og psykologiske bindinger, kan brukes til å belyse motiver. Strengt tatt vil motiver, i ordets forstand, sikte til tankeprosesser som ikke kan observeres eller bevises på rent objektivt grunnlag. Derimot gjelder ikke dette bare motivet, men alle skyldformene. Siden det er normal rettsanvendelsesskikk å belyse forsett og uaktsomhet ved ytre trekk i hendelsen, er det ikke kontroversielt å illustrere motivet på samme måte.³³⁷ Ellers kan analysen tjene som eksempel på hvordan verdimomentet om farepotensial kan benyttes, samt hvordan krenkelsen av viktige hensyn kan vises i straffeformildende retning.

3.7.5 HR-2016-2507-A (straffutmåling for fiskeoppdrettsanlegg)

Formålet med analysen er å vise, samt begrunne hvorfor prinsippets straffutmålingsnorm ikke egner seg i saksforhold som dette. Til sist vil prinsippets uegnethet forklares gjennom enkelte generelle trekk, hvilket har overføringsverdi til andre saksforhold. Trekkene kan hjelpe juristen med å avklare om straffutmålingen bør følge prinsippet eller andre utmålingsteorier.

I saken hadde et fiskeoppdrettsanlegg levert falske rapporter om antall lakselus til Mattilsynet, noe som førte til at anlegget sparte rundt 400 000 kroner. I anken til Høyesterett var spørsmålet konsentrert til utmålingen, og da hovedsakelig bøtenivået.³³⁸ Lagmannsretten fastslo boten til fem millioner kroner, men Høyesterett øker den til seks millioner kroner.³³⁹

Økningen begrunnes primært av to faktorer. Det første er et utvalg av flere generelle miljø- og næringshensyn. Det andre er daglig leders skyld og motiver.³⁴⁰ Høyesterett vektlegger i tillegg selskapets tilståelse og økonomiske evne i formildende retning.³⁴¹ Disse behandles ikke siden de er unødvendig for å belyse temaet i domsanalysen. I det følgende vil de førstnevnte faktorene gjennomgås stykkevis. Først behandles utvalget av generelle miljø- og næringshensyn.

³³⁷ Eskeland skriver at siden personers «bevissthetsforestillinger [...] ikke kan observeres, må man trekke slutninger om dem ut fra ytre trekk ved situasjonen, jf. Eskeland (2018) s. 290. Se også Rt. 1991 s. 600 hvor Høyesterett vektlegger «omstendighetene ved handlingen» i forsettsvurderingen, jf. s. 602.

³³⁸ Det var også et spørsmål om rettighetstap, men dette er ikke relevant, se HR-2016-2507-A avsnitt 12.

³³⁹ HR-2016-2507-A avsnitt 42.

³⁴⁰ HR-2016-2507-A avsnitt 32 (generelle hensyn) og avsnitt 34 (daglig leders skyld og motiver).

³⁴¹ HR-2016-2507-A avsnitt 38 og 39.

Høyesterett begrunner straffeskjerpelsen innledningsvis av følgende fem hensyn:

«[...] hensynet til dyrevelferden, hensynet til å unngå smitte og forhindre resistens og hensynet til næringens renommé og inntjeningsevne tilsier at de som ikke følger regelverket må straffes strengt».³⁴²

Ingen av hensynene er opplistet blant verdimomentene i prinsippets tredje ledd. Legitimeringen beror derfor på om de kan forankres i prinsippets sekkebetegnelse «blant annet». Forutsetningen for dette er, som nevnt, at hensynene kan kobles til fornærmede eller tiltalte.³⁴³ Først behandles tiltalte.

Tiltalte er et spesifikt lakseselskap, men Høyesteretts generelle ordbruk viser at hensynene går utover selskapets forhold. Både næringens renommé, inntektsevne, dyrevelferden, samt smitte- og resistensrisiko er ment å gjelde for oppdrettsnæringen som helhet. Ettersom hensynene ikke isoleres til f.eks. tiltaltes renommé, inntektsevner, laksevelferd osv., vil tilknytningen mellom interessene og selskapet ikke være spesielt sterk. Derfor kan miljø- og næringshensynene ikke legitimeres i prinsippordene «blant annet» på bakgrunn av partstilknytning med tiltalte. Neste alternativ er fornærmede.

Problemet i miljø saker er at fornærmede ikke kan utpekes som et konkret individ. Antakelig vil staten eller samfunnet være fornærmet, hvilket tilsier at nærmest ethvert hensyn kan knyttes til dette. Eckhoff antyder derimot at fornærmede må være fysisk eller et selvstendig rettssubjekt, noe offentligheten vanskelig kan sies å være.³⁴⁴ Dette harmoniserer også best med det moralske vurderingstemaet. Årsaken er at moralske normbrudd normalt relateres til uriktig atferd ovenfor andre individer. Offentligheten er en uavgrenset personkrets og kan derfor vanskelig betraktes som et konkret eller selvstendig individ. Av disse grunner vil det være kunstig å vurdere om de nevnte hensynene kan knyttes til fornærmede. Likevektsrettferdigheten, slik Eckhoff beskriver den, sikter til utvekslingsaktører i fysisk eller kollektivt avgrenset forstand. Sistnevnte kan være definerte persongrupper, selskaper, organisasjoner eller foreninger.

Argumentene samlet medfører at hensynene ikke tillates i prinsippordene «blant annet».

³⁴² HR-2016-2507-A avsnitt 32.

³⁴³ Se merknaden til tredje ledd i morallikhetsprinsippet under punkt 3.6.

³⁴⁴ Eckhoff (1971) s. 14: Partene kan være «enkeltindivider [...] eller handlende enheter».

Den manglende partstilknytningen medfører at prinsippet betrakter hensynene som irrelevant i konkrete straffutmålinger. Årsaken er at interesser utenfor partsforholdet kan bidra til å skyve fokuset vekk fra straffeutvekslingssituasjonen, og følgelig utenfor domenet til prinsippet. Igjen motvirker dette at straffen blir et resultat av den moralske og interne urett mellom partene. Hvis hensynene tillates vil denne uretten kun fungere som en «inngangsbillett» til å vektlegge andre etterfølgende virkninger, hvilket strider med kjernen i prinsippets vurderingstema.³⁴⁵

På den annen side kan miljø- og næringshensynene vise at saksforholdet er straffverdig nok til at det bør møtes med straffedom. Slik Høyesterett påpeker, er lakselus «et betydelig problem i norsk oppdrettsnæring». Derfor uttaler retten at lojal regeloppfølging er «helt nødvendig [...] for å holde lusebestanden nede».³⁴⁶ Miljøfarene domstolen nevner gjelder nemlig ikke bare for fiskemerdene, men også for flere fiskearter i havet. Ifølge Havrettsinstituttet utgjør oppdrettene «den dominerende bidragsyter til smittepress av lakselus langs vesentlige deler av kysten». De utsatte fiskeartene er villaks og sjøørret ifølge instituttet.³⁴⁷ Høyesterett er delvis inne på dette ved at de vektlegger at oppdrettsanlegget «lå i nærheten av Malangen», noe som tilsier at faren «for spredning til villaks var [...] klart til stede».³⁴⁸ Å møte disse miljøutfordringene med straff er antakelig mer effektivt enn andre forvaltningsrettslige reaksjoner. Poenget er at hensynene danner grunnlag for et legitimt kriminaliseringsbehov, men prinsippet er ikke egnet til å ivareta dette behovet. Derfor må ivaretakelsen funderes på andre straffutmålingsteorier.

En utmålingsteori med rettskulturell anerkjennelse er allmennprevensjon.³⁴⁹ Begrunnelsen bak Høyesteretts straffeskjerpelser forankres i denne teorien. Blant annet uttaler domstolen at boten «skal virke atferdsregulerende» og derfor må bøtesatsen «settes såpass høyt».³⁵⁰ Til tross for at standpunktet strider med prinsippet, viser overnevnte drøftelser at prinsippet ikke kan beskytte eller ivareta viktige miljøhensyn som påvirkes av ondeutøvelsen. Svakheten med *inter partes*-rammene i vurderingstemaet kan også medføre at det er lite egnet som grunnlag for kritikk av Høyesteretts allmennpreventive utmålingsperspektiv.

³⁴⁵ Se merknaden til annet ledd i prinsippet under punkt 3.6.

³⁴⁶ HR-2016-2507-A avsnitt 32.

³⁴⁷ Meld. St. 16 (2014-2015) s. 55.

³⁴⁸ HR-2016-2507-A avsnitt 36.

³⁴⁹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 145, hvor allmennprevensjonen utgjør hovedformålet bak norsk strafferett.

³⁵⁰ HR-2016-2507-A avsnitt 42.

Derimot kan det diskuteres om allmennprevensjonen influeres av prinsippets skyldfokus i form av onde motiver. Grunnlaget for diskusjonen ligger i at Høyesterett bygger hovedbegrunnelsen bak straffeskjerpelsen på daglig leders skyld og motiver. Retten trekker frem at det «alvorlige» i saken er at lederen begikk «systematisk og bevisst feilrapportering» for «å fremme foretakets [økonomiske] interesser».³⁵¹

I lys av domstolens allmennpreventive utmålingsnorm vil det være uten betydning om lederen utviste forsett, uaktsomhet eller var uten skyld. Årsaken er at kriminaliseringsbehovet knyttes til miljøfarene og disse er like store uavhengig av skylden. Verken sprednings-, resistens- eller smittefarene påvirkes av om feilrapporteringen skyldtes f.eks. liten kunnskap om regelverkene, forglemmelser, dårlige opptellingsrutiner eller ulydige ansatte. På bakgrunn av at retten bygger straffegrunnlaget på allmennprevensjonen, er det derfor vanskelig å forstå hvorfor skylden får skjerpene virkninger.

Om prevensjonsteorien suppleres av prinsippet er det lettere å begrunne at daglig leders skyld og motiver virker straffeskjerpene. Straff etter utmålingsnormen «moralsk likevekt» kan ikke utføres effektivt uten ondeutøverens subjektive tanker. Årsaken er at moralske normbrudd både forutsetter kunnskap om normen, samt vilje til å bryte den. Desto sterkere tilknytningen mellom viljen og normbruddet er, desto høyere blir alvorligheten av regelbruddet. Forsett har sterke bånd til overtredelsen, hvilket leder til streng straff, sammenlignet med uaktsomhet hvor båndet er svakere.³⁵² Motivet avklarer begrunnelsen bak normbruddet, noe som også påvirker kvaliteten av overtredelsen.³⁵³

I denne saken må lederens motiver være preget av hensynsløs grådighet. Grådighet er riktignok ikke kritikkverdig alene. Vinningsformål utgjør én av bærebjelkene i selskapsretten. Faktisk er hensynet såpass viktig at ikke-økonomiske tiltak må vedtektsfestes.³⁵⁴ Det onde motivet eller hensynsløsheten inntreer når lederen oppnår vinningen gjennom å utsette miljøverdien for farer.

³⁵¹ HR-2016-2507-A avsnitt 34 i sammenheng med avsnitt 37.

³⁵² Se punkt 3.5.1, jf. punkt 3.6.

³⁵³ Se punkt 3.5.1, jf. punkt 3.6.

³⁵⁴ Se f.eks. lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) § 1-1 første ledd om vinningsformålet. At ikke-økonomiske tiltak må fastsettes i vedtektene følger lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 2-2 annet ledd.

Rettens utsagn «systematisk og bevisst feilrapportering», viser at lederens vinningsintensjoner har få grenser. Miljøkrenkelsen eller normbruddet fungerer kun som et nødvendig virkemiddel for å tjene penger. Både bevisstheten til overtredelsen og respektløsheten overfor miljøverdien medfører at kontakten mellom viljen og lovbruddet er særlig sterkt. Moralsk likevekt forutsetter derfor at denne viljen møtes med en lignende statlig vilje, noe som innebærer straffeskjerpelser.

Prinsippets evne til å begrunne *hvorfor* domstolens skyldbaserte skjerpelser er forsvarlige, viser at likevektsideen kan supplere den allmennpreventive utmålingsteorien. Et slikt supplement kan øke begrunnelseskvaliteten, samt gi straffen en moralsk rettmessighet. Som kommisjonen sier, hviler straffens samfunnsaksept ofte på «moralsk berettigelse» i form av «skyldkrav».³⁵⁵ Denne berettigelsen ivaretas om rettsanvenderen bruker prinsippet ved siden av allmennprevensjonen, selv om prinsippet ikke fungerer optimalt alene.

Til slutt vil det pekes på noen generelle trekk som kan avklare om morallikhetsprinsippet egner seg i saksforholdet. Fornærmedes rettsstilling er det viktigste trekket. Hvis denne vanskelig kan utpekes som et selvstendig og handlende rettssubjekt, bør dette indikere at prinsippet ikke vil fungere optimalt i straffutmålingen. Årsaken henger antakelig sammen med Hauges uttalelser om at gjengjeldelseslæren stiller svakt for «moralsk nøytrale handlinger». Han nevner trafikk, næringslovbrudd og ordensforstyrrelser som eksempler på slike handlinger.³⁵⁶ Fellesnevneren for disse er at samfunnet normalt utgjør den fornærmede part. Tilsvarende gjelder majoriteten av skattesvik, bedrageri av offentlige ytelser, narkotikalovbrudd og miljøkriminalitet (som var tilfellet i overnevnte høyesterettsdom). Prinsippet kan, som nevnt, supplere utmålingen i disse sakene, men primært bør grunnlaget hvile på andre teorier som f.eks. allmennprevensjonen.

Omvendt kan ondepåføringer mot konkrete personer eller rettssubjekter indikere at prinsippet vil fungere godt som utmålingsnorm. Dette kan kobles til Hauges utsagn om at gjengjeldelsen gjelder overfor handlinger som «oppleves som moralsk forkastelig». Han nevner tyveri og ran som eksempler på dette.³⁵⁷ Andre eksempler kan være sedelighetsforbrytelser, voldskrenkelses, drap eller private skadeverk. Basert på disse betraktningene kan retningslinjen for anvendelsen av prinsippet være om fornærmede utgjør et handlende rettssubjekt eller ikke.

³⁵⁵ NOU 2002:4 s. 82.

³⁵⁶ Hauge (1996) s. 300.

³⁵⁷ Hauge (1996) s. 301.

3.7.6 HR-2019-1935-A (straffutmåling for grovt underslag)

Formålet med domsanalysen er å vise prinsippets fleksibilitet. Fleksibiliteten vil vises gjennom at prinsippet kan brukes utfyllende, kritisk og harmoniserende på bakgrunn av rettens drøftelser. Relevante verdimomenter er kroneverdien, hensynsinngrepet og individualprevensjonen.³⁵⁸

I saken underslo tiltalte 620 000 kroner fra arbeidsgiveren ved å endre innbetalingskontoen på firmaets utleiekontrakter til sitt eget. Underslagene var begrunnet av tiltaltes spilleavhengighet. For Høyesterett var spørsmålet innsnevret til straffutmålingen, og da særlig om samfunnsstraff var aktuelt.³⁵⁹ Endelig straff fastsettes til fengsel i seks måneder.³⁶⁰ Begrunnelsen hviler på to skjerpene og tre formildende omstendigheter. Disse omstendighetene gjennomgås stykkevis, hvor de straffeskjerpene momentene analyseres først.

For det første trekker retten frem handlingens «tillitsbrudd» overfor arbeidsgiveren. Momentet medfører ifølge Høyesterett at allmennprevensjonen «gjør seg sterkt gjeldende».³⁶¹ Et sentralt poeng med uttalelsene må være det underliggende lojalitetsbruddet som underslaget gjenspeiler overfor fornærmede. Bruddet ligger i at tiltalte er viet tilliten til å råde over inntektskildene til fornærmede, men velger å misbruke tillitserklæringen for å skaffe seg uberettigede berikelser. I kontekst med prinsippmomentet om inngrepsgraden innebærer dette at underslaget angriper tillits- eller lojalitetshensynet som er mellom partene i slike arbeidsforhold. Handlingen vil derfor representere et visst nivå av moralsk klanderverdighet, som Høyesterett knytter sammen med allmennprevensjonen. Rettens tankegang bak denne årsakssammenhengen er antakelig noe slikt: Tillitshensynet er såpass beskyttelsesverdig at straffen må fastsettes strengt slik at det ikke oppstår lignende tilfeller i fremtiden.

Sammenkoblingen kan imidlertid kritiseres i lys av prinsippet. Innbakt i likevektsidealet ligger en idé om at straffen skal være et resultat av handlingens moralske klanderverdighet. På denne måten fremmes straffens moralske karakter, som Straffelovkommisjonen mener «stikke[r] dypt i det menneskelige sinn».³⁶²

³⁵⁸ Se tredje ledd i prinsippet under punkt 3.6.

³⁵⁹ HR-2019-1935-A avsnitt 1.

³⁶⁰ HR-2019-1935-A avsnitt 46.

³⁶¹ HR-2019-1935-A avsnitt 26.

³⁶² NOU 2002:4 Ny straffelov s. 118.

Koblingen mellom tillitshensynet og allmennprevensjonen bidrar til å kaste skygger over dette moralske båndet. Praktisk bruk av prevensjonsteorien leder, som nevnt, til at handlingens alvor fungerer som forhåndsvilkår for å bruke tiltalte som et avskrekkende verktøy.³⁶³ I tillegg angir prevensjonen en annen målestokk for straffutmålingen enn likevekten. Straffens fryktskapende effekter overfor allmennheten danner målestokken; ikke proporsjonalitet eller moralsk likevekt. Derfor vil prevensjonsteorien ikke bare åpne for bruk av straffebudets strengeste straff, men som Kinander skriver: «[den] åpner for drakoniske straffer».³⁶⁴ Prinsippets målestokk bidrar til å danne skranker for straffens strenghet, samt forebygger prevensjonens umenneskeliggjøring av tiltalte.

På den annen side kan det oppfattes som inhumant om Høyesterett påfører lidelser/straffer etter ideen om moralsk likevekt. Bevisste lidelsespåføringer krever, slik departementet påpeker, «en solid begrunnelse» og nyttevirkningene kan tjene som rasjonelle begrunnelser for strafferettens berettigelse.³⁶⁵ Argumentet er imidlertid ikke holdbart. Som nevnt inkluderes nyttevirkningene, herunder allmennprevensjonen, i prinsippets begrunnelse.³⁶⁶ Forskjellen mellom Høyesteretts argumentasjonsrekke og prinsippet, er at domstolen bruker prevensjonsformålet operativt mens prinsippet anser det som hvilende/passivt.³⁶⁷ Rendyrkede prevensjonsutmålinger kan riktignok sikre større avskrekkende effekt, men poenget er at prinsippet ivaretar både overnevnte hensyn og et element av avskrekkelser. Av disse grunner bør Høyesterett basere straffutmålingsnormen på idealet om moralsk likevekt; ikke allmennprevensjonen.

Høyesteretts andre skjerpene moment er underslagets kroneverdi. Retten påpeker at «beløpets størrelse taler klart mot samfunnsstraff». Uttalelsen står i kontekst med en tidligere avgjørelse, hvor 102 000 kroner ble ansett som grovt.³⁶⁸ Sakens beløp ligger «betydelig over dette», hvilket er forståelig siden tiltaltes underslag måler 620 000 kroner.³⁶⁹ Beløpssammenligningen tilhører, i utgangspunktet, rettferdighetsvarianten fordelingsrettferd, og ikke Eckhoffs likevektsrettferd.

³⁶³ Se punkt 3.7.5 for et lignende argumentasjonsmønster.

³⁶⁴ Kinander (2013) s. 191.

³⁶⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-80.

³⁶⁶ Se punkt 3.1.

³⁶⁷ Jf. punkt 3.4 og 3.6.

³⁶⁸ HR-2019-1935-A avsnitt 28.

³⁶⁹ HR-2019-1935-A avsnitt 28.

Sterkt forenklet handler denne om at like tilfeller skal behandles likt – eventuelt strafferettslig: at like tilfeller straffes likt.³⁷⁰ Hvis tidligere høyesterettspraksis fastsetter terskelen for alvorlige lovbrudd til 102 000 kroner må sammenlignbare forhold, ifølge likhetsideen under fordelingen, følge samme nivå. Siden denne rettferdighetsvarianten ikke er tema, går jeg ikke nærmere inn på dette.

Uansett er det mulig å behandle kroneverdiens betydning etter morallikhetsprinsippet. Verdien er opplistet i tredje ledd. Kroneverdiens innflytelser på straffenivået bygger på likevektsideen om at klanderverdigheten øker i takt med fornærmedes økonomiske reduksjoner. Desto høyere kronebeløpet er, desto mer krefter og tid må fornærmede bruke på å reversere tilstanden.³⁷¹ I saken pågår underslaget av leieinntektene i seks måneder, hvilket innebærer at fornærmede må bruke et lignende tidsrom på å gjenvinne fortjenesten.³⁷² Et halvt år er lenge, noe som kan være begrunnelsen for at kroneverdien taler mot samfunnsstraff.

Et formildende moment med nær tilknytning til kroneverdien er erstatningsoppgjøret fra tiltalte. Da underslaget ble oppdaget, tok tiltalte opp lån og betalte hele summen tilbake til fornærmede, inkludert et tillegg på 76 339 kroner.³⁷³ Høyesteretts betrakter hans «vilje og evne til å gjøre opp for seg» og at summen er «tilbakebetalt i sin helhet» som straffeformildende.³⁷⁴

Begrunnelsen for oppgjørets formildende virkninger kan søkes i prinsippets vurderingstema. Underslaget representerer en krenkelse av to verdier/hensyn: fornærmedes økonomiske stilling og tillitsforholdet. Oppgjøret reparerer førstnevnte, og derfor også den moralske klandergraden av kroneverdien. Full reparasjon forutsetter riktignok at alle utgiftene med årsakssammenheng til underslaget dekkes, men tillegget kan sies å kompensere for dette. Poenget kan illustreres av likevektstankens metaforiske vektskåler.³⁷⁵ Underslagets kronebeløp fører til at vektskålen på fornærmedes side tillegges et «moralsk lodd». Oppgjøret fjerner loddet, hvilket fører til at straffen må reduseres slik at det samlede regnskapet mellom aktørene oppnår moralsk likevekt.

³⁷⁰ Eckhoff (1971) s. 44 og s. 188.

³⁷¹ Se punkt 3.6, jf. punkt 3.5.2 om kroneverdien som utmålingsmoment etter likevektsprinsippet.

³⁷² Varigheten av underslaget fremkommer i HR-2019-1935-A avsnitt 9.

³⁷³ HR-2019-1935-A avsnitt 43: tiltalte omtalte tillegget som «rente».

³⁷⁴ HR-2019-1935-A avsnitt 43.

³⁷⁵ Se illustrasjonen under punkt 1.1.

Det andre formildende momentet knyttes til rehabiliteringen av tiltalte. Før rettssaken oppsøkte tiltalte behandling for spilleavhengighet, noe som ledet til han ble «spillefri». Ifølge forsvareren kan fengselsstraff føre til tilbakefall.³⁷⁶ Hvordan Høyesterett forholder seg til argumentet er litt uklart. Retten anerkjenner at fengsel kan «bidra til å forverre hans [...] spillelyst». Sitatet følges opp med utsagnet om at tiltalte er «ressurssterk [...] med både ektefelle og annet nettverk».³⁷⁷ Utsagnene utdypes ikke. Meningen til Høyesterett er antakelig at tiltaltes ressurssterkhet, samt nettverk, leder til at frihetsstraffen ikke utsetter individualprevensjonen for nevneverdige farer. Risikoen er imidlertid ikke fraværende, hvilket tilsier at hensynet får noe formildende vekt.³⁷⁸

Prinsippet kan derimot harmonisere vekten av individualprevensjonen på en annen måte. Som prinsippets tredje ledd foreskriver, kan hensynet tillegges «en viss straffeformildende vekt».³⁷⁹ Formuleringen «en viss» medfører at hensynets generelle vekt er lav, noe som har sammenheng med at interessen bare har kontaktflater med tiltalte.³⁸⁰ Derfor blir vekten avhengig av hvor fremtredende tilbakefallsrisikoen er i saken. I denne vurderingen kan Høyesteretts argumenter benyttes til å avklare at risikoen fortsatt er lav. Forskjellen mellom prinsippet og Høyesteretts fremgang ligger i at førstnevnte angir et utgangspunkt om lav rettskildemessig vekt.

Sakens siste straffeformildende moment er tiltaltes tilståelser. At tilståelsen kom «straks», samt dens «prosessøkonomiske betydning», tillegges formildende vekt av Høyesterett.³⁸¹ Tilståelsen kommenteres ikke ytterligere og den faktiske påvirkningen på straffen er antakelig liten. Denne sammen med rehabiliterings- og oppgjørshensynet fører til en reduksjon på én måned (fra syv til seks måneder fengsel).³⁸² Matematisk sett medfører dette cirka 14 prosent eller omtrent 4,5 prosent per moment om alle har samme vekt. Det er riktignok ikke helt treffende å bruke tall på slike ikke-kvantifiserbare størrelser, men hovedbudskapet står fortsatt: tilståelsesrabatten er antakelig svært liten.

³⁷⁶ HR-2019-1935-A avsnitt 31, 36 og 41.

³⁷⁷ HR-2019-1935-A avsnitt 41.

³⁷⁸ At individualprevensjonen tillegges noe vekt belyses i uttalelsene om at retten «ellers» legger vekt på oppgjøret, se HR-2019-1935-A avsnitt 43.

³⁷⁹ Se tredje ledd siste punktum i prinsippet under punkt 3.6.

³⁸⁰ Se punkt 3.6, jf. punkt 3.5.5 om den generelle vekten av individualprevensjonen.

³⁸¹ HR-2019-1935-A avsnitt 44.

³⁸² HR-2019-1935-A avsnitt 15 sett i sammenheng med avsnitt 46.

Begrunnelsen bak rabattens svake innvirkninger på straffen, kan utfylles av prinsippet. Ifølge prinsippet tredje ledd står motivene «sentralt» i likevektsvurderingen. Tilståelsen knyttes ikke til underslaget/onddepåføringen, og havner derfor i utkanten av de vektige motivene etter første punktum i tredje ledd. Likevel er tilståelsen knyttet til tiltalte, noe som medfører at momentet kan plasseres i sekkebegrepet «blant annet». Vekten av momentet beror derfor på om tilståelsen har et unnskyldende eller aktverdige motiv (godt motiv).³⁸³

Tiltaltes tilståelse mangler et slikt motiv, men for å forstå hvorfor, er det nødvendig å redegjøre for tilståelsesrabatter generelt.

I straffelovens forarbeider begrunnes tilståelsesrabatten av «tempoet i straffesaksbehandlingen» og «ønsket om å gi lovbrøtere et motiv til å tilstå». Vekten av rabatten påvirkes i tillegg av om tilståelsen er gitt «før lovbrøteren vet seg mistenkt».³⁸⁴ Det er særlig sistnevnte uttalelser som gir tilståelsen et unnskyldende motiv. Uten offentlige mistanker og gjennom egne refleksjoner har lovbrøteren bestemt seg for å stå til ansvar for egne handlinger. At normbruddet har skjedd er tilstrekkelig for mistenktes valg om å tilstå. Denne beslutnings- og refleksjonsevnen skaper et inntrykk om at gjerningspersonen opptrer på hederlig vis.

Det hederlige elementet mangler i saken. Faktumet rundt tilståelsen beskrives ikke i dommen fra Høyesterett, men i lagmannsrettens avgjørelse fremgår dette. Tilståelsen kom som følge av at regnskapsføringsavdelingen sendte en tekstmelding til tiltalte som gjorde at han «forstod at selskapet hadde begynt å fatte mistanke».³⁸⁵ Derfor er tilståelsen ikke fundert på samvittighet eller hederlige hensikter. I stedet preges den av et ønske om å oppnå minst mulig straff ide han innså at det begynte «å brenne under føttene sine». Fraværet av hederlige hensikter kan forklare hvorfor Høyesterett fokuserer på det prosessøkonomiske aspektet, samt gir tilståelsesrabatten relativt lav vekt.

Oppsummert har domsanalysen illustrert prinsippet fleksibilitet i rettsanvendelsen. Prinsippet har fungert både utfyllende, kritisk og harmoniserende på rettens argumenter. Anvendeligheten medfører at prinsippet fungerer godt som et normativt verktøy i strafferettsanvendelsen.

³⁸³ Se også Eckhoff (1971) s. 179 om hvordan etterfølgende unnskyldende motiver kan virke straffeformildende.

³⁸⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 371-372.

³⁸⁵ LB-2018-185242

3.7.7 HR-2021-2145-A (forholdsmessighet som straffutmålingsnorm)

Denne dommen er interessant i lys av morallikhetsprinsippet. Avgjørelsen tjener som eksempel på hvordan straffutmålinger etter den moralske likevektsideen kan fungere i praksis.

Saken gjaldt straffutmåling for flere tilfeller av seksuelle omganger mellom den 22-årige tiltalte og den 15-årige fornærmede. Personene var kjærester da omgangene fant sted, og mens saken pågikk for Høyesterett. Fornærmede fremmet ikke oppreisningskrav og uttrykte sterk misnøye over at tiltalte risikerte straffedom. Spørsmålet var om tiltalte skulle dømmes til samfunnsstraff eller ubetinget fengsel.³⁸⁶

Innledningsvis uttaler Høyesterett at «normalstraffen [...] er ubetinget fengsel i 6 måneder».³⁸⁷ Deretter trekker retten frem to mulige rettsgrunnlag som leder til fravikelse av utgangspunktet eller overnevnte normalstraff. Den første er straffeloven § 308, men domstolen slår raskt fast at «aldersforskjellen på 7 år» tilsier at straffen «ikke [kan] settes ned eller falle bort med hjemmel i straffeloven § 308».³⁸⁸

Andre alternativ er straffeloven § 48 hvor vilkårene for samfunnsstraff oppstilles. Regelen angir tre kumulative vilkår mellom bokstav a og c, men Høyesterett retter søkelyset på betingelsen i bokstav b.³⁸⁹ Dette vilkåret krever at «straffens formål ikke taler mot samfunnsstraff», hvilket Høyesterett presiserer i avgjørelsen.³⁹⁰ Før rettens vurderinger av dette vilkåret gjennomgås, er det viktig for poenget i domsanalysen å redegjøre for vilkåret mer generelt. Jeg kommer tilbake til HR-2021-2145-A etter neste avsnitt.

Ordene «straffens formål» i § 48 bokstav b, forstås som henvisninger til strafferettens formelle formål om individual- og allmennprevensjon, samt forebyggelse av sosial ro. Disse formålene er, som nevnt, kommet tydelig til uttrykk i forarbeidene.³⁹¹ Praktiske helhetsvurderinger med disse prevensjonsformålene kan også spores i flere tidligere høyesterettsavgjørelser.

³⁸⁶ HR-2021-2145-A avsnitt 8 til 13.

³⁸⁷ HR-2021-2145-A avsnitt 17: normalstraffen utledes hovedsakelig fra forarbeidene.

³⁸⁸ HR-2021-2145-A avsnitt 24.

³⁸⁹ HR-2021-2145-A avsnitt 20, jf. også 29.

³⁹⁰ HR-2021-2145-A avsnitt 29.

³⁹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-80.

Fra nyere tid kan HR-2018-1942-A nevnes som eksempel. Saken gjaldt oppbevaring av større mengder kokain, hvor spørsmålet var om tiltalte skulle idømmes samfunnsstraff eller ubetinget fengsel. I vurderingen av § 48 bokstav b uttaler Høyesterett at «allmennpreventive hensyn veier særlig tungt».³⁹² Et lignende tilfelle inntraff i HR-2019-1780-A hvor individualprevensjonen brukes som motpol til allmennprevensjonen i helhetsvurderingen.³⁹³ Poenget er at lovt teksten, forarbeidene og tidligere høyesterettspraksis, gir autoritativ dekning for at prevensjonsteoriene står sentralt i vurderingen av § 48 bokstav b.

Man skulle derfor tro at Høyesterett i HR-2021-2145-A baserte drøftelsen av § 48 bokstav b på prevensjonsvirkningene av samfunnsstraff versus fengselsstraff. Det interessante for analysen er at Høyesterett ikke gjør det. I stedet uttaler domstolen følgende:

«Straffen må fastsettes slik at det blir forholdsmessighet mellom handling og straff».³⁹⁴

Forankrer Høyesterett straffutmålingen i likevektsideen? Ideen om forholdsmessighet mellom handling og straff har iallfall sterke likhetstrekk med likevektstanken om straffens strenghet i forhold til handlingens grovhet.³⁹⁵ I tillegg er det verdt å bemerke at Høyesterett bruker ordet «må» – altså oppfordrer de fremtidige rettsanvendere til å bruke proporsjonalitetsstandarder i straffutmålingen. For noen strafferettsteoretikere som Eskeland og Gröning m. fl., er utsagnet neppe kontroversielt. Begge mener forholdsmessighets- eller likevektsideen tilhører drøftelsen av straffens størrelse.³⁹⁶ Problemet er bare, slik Eskeland skriver, at Høyesterett «sjeldent [...] begrunner straffutmålingen direkte med [...] dette prinsippet».³⁹⁷ Så vidt meg bekjent finnes det ingen tidligere høyesterettsavgjørelser hvor likevektsideen kommer såpass klart til uttrykk som i HR-2021-2145-A, og hvert fall ikke når lovhjemmelen legger opp til prevensjonsvurderinger.

At retten tidligere har utvist varsomhet med å begrunne straffen i proporsjonalitetsideer har nok sammenheng med at disse ideene er problematiske fra et rettsfilosofisk ståsted. Likevekten eller forholdsmessighetsideen tilhører som nevnt gjengjeldelseslæren; og ikke prevensjonsteorien.

³⁹² HR-2018-1942-A avsnitt 21.

³⁹³ HR-2019-1780-A, se særlig avsnitt 42 flg. om relasjonen mellom allmenn- og individualprevensjonen.

³⁹⁴ HR-2021-2145-A avsnitt 29.

³⁹⁵ Eckhoff (1971) s. 188, jf. også punkt 1.1 og punkt 3.4.

³⁹⁶ Eskeland (2017) s. 442 og Gröning m. fl. (2019) s. 695.

³⁹⁷ Eskeland (2017) s. 442-443.

Dette medfører at Høyesterett, ved å bygge straffen på forholdsmessighet, samtidig aksepterer (eller er nødt til å akseptere) at gjengjeldelseslæren utgjør et strafferettslig formål. Naturligvis står dette i sterk motstrid med forarbeidene hvor det skrives, som nevnt, at «gjengjeldelse kan ikke være straffens formål».³⁹⁸ Harmoni mellom rettens utsagn og strafferettens begrunnelser forutsetter at Høyesterett, på samme måte som meg, ikke tolker forarbeidsutsagnet bokstavelig. Dermed antyder retten et taktskifte, hvor det i større utstrekning åpnes for å forankre utmålingen direkte i proporsjonalitets- eller likevektsprinsipper.

Høyesteretts påfølgende subsumsjoner er nærmest et «skoleeksempel» på hvordan vurderinger etter likevektsideen bør gjøres i praksis. Først identifiseres den utsatte verdien som «integriteten til fornærmede». Deretter brukes kjæresteforholdet «som er uten innslag av utnyttelse», samt «jentas egne ønsker», til å trekke slutningen om at «inngrepet i hennes integritet er lite». Samlet leder momentene til at samfunnsstraff betegnes som «forholdsmessig [...] straffereaksjon på lovbruddet».³⁹⁹

Disse betraktningene har likhetstrekk med verdimomentet «viktigheten og inngrepsgraden i hensynet som angripes», etter prinsippet tredje ledd.⁴⁰⁰ Identifikasjonen av hensynet er derimot noe vidtfavnende. Generelle begreper som «integriteten til fornærmede» favner et bredt spekter av ulike verdier som f.eks. bevegelses- eller frihetsverdien, fysisk helse, psykisk velvære, samt seksualintegriteten. Det aktuelle straffebudet i saken verner spesifikt om seksualintegriteten til mindreårige, jf. straffeloven § 302 første punktum. Selv om denne verdien tilhører paraplyordet «integritet», kan presisjonsnivået i begrunnelsen økes om hensynet spesifiseres.

Prinsippets oppfølgingssteg er å kartlegge hensynet på generelt grunnlag. Siden Høyesterett fokuserer på graden av utnyttelse og jentas ønsker, er inntrykket at de hopper over dette steget. I stedet har rettens drøftelser likhetstrekk med verdimomentets andre steg for rettsanvendelsen, vurderingen av det konkrete inngrepet i saken.⁴⁰¹ Til en viss grad fastlegges seksualintegriteten generelt ved at retten anser «hensynene som bærer regelen i § 308» relevant i utmålingen.⁴⁰²

³⁹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77, jf. også punkt 3.4.1.

³⁹⁹ HR-2021-2145-A avsnitt 30.

⁴⁰⁰ Se punkt 3.6, jf. også punkt 3.5.4.

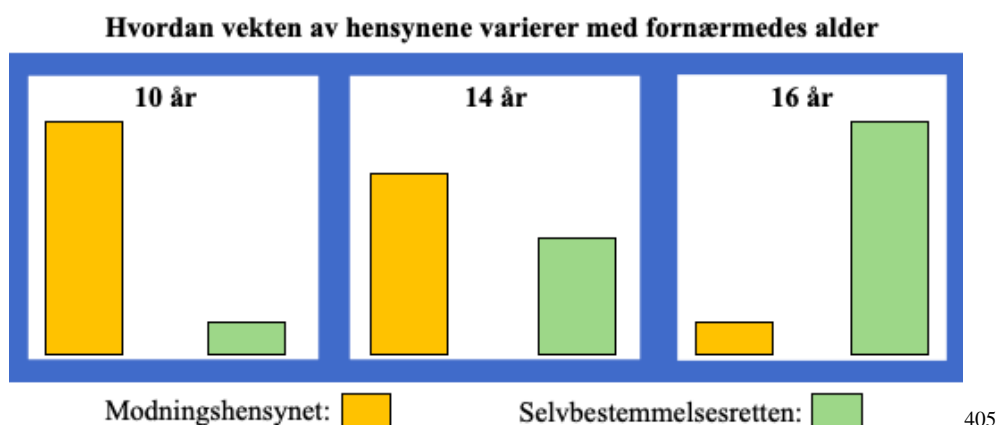
⁴⁰¹ Se punkt 3.5.4 om prinsippets retningslinjer for to-steps-prosessen i inngrepsvurderingen.

⁴⁰² HR-2021-2145-A avsnitt 24.

Hensynene presiseres imidlertid ikke, hvilket levner hovedinntrykket om at Høyesterett avstår fra å kartlegge verdiens generelle innhold. Ved å unngå steget mener jeg Høyesterett går glipp av begrunnelsen for at nevnte momenter bør tillegges straffeformildende vekt. Primært gjelder dette momentet om jentas egne ønsker. I det følgende vil det begrunnes hvorfor ønskene hennes er formildende.

Ifølge straffeloven § 302 første punktum er seksuelle omganger med personer «mellom 14 og 16 år» straffbart. Den seksuelle lavalderen begrunnes i forarbeidene av ideen om at «personer under en viss alder» mangler tilstrekkelig «bevisst forhold til sin seksualitet».⁴⁰³ 16-års alderen må følgelig gjenspeile et modningsnivå hvor samfunnet mener at personen har et tilstrekkelig bevisst forhold til egen seksualitet. I tillegg er mentale modningsnivåer ingen enten/eller-faktor, i betydningen, enten moden eller ikke moden. Prosessen skjer gradvis, hvilket medfører at desto nærmere fornærmede er 16 år, desto mindre vekt har kriminaliseringshensynet. Dette må være årsaken bak at Høyesterett tidligere har akseptert «større aldersforskjeller når fornærmede er over 14 år, enn når vedkommende er under 14 år», i vurderingen av jevnbyrdighetsregelen etter straffeloven § 308.⁴⁰⁴

Nærheten med 16-års alderen medfører at kriminaliseringshensynet kan havne i et krysningsfelt med selvbestemmelsesretten. Med dette menes at modningshensynet får lavere vekt jo nærmere fornærmede er 16 år, og samtidig øker vekten av råderetten med aldersnærheten. Dermed er det tale om omvendt proporsjonale verdier hvor målestokken er fornærmedes alder. Illustrert slik:



⁴⁰³ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 57.

⁴⁰⁴ Rt. 2003 s. 442 avsnitt 11.

⁴⁰⁵ Tabellene representerer *ikke* nøyaktige verdimal. Bildet er ment som metaforisk illustrasjon.

Fornærmede i saken er bare sju måneder unna 16 år.⁴⁰⁶ Dermed vil selvbestemmelsesretten som et reelt hensyn være fremtredende og sterk, mens kriminaliseringshensynet er svakt. Styrken av råderetten er derimot ikke avgjørende. Lovgiver har på vegne av samfunnet fastsatt grensen til 16 år i straffeloven § 302, noe som må respekteres. Strafferammen er imidlertid skjønnsmessig med fengsel «inntil 6 år», hvilket innebærer at fornærmedes samtykke til seksuelle aktiviteter både kan og bør vektlegges. Hennes nærhet til 16-års alderen medfører derfor at det er forsvarlig å anerkjenne «jentas egne ønsker» i straffeformildende retning, slik Høyesterett gjør.⁴⁰⁷ Dette bakteppe forklarer også hvorfor hennes ønsker er relevant i denne saken, men ikke i saker hvor fornærmede er f.eks. 10 eller 12 år. For sistnevnte aldersgrupper har råderetten ingen vekt.

Høyesteretts andre straffeformildende moment handler, som nevnt, om at kjæresteforholdet er «uten innslag av utnyttelse».⁴⁰⁸ Domstolen knytter momentet til integritetsinngrepet, noe som er forsvarlig. I kontekst med prinsippet passer det likevel bedre under betegnelsen «motiver».⁴⁰⁹ Både kjærlighetsinnslaget og fraværet av utnyttelser indikerer at tiltalte handlet med hederlige eller gode motiver.⁴¹⁰ Hvorfor momentet uttrykker slike motiver er temaet i det følgende.

Et faktumelement av interesse for drøftelsen er at tiltalte og fornærmede hadde fremtidsplaner om å flytte sammen. Dette fremgår ikke i høyesterettsdommen, men uttrykkes i lagmannsrettens dom.⁴¹¹ I tillegg var foreldrene til begge kjent med kjæresteforholdet og aksepterte dette.⁴¹² Fra tiltaltes ståsted innebærer dette aksept fra nærmest alle kanter – fornærmede selv, foreldrene til henne og sine egne. Samtidig var det fornærmede som initierte den seksuelle aktiviteten mellom parene.⁴¹³ Tatt aksepten, fornærmedes alder, fremtidsplanene og initiativet hennes i betraktning, er det lite overraskende at forholdet leder til seksuelle omganger. Derfor er det, slik Høyesterett forfekter, «ikke noe» som tyder på egoistiske utnyttelser av mindreårige.⁴¹⁴

⁴⁰⁶ Jenta var 15 år og 5 måneder, se HR-2021-2145-A avsnitt 9.

⁴⁰⁷ HR-2021-2145-A avsnitt 30.

⁴⁰⁸ HR-2021-2145-A avsnitt 30, jf. også tekstens tidligere avsnitt.

⁴⁰⁹ Se punkt 3.6, jf. punkt 3.5.1.

⁴¹⁰ Se punkt 3.5.1 for Eckhoffs beskrivelser av gode motiver.

⁴¹¹ LF-2021-76527

⁴¹² HR-2021-2145-A avsnitt 11.

⁴¹³ HR-2021-2145-A avsnitt 12.

⁴¹⁴ HR-2021-2145-A avsnitt 25.

Tvert imot indikerer faktumet at hans handlinger motiveres av kjærlighetserklæringer overfor fornærmede. Kjærlighetsbåndene forankres i fremtidige innflytningsplaner, samhold, samtykke og seksuelle aktiviteter. Tiltalte investerer følelsesmessig i henne, og hun investerer på samme måte i ham. Frivillighet og forelskelse er nøkkelordene i tiltaltes motiver. Disse motivene må anses hederlige eller gode. Et argument mot dette motivet er at tiltalte visste at fornærmede var under 16 år. Han var derimot også klar over at jenta snart var 16 år, hvilket medfører at vekten av selvbestemmelsesretten antakelig virker inn på beslutningen om å ha samleier med henne. Argumentene samlet må tale for at tiltaltes atferd motiveres av hederlige formål.

Vurderingene ovenfor tjener som utfyllende begrunnelser og supplement til rettens standpunkt om samfunnsstraff. Eventuelt fungerer det som bakteppe for utsagnet om at «inngrepet i hennes integritet er lite».⁴¹⁵ Til sist er det verdt å bemerke at Høyesterett ikke bruker allmennpreventive argumenter i saken. Drøftelsen baseres utelukkende på forholdsmessighetsbetraktninger. Denne tilnærmingen indikerer at allmennprevensjonen virker hvilende/passivt, hvilket er ønskelig i lys av morallikhetsprinsippet.

3.7.8 Avsluttende evaluering av domsanalysene og morallikhetsprinsippet

I denne delen vil noen generelle momenter fra domsanalysene samles og evalueres. Momentene belyser styrker og svakheter med prinsippet. Styrkene behandles først.

Domsanalysene har illustrert flere styrker ved praktisk bruk av morallikhetsprinsippet. For det første kan retningslinjene utfylle manglende begrunnelser i strafferettsanvendelsen. Den første saken om barmhjertighetsdrapet tjente som eksempel på dette.⁴¹⁶ Spesielt i saker om forsettlig menneskedrap, må det være rimelig å anta at samfunnet har et behov for utvidende begrunnelser av straffutmålingsutsettelse. For det andre har domsanalysene vist at prinsippet kan forsterke eller supplere argumentasjonen. Dette var aktuelt i flere rettsavgjørelser, men det essensielle er at retningslinjene hjelper rettsanvenderen med å avdekke hensynene i rettsanvendelsen, samt å flytte fokuset over på de moralske aspektene ved handlingen.⁴¹⁷ Retningslinjene kan i tillegg bistå juristen med å finne relevante faktumelementer til straffutmålingsdrøftelsen.⁴¹⁸

⁴¹⁵ HR-2021-2145-A avsnitt 30.

⁴¹⁶ Se punkt 3.7.1 – Rt. 2000 s. 646 («barmhjertighetsdrapet»).

⁴¹⁷ Sakene under punkt 3.7.2 og 3.7.4 tjener som gode eksempler på dette.

⁴¹⁸ Suppleringen med faktumtillegget under punkt 3.7.7 (HR-2021-2145-A) tjener som eksempel på dette.

Til sist har generaliteten av retningslinjene vist seg å være fleksible. De kan anvendes på mange ulike argumentasjonstyper som f.eks. kroneverdien, skadeomfanget, straffesakens liggetid eller tilståelsesrabatten.⁴¹⁹ Samtidig kan det anvendes i et kritisk/rettspolitisk søkelys slik saken fra 2009 og 2019 illustrerte.⁴²⁰ Oppsummert handler styrkene om at prinsippet kan hjelpe juristen med å avdekke de underliggende hensynene, utfylle eller supplere straffutmålingsbegrunnelsen, samt kritisere/overprøve rettsanvendelsen til andre.

Fellestrekket med momentene er at prinsippet kan bidra med å øke kvaliteten i begrunnelsen. Dette må være ønskelig i lys av tillitsforholdet mellom borgerne og rettsapparatet. Med økende begrunnelseskvalitet evner borgerne i større utstrekning å forstå, samt sette seg inn i domstolens tankeprosesser. Økt kunnskap om disse prosessene kan igjen lede til at samfunnsmedlemmene evner å danne veloverveide meninger om rettsapparatet, og da særlig om rettsanvendelsen er et ønskelig system eller ikke. Rettsvitenskapen holder i alle fall dørene åpne for fruktbare debatter om gjeldende metodelære.

På den annen side stiller prinsippet svakt overfor handlinger av moralsk nøytral art. Dette kan eksempelvis være miljøkriminalitet eller trafikkovertrедelser. Saken om fiskeoppdrettsanlegget tjente som eksempel på førstnevnte.⁴²¹ Prinsippet er følgelig ikke universalt anvendelig, men merknadene i avslutningsdelen av fiskedommen kan avhjelpe svakheten. Hovedinntrykket er at prinsippet fungerer best om fornærmede og tiltalte er selvstendige rettssubjekter. Hvis en av dem utgjør uavgrensede personkretser som f.eks. samfunnet, bør juristen velge en annen utmålingsteori. Eckhoff innså antakelig problemene med å bruke likevektsideen på udefinerte persongrupper. Allerede i innledningskapitlet tok han forbehold om at utvekslingspartene måtte «oppleves som handlende [dvs. selvstendige] enheter».⁴²² Forbeholdet ble aldri begrunnet, men gjennomgangen av fiskedommen klargjør hvorfor forbeholdet er nødvendig. Likevektsideen passer simpelthen ikke på slike saksforholdet, og er samtidig uegnet til å ivareta verneverdige verdier utenfor domenet av selvstendige utvekslingsaktører. Allmennprevensjonen kan derimot fungere godt på disse tilfellene – eventuelt i kombinasjon med likevektsideen.

⁴¹⁹ Avgjørelsene under punkt 3.7.2, 3.7.5 og 3.7.6 tjener som eksempler på prinsippets fleksibilitet.

⁴²⁰ Se punkt 3.7.3 og punkt 3.7.6.

⁴²¹ Se punkt 3.7.5.

⁴²² Eckhoff (1971) s. 14.

En annen svakhet med prinsippet er at det er lite egnet til å fastslå eksakte straffnivåer i saken. Svakheten relateres til utfordringene rundt «moral» som målestokk for utmålingen.⁴²³ Kjernen i problemet er, som nevnt, at det ikke eksisterer objektive systemer som fastslår verdiforholdet mellom straffen og handlingens grovhet. Prinsippets syn på rettsfølelsene som målestokker for likeverdighetsvurderingen kan avhjelpe noe av problemet, slik saken fra 2009 viste.⁴²⁴ Derimot hører det til sjeldenheter at kildegrunnlaget til rettsfølelsene avklarer nøyaktige straffesatser til saken rettsanvenderen står overfor. Utfordringen kan også avhjelpes av sammenligninger med tidligere rettspraksis under fordelingsrettferdigheten.⁴²⁵ Imidlertid hjelper denne ikke juristen med å fastslå straffen første gang, eventuelt hvor det mangler sammenlignbar praksis.

Utenfor domenet av det overnevnte, er nok sannheten at utmålingen av det eksakte straffnivået beror på dommerens følelser.⁴²⁶ Begrunnelsen for straffesatsen bør likevel søkes i rasjonelle og anerkjente momenter. Til dette har domsanalysene vist at prinsippets verdimomenter er egnet.

Etter min mening må faktorene samlet tale for at morallikhetsprinsippet er et hensiktsmessig verktøy i praktisk rettsanvendelsen. Avgjørende er prinsippets fleksibilitet og forsterkninger av tillitshensynet gjennom økt begrunnelseskvalitet. Tross at det ikke er universalt anvendelig, er det fortsatt mulig å kombinere likevektsideen med prevensjonsteorien for nøytrale handlinger. At det uegnet til å fastslå spesifikke straffepåstander/utmålinger er heller ikke avgjørende. Dette problemet fremstår som uløselig frem til det oppdrives en objektiv moralsk målestokk.

⁴²³ Se punkt 3.4 om problemene med «moral» som målestokk i straffutmålingen.

⁴²⁴ Se punkt 3.7.3 om hvordan rettsfølelsene brukes til å kritisere utmålingsresultatet til Høyesterett.

⁴²⁵ Denne er riktignok ikke tema i avhandlingen, jf. punkt 1.2.

⁴²⁶ Se punkt 3.4 for mer om dette.

4 Avslutning

Problemstillingen fra hovedinnledningen lød som følger: Kan Eckhoffs deskriptive beskrivelser av likevektsrettferdigheten utgjøre forsvarlige og hensiktsmessige hensyn/prinsipper innenfor strafferettsanvendelsen? Etter gjennomgangen av Eckhoffs undertemaer i likevektsprinsippet, regelsammenligningene til disse og domsanalysene, mener jeg det er rettsvitenskapelig belegg for å svare bekreftende på problemstillingen.

Forsvarlighetsvurderingen har imidlertid vist at det har vært nødvendig å forkaste enkelte deler av Eckhoffs analyser på grunn av manglende eller avvisende rettskilder. Hele skal-varianten er forkastet, samt direkteformidlingen og fornærmedes innbringelsesadgang etter vurderingen av berettiget straff i kan-versjonen. I tillegg stod prinsippets moralske formål i sterk spenning med straffens formelle begrunnelser. Den siste domsanalysen (HR-2021-2145-A) kan derimot være et ytterligere normativt støtteargument for formålets innpass i norsk strafferettsanvendelse.⁴²⁷ Av disse grunner vil et mer presist svar på forsvarlighetsspørsmålet være følgende: Majoriteten av Eckhoffs beskrivelser kan utgjøre forsvarlige hensyn/prinsipper i rettsanvendelsen.

Hensiktsmessighetsvurderingen har vist at Eckhoffs primært er egnet i vurderingen av straffens størrelser, og ikke i skyldspørsmålet. Retningslinjene i pliktdelen/kan-versjonen av prinsippet har såpass sterke likhetstrekk med straffelovgivningen at rettsanvenderen antakelig vil velge å bruke lovteksten (med rette) foran retningslinjene. Skjønnsadgangen om særlig unnskyldende omstendigheter har riktignok en viss plass i praktiske vurderinger, men igjen er denne primært brukende i straffespørsmålet.

Prinsippets andre og tredje ledd (innholdsdelen) er utvilsomt det viktigste og hensiktsmessige verktøyet i praksis. Slik domsanalysene har vist, kan skjønnsrammene i vurderingstemaet bistå rettsanvenderen med seleksjonen og vektleggingen av hensynene i straffutmålingsvurderingen. I tillegg fungerer verdimomentene som utfyllende, supplerende og forsterkende retningslinjer i skjønnsutøvelsen. Til tross for at anvendelsen er avgrenset til selvstendige utvekslingsaktører, bør disse faktorene medføre at prinsippet utgjør et steg i riktig retning. Et presist svar vil derfor være at Eckhoffs analyser er hensiktsmessige i straffespørsmålet hvor tiltalte og fornærmede er selvstendige rettssubjekter.

⁴²⁷ I tillegg til vurderingene under punkt 3.4.1.

5 Kildeliste

Lover (alfabetisk sortert)

Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.
Barneloven	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Endringslov	Lov 25. juni 2010 nr. 46 om endringer i straffeloven av 1902 mv.
Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.
Kulturminneloven	Lov 9. juni 1978 nr. 50 om kulturminner.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett
Selskapsloven	Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper
Straffegjennomføringsloven	Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv.
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
1902-straffeloven	Lov 22. mai 1902 nr. 10: Almindelig borgerlig Straffelov – <i>Opphevet</i>

Forarbeider (sortert etter art og årstall)

Innstillinger

Innst. S. nr. 168 (1997-1998)	Innst. O. nr. 92 (1999-2000)
Innst. O. nr. 72 (2004-2005)	Innst. O. nr. 73 (2008-2009)
Innst. 612 L (2020-2021)	

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 51 (1991-1992)

Ot.prp. nr. 28 (1999-2000)

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 113 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 13 (2008-2009)

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)

Prop. 97 L (2009-2010)

Prop. 96 L (2013-2014)

Prop. 92 L (2020-2021)

Offentlige utredninger

NOU 1987:57

NOU 2002:4

NOU 2003:31

Dok. nr. 16 (2011-2012)

NOU 2016:24

NOU 2019:26

Rettsavgjørelser (sortert etter domstol og årstall)

Norges Høyesterett

Rt. 1970 s. 904

Rt. 1983 s. 1

Rt. 1983 s. 3

Rt. 1991 s. 600

Rt. 1996 s. 38

Rt. 1996 s. 50

Rt. 1998 s. 174

Rt. 2000 s. 646

Rt. 2001 s. 1674

Rt. 2003 s. 442

Rt. 2005 s. 343

Rt. 2006 s. 164

Rt. 2009 s. 1412

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2011 s. 172

Rt. 2011 s. 734

Rt. 2013 s. 67

Rt. 2013 s. 193

Rt. 2013 s. 198

Rt. 2015 s. 434

Rt. 2015 s. 827

HR-2016-1447-A

HR-2016-2507-A

HR-2017-1298-A

HR-2018-1942-A

HR-2019-642-U

HR-2019-721-A

HR-2019-1780-A

HR-2019-1935-A

HR-2019-2095-A

HR-2020-1345-A

HR-2020-1356-A

HR-2020-1945-A

HR-2020-2136-A

HR-2020-2137-A

HR-2021-1469-U

HR-2021-2145-A

HR-2021-2580-A

Lagmannsretten

LB-1998-3115

LB-2018-185242

LF-2021-76527

Internasjonale konvensjoner

Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

Litteratur (alfabetisk sortert etter etternavn)

Andenæs, Johs: *Straffen som problem*, Exil Forlag AS 1994.

Aristoteles: *Den Nikomakiske etikk* (femte bok), Vidarforlaget AS Oslo 2013.

Blandhol, Sverre: *De beste grunner*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2013.

Eckhoff, Torstein: *Rettferdighet*, Oslo 1971.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Oslo 1993.

Emberland, Marius: «Om internasjonale menneskeretter – Lovkravet i EMK art. 7 – i lys av nyere EMD-praksis», *Tidsskrift for strafferett* 2001 (s. 55-67).

Eng, Svein: *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget 2007.

Eskeland, Ståle: *Strafferett*, Oslo 2017.

Furnham, Adrian: *All in the Mind*, Wiley 2009.

Frøberg, Thomas: *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2014.

Graver, Hans Petter: «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2000.

Gröning, Linda, Husabø Johannes, Erling og Jacobsen, Jørn: *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2019.

Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*, Universitetsforlaget 2011.

Hauge, Ragnar: *Straffens begrunnelser*, Universitetsforlaget 1996.

Høgberg, Alf Petter: *Juridisk metode og tenkemåte (red.)*, Universitetsforlaget 2019.

Jacobsen, Jørn: «Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi?», *Tidsskrift for strafferett* 2009/1 årgang 9 (s. 43-74).

Kinander, Morten: «Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk», *Jussens Venner* 2013/3 årgang 48.

Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett*, Oslo 2005.

Mæhle, Synne Sæther & Aarli, Ragna: *Fra lov til rett*, Universitetsforlaget 2017.

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Universitetsforlaget 2004.

Skoghøy, Jens Edvin A: «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett* 2011/5 årgang 50.

Skoghøy, Jens Edvin A: «Utviklingstrekk innenfor strafferett og straffeprosess» i Asbjørn Kjøenstad (red.), *Nye trender i rettsvitenskapen*, Oslo 2013.

Skoghøy, Jens Edvin A: *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Ulfstein, Ruud M: *Innføring i folkerett*, Universitetsforlaget 2011.

Andre kildereferanser

Stortingets budsjettinnstillinger

Budsjett-innst. S. nr. 4 (1996-1997)

Budsjett-innst. S. nr. 1 (1997-1998)

Budsjett-innst. S. I (1998-1999)

Stortingsmeldinger

Meld. St. 16 (2014-2015), «Forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørrettoppdrett».

Internettreferanser

Felleskatalogen:

<https://www.felleskatalogen.no/medisin/morfin-abcur-abcur-588167#dosering> (sist sjekket: 29.04.2022 klokken 10:58).

