

Rettslige standarder i strafferetten

Kandidatnummer: 348

Veileder: Morten Holmboe

Leveringsfrist: 25.11.05

Til sammen 16 982 ord

30.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens emne og problemstilling	1
1.2	Rettskildebruk	2
<u>2</u>	<u>RETTLIGE STANDARDER</u>	<u>3</u>
2.1	Generelt om rettslige standarder	3
2.1.1	Definisjon	3
2.1.2	Den rettslige standards karakter	5
2.1.3	Rettslige standarder og samfunnet	7
2.2	Strafferettslige standarder	9
2.2.1	Kasuistiske bestemmelser og understandarder	13
<u>3</u>	<u>GRUNNLOVEN OG EMKS KRAV TIL STRAFFERETTLIGE STANDARDER</u>	<u>16</u>
3.1	Innledning	16
3.2	Grunnlovens krav til strafferettslige standarder	16
3.2.1	Hvorfor har man krav om lovhjemmel for å kunne straffedømme?	17
3.2.2	Kravet om klar ordlyd (lex certa)	19
3.3	EMKs krav til strafferettslige standarder	25
3.3.1	Kravet om klar hjemmel (" <i>foreseeability</i> ")	25
3.4	Sammenfatning	28
<u>4</u>	<u>UTVALGTE STRAFFERETTLIGE STANDARDER SAMMENHOLDT MED LEGALITETSPRINSIPPET</u>	<u>31</u>

4.1	<i>”Kjønnslige skildringer som virker støtende eller... menneskelig nedverdiggende”</i>	
	(strl. § 204)	31
4.1.1	Alternativer til dagens straffebud	39
4.2	<i>”Utilbørlig opptreden mot noen”</i> (strl. § 325 nr. 3)	40
4.2.1	Alternativer til dagens straffebud	47
4.3	<i>”Annen hensynsløs atferd”</i> (strl. § 390a)	49
4.3.1	Alternativer til dagens straffebud	56
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	58

1 Innledning

1.1 Oppgavens emne og problemstilling

En rettslig standard anses som en rettsregel som ikke knytter avgjørelsen til entydige kriteriet, men som gir anvisning på en bestemt målestokk, f eks *utilbørlig* eller *urimelig atferd*. En standard er dermed skjønnsbetont og kan sies å representere rettsuvissheten.

Legalitetsprinsippet innebærer at formell lovhjemmel er nødvendig for å utøve myndighet over andre. Prinsippet sikrer dermed rettsuvissheten. Oppgavens misjon er å vurdere den strafferettslige standarden opp i mot kravene som legalitetsprinsippet stiller til lovbestemmelsenes utforming. Problemstillingen angripes i kapittel 2 og 3 bredt og allment. I tillegg drøftes helt kort ulike måter å utforme straffebudet på.

I kapittel 4 sammenstilles tre utvalgte, strafferettslige standarder med hensynene bak legalitetsprinsippet, for å klargjøre hvordan strafferettslige standarder og legalitetsprinsippet forholder seg til hverandre i praksis. Standardene som drøftes anses i utgangspunktet for å ha en vag utforming. Det er en teoretisk mulighet for at en særdeles vag rettslig standard kan tenkes å bryte med legalitetsprinsippet. Imidlertid er det mer nærliggende at Høyesterett ved behandlingen av et grensetilfelle, tolker en vag, rettslig standard innskrenkende fremfor å erklære brudd med legalitetsprinsippet og Grunnloven. Det vil nedenfor redegjøres for hva gjeldende rett antas å være. I tillegg vil standardenes forhold til legalitetsprinsippet drøftes de lege ferenda ved hjelp av hensynene bak legalitetsprinsippet, men også andre rettskildefaktorer.

1.2 Rettskildebruk

Begrepene *strafferettslig standard* og *legalitetsprinsippet* vil klarlegges særlig på bakgrunn av rettspraksis og juridisk teori. I den grad Høyesterett har tatt stilling til hva som ligger i begrepene vil denne forståelse legges til grunn som gjeldende rett.¹ Imidlertid bærer begrepenes innhold preg av å ha blitt fastlagt gjennom juridisk teori. Forståelsen i teorien blir dermed en høyst relevant rettskildefaktor.

Høyesterettsavgjørelser i tilknytning til den innholdsmessige forståelsen av en konkret rettslig standard, vil kunne ha lavere vekt enn alminnelige avgjørelser fra Høyesterett. Dette vil være tilfellet der samfunnsnormene har endret standardens betydning. Samfunnsutviklingen kan i visse tilfeller foreelde Høyesteretts fortolkning av standarden. Derfor kan underinstanser, uten å bryte med rettskildeprinsippene, fravike Høyesteretts forståelse av den rettslige standarden. Når det gjelder lovforarbeidene vil relevansen og vekten fra disse variere. Enkelte, gjerne ferske, forarbeider vil gi god veiledning. Imidlertid vil f eks forarbeidene til straffeloven av 1902, beskrive det *utuktige* på en helt annen måte enn i dag og dermed være lite til hjelp. Forarbeider må følgelig vurderes konkret og vil oftere enn sedvanlig kunne ha lav vekt.²

Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran vår interne retts bestemmelser, jf. menneskerettsloven § 2 jf. § 3. EMKs inntog i norsk rett medfører at praksis fra den europeiske menneskerettsdomtolen knyttes til behandlingen av våre strafferettslige bestemmelser.³ Grl. § 96 og dens forhold til EMK art. 7 er relevant for besvarelsen, og drøftes nærmere i kapittel 3.

For øvrig vil aktuelle rettskildespørsmål drøftes gjennom hele besvarelsen på de punktene hvor det anses nødvendig.

¹ Eckhoff: *Rettskildelære* (2000) s. 155 flg.

² Se også pkt. 2.1.3 og 4.1.

³ Se pkt. 3.3.

2 Rettslige standarder

2.1 Generelt om rettslige standarder

2.1.1 Definisjon

For best å avdekke hva en rettslig standard er, finner jeg det naturlig å innlede med en definisjon av den amerikanske juristen Roscoe Pound:

*”Three characteristics may be seen in legal standards; 1) They all involve a certain moral judgement upon conduct. It is to be “fair”, or “conscientious” and “reasonable” or “prudent” or “diligent”. 2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone’s experience. 3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances, and are to be applied with reference to the facts of the case in hand. They recognize that within the bounds fixed each case is to a certain extent unique”.*⁴

I Norge er Knophs bok *”Rettslige standarder”* den som fyldigst behandler den rettslige standards natur.⁵ I boken sier Knoph seg generelt sett enig i Pounds definisjon. Imidlertid tolker han Pound dit hen at pkt. 1) kun omfatter typiske moralske standarder.⁶ Det ser ut som Knoph tolker Pounds *”moral judgement upon conduct”* til at bare de rent moralske vurderinger inngår, og for eksempel handlinger basert på sosiale normer utelukkes.⁷ Ser man dog nærmere på de eksemplene Pound anvender for å tydeliggjøre sin definisjon,

⁴ Pound: *Introduction to the Philosophy of Law* (1954) s. 58, (1. utgaven er fra 1922).

⁵ Knoph: *Rettslige standarder* (1939).

⁶ Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 4. Knoph påpeker det like gjerne kan være tale om en standard på korrekt sosial opptreden; *”Den kan være hva der sedvanlig og påregnelig i naboforhold, rimelig aktpågivenhet i dagliglivet, god forretningsskikk i handelsforhold, god forsikringspraksis o.s.v. Alt sammen sosiale normer i vid forstand, men ikke nødvendigvis moralske.”*

⁷ Kunnskapsforlaget: *Fremmedord og synonymer* (1986). *Moral* forstås som *”et samnavn på de sedelige grunnsetninger som gjelder i et bestemt samfunn eller til en bestemt tid”*. Knoph synes her å legge en lignende forståelse til grunn, jf. Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 4.

virker det klart at Pound tenker moral i videre forstand, og at han ikke utelukker standarder uten typiske moralske kriterier.⁸ Knoph og Pound er dermed reelt sett enige.

Når det gjelder definisjonens pkt. 2), berører Pound det ikke-juridiske ved den rettslige standarden, nemlig common sense-betraktningen. Dette elementet åpner muligheten for den skjønnsmessige vurderingen hos dommeren. For eksempel når dommeren skal vurdere om tiltalte har utvist et ”*særlig slett forhold*”, jf. straffeloven (strl.)⁹ § 412, vil svaret til en viss grad være preget av dommerens ”*common sense about common things*”, jf. definisjonens pkt. 2. I en slik type vurdering vil konklusjonene ikke nødvendigvis sammenfalle fra dommer til dommer. Selv om rettspraksis i noen tilfeller vil danne presedens, vil senere sakers faktiske forhold ofte være ulike. Dermed blir det opp til dommerens skjønn å definere hva som er et ”*særlig slett forhold*”, og borgerens rettsstilling kan således fremstå usikker.

Knoph påpeker imidlertid at en standard ikke lar dommeren avgjøre hvert enkelt tilfelle etter eget forgodtbefinnende: ”*..idet den henviser til en målestokk som skal brukes ved pådømmelsen, og som den forutsetter dommeren kjenner og har hjelp av*”. Og; ”*det eiendommelige er bare at dommeren må hente målestokken annensteds fra, og at han beholder en viss frihet til å vurdere enkelttilfellene individuelt, innenfor den rammen som standarden trekker op*”.¹⁰

Knoph nevner dog ikke at dommerens ”*frihet*” i stor grad vil variere, beroende på standardens utforming, på hvilket rettsområde vi befinner oss på, og at den dessuten vil begrenses av de direktiver som øvrig rettskilder angir, særlig lovforarbeider og rettspraksis.

⁸ Pound: *Introduction to the Philosophy of Law* (1954) s. 57. Pound anvender for eksempel rettslige standarder på tenkte handlinger, f eks hvordan en ”*upright and diligent head of a family would do*” ville handlet i en lignende situasjon. For meg virker det som om Pound like mye refererer til en standard på korrekt sosial opptreden, og dermed er enig med Knophs oppfatning.

⁹ Straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10.

¹⁰ Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 2-5.

Pkt. 3) i Pounds definisjon beskriver standardens karakter fleksibilitet, og sammelignet med den sedvanlige og statiske lovbestemmelsen uttrykker definisjonen standardens progressivitet, gjennom dens foranderlige karakter.

Knoph ble kritisert for å anlegge en for vid forståelse av standardinstituttet. Utvilsomt vil hvilke normbaserte vurderinger man anser som rettslige standarder opplagt variere ettersom man definerer begrepet.¹¹ Eyben anså det strafferettslige forsett som en rettslig standard, fordi han mente en utvidelse av dets virkeområde hadde forekommet.¹² Andenæs ser heller ikke forsettsbegrepet som endelig fastspikret, men omtaler det ikke som en rettslig standard av den grunn.¹³ Knoph virker heller ikke å være enig med Eyben.

Knoph og Pound virker å være enige om å forstå den rettslige standard som en norm- og vurderingsmålestokk, dannet utenfor rettsordenen, og som av lovgiver opptas som en rekvisitt i en rettsregel, for eksempel gjennom en utilbørighetsnorm. Denne forståelsen av begrepet vil jeg, sammen med Pounds definisjon, ta utgangspunkt i.

2.1.2 Den rettslige standards karakter

Stortinget vil som lovgivende organ være den som fastsetter standardens form og innhold. Ettersom standarden har en dynamisk karakter vil den kunne endres i takt med samfunnsutviklingen, og tjene Stortingets behov om å unngå for hyppige lovendringer. Det er imidlertid domstolen som anvender standarden i konkrete tilfeller, og som vil utvikle meningsinnholdet.

¹¹ Agge: *Abstrakt norm och konkret verklighet. Reflexioner kring några lagtekniska spørsmål*. Festskrift tillägnad Gösta Eberstein (1950) s. 7-35.

¹² Eyben: *Kriminalrettens rettslige standarder*. Nordisk tidsskrift for kriminal vitenskap (NTfK) (1951) s. 296-298.

¹³ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 238.

En rettslig standard vil fungere som en målestokk for dommeren som takket være dens iboende smidighet får adgang til å nyansere avgjørelsene etter sakens egenart, samtidig som standarddirektivet holder dommeren i rett gate. Stortinget vurderer det som mest presist og rettferdig dersom domstolen i den enkelte sak slik kan avveie de ulike hensyn for bedre å treffe den ”riktige” beslutning i stedet for å, i større grad, binde dommerens hender gjennom mer absolutte lovregler.

Andenæs uttalte at ”når loven gir anvisning på en vurdering fra domstolens side, vil det i realiteten si at den ikke selv trekker opp en grense mellom straffbart og ikke straffbart, men at den bevisst overlater den nærmere grensedragning til domstolen”.¹⁴ Bruken av rettslige standarder i loven fører dermed, som ytterste konsekvens, til at Stortinget delvis overfører makt fra lovgiver til domstolen. Domstolen havner i en situasjon hvor de skaper ny rett. Når dette er sagt, skal det understrekes at Stortinget kan endre lovbestemmelsen eller standardens innhold dersom de misliker domstolens forståelse av standarden.

De rettslige standarder kan på bakgrunn av det ovenstående beskrives sies å ha en svart fastlagt kjerne. Her kan man med rimelig sikkerhet fastslå om en handling strider mot lovregelen eller ikke. Men rundt det som med visshet kan omtales som overtredelse av en rettslig norm vil man støte på mange eksempler i gråsonen. Denne sonen vil for de rettslige standarder være bred. Årsaken er vagheten og den flytende ordgrensen man gjenfinder i standardene. Hva som for eksempel ligger i standardene ”*imot Ærbarhet*” (NL 5-1-2)¹⁵, ”*redelighet eller god tro*” (avtl. § 33)¹⁶, ”*urimelig i forhold til forbrukere*” (mfl. § 1)¹⁷ eller ”*vanrøkt*” og ”*mishandling*” (strl. § 219), kan vanskelig beskriveses presist.

I de vage begrepers natur ligger også et subjektivt og individuelt normdirektiv til dommeren som rettsanvender. Denne vagheten er ikke uproblematisk, og står i

¹⁴ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 114.

¹⁵ Kong Christian Den Fentis Norske Lov av 15. april 1687.

¹⁶ Avtaleloven av 31. mai nr. 4.

¹⁷ Markedsføringsloven av 16. juni nr. 47.

spenningsforhold til demokratihensynet, forutberegnelighetshensynet, likhets- og rettferdighetsprinsippet og vilkårlighetshensynet.¹⁸

Det kan innvendes at disse hensynene kommer i konflikt også med andre slags rettsregler bestående av skjønn som f eks i mangelsvurderingen i obligasjonsretten. Dette er ikke uriktig, men det er likevel en kjensgjerning at man står enda friere ved standardene, og at de omtalte hensyn sterkere blir satt under press.

2.1.3 Rettslige standarder og samfunnet

Det som vi i dag omtaler som standarder har vært i bruk i rettsverdenen i lang tid.¹⁹

I moderne tid hevdet Knoph at det oftere enn tidligere var eksempler på rettslige standarder i lovverket.²⁰ Noe av årsaken til den økte bruken av standarder ligger i at endringene i samfunnet skjer raskere enn før. Dermed har lovgiveren behov for å speile samfunnsutviklingen gjennom anvendelse av lovregler med lengre holdbarhetsdato.

Dersom man klarere skulle definere innholdet av straffebedene, ville revisjonsbehovet oftere melde seg. For eksempel kunne lovgiveren i strl. § 204.2 gjengitt rettstilstanden mer presist i stedet for det mer intetsigende "*kjønnslige skildringer som virker støtende*". Men ettersom samfunnets syn på akseptable erotiske uttrykk forandres, ville lovendringr måtte foretas hyppigere.²¹

Det spesielle ved en standardfremdrevet rettsutvikling er at det ikke stilles samme krav til endringer av standardenes innhold som til endringer av lov eller grunnlov. Dette er selvsagt, men likevel interessant. For selv om det legale rammeverket står i ro, kan det

¹⁸ Se nærmere om disse hensynene i pkt. 3.2.1.

¹⁹ Et eksempel er bonus pater familias-synspunktet i romerretten. Dette er i realiteten en (rettslig) standard på forsvarlig opptreden basert på forestillingen av hvordan en aktsom familiefar ville handlet i samme sted.

²⁰ Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 8-12.

²¹ Noe mer om dette i pkt. 2.2.1.

rettslige meningsinnholdet ha endret seg markant. Dette kan være uheldig i og med at rettsreglene formes ved norm- og moralendringer i samfunnet, og ikke under kontrollen av en organisert statsmakt. På den annen side vil man kunne vurdere det dit hen at ettersom det er samfunnets egne borgere som endrer innholdet av den sosialetiske norm domstolen må bygge sin avgjørelse på, fremstår standardinstituttet som direkte demokratisk. Hvorvidt man ser sistnevnte som et gode beror hvordan man ser på samspillet mellom stat og samfunn.

Bruken av rettslige standarder i lovverket vil dessuten kunne lede til at domstolen tar sosialetiske og politiske valg i strid med mange stortingsrepresentanters oppfatning, og på en mer omfattende måte enn forutsatt av Stortinget. Det kan av den grunn hevdes at de rettslige standarder er eksempler på en politisering av jussen, og at en økt bruk av disse utgjør en maktforskyving til fordel for domstolen.²² En slik type maktilflytelse hos domstolen kritiseres som uheldig.²³

Domstolenes samfunnsrett fremstår dermed som større på rettsområder rike på rettslige standarder. Friheten hos domstolen i en definisjonsoppgave i relasjon til standardens innhold er dog begrenset av blant annet forarbeider og rettspraksis. Dog vil eldre rettsavgjørelser i større grad enn på standardfrie rettsfelter kun ha historisk interesse ettersom standardbedømmingen er individuell og fordi ingen dommere vil kunne foregripe morgendagens sosialetikk. Dermed vil tidligere rettspraksis kunne fravikes fordi normen standarden består av endres.

²² Morten Kinander (red.): *Makt og rett* (2005) s. 11. Her uttales at en av Makturedningens tre hovedkonklusjoner er at det i Norge har foregått en rettsliggjøring av politikken: ”*Samtidig fremholdes det at det har foregått en politisering av jussen, i den forstand at domstolen i økende grad må ta stilling til politiske betente tvister*”. Se også pkt. 2.1.2.

²³ NOU 1983:57 s. 121: ”*på lengre sikt vil det [dvs. bruk av rettslige standarder] kunne føre til at folks tillit til domstolen blir svekket*”.

Lovbestemmelsens forarbeider vil gi veiledning. Imidlertid vil disse ofte gi lavere relevans enn andre forarbeider, ettersom lovkonsepistene ikke kan forutse utviklingen av standarden og nødvendigvis må overlate den konkrete fortolkingsprosessen til domstolen.²⁴

2.2 Strafferettslige standarder

Flere rettsteoretikere har i kraft av ovenstående hensyn, og på basis av teorien om legalitetsprinsippetets særlige styrke på straffelovsfeltet, talt til fordel for varsomhet med bruk av rettslige standarder i pønalt lovgivning. Mest radikal var Knoph²⁵:

*”Et rettsområde hvor standarder bør være bannlyst, er strafferetten, hvor historisk erfaring har godtgjort hvilken fare det er for borgernes rett og frihet, at dommeren kan ilegge straff hvis han finner handlingen straffverdig, moralsk forkastelig, samfundskadelig, stridende mot den alminnelige rettsbevissthet eller lignende”.*²⁶

Knoph formulerte seg slik i 1939, men samtidig var han innforstått med at *”tendensen i enkelte land går i klart motsatt retning”*.²⁷ Han begrunner sitt standpunkt med viktigheten av å unngå vilkårlige avgjørelser.²⁸

²⁴ Jf f eks Ot. prp. nr. 41 (1954-55) s. 25 om strl. § 390a.

²⁵ Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 24.

²⁶ Eyben: *Kriminalrettens rettslige standarder*. NTfK (1951) s. 294. Eyben, som forkjemper for økt bruk av vage straffebestemmelser, sier seg uenig med Knoph, og innvender: *”Det er umiddelbart innlysende at denne betraktningen ikke kan dekke hele kriminalrettens område”*. Videre følger han opp med argumenter for økt dommermakt, jf. s. 294 flg.

²⁷ Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 24.

²⁸ Knoph: *Rettslig standarder* (1939) s. 24: *”Det fins rettsfelter hvor det er så viktig å ha sikre avgjørelser og være trygg for vilkårlighet og overgrep, at dette må tilstrebes for enhver pris, selv om det skjer på bekostning av rettsbudenes evne til å følge med tiden og gi plass for fin og riktig individualisering”*. Knoph stiller seg mer positiv til standardisering av åndsretten og i stat og forvaltningsretten (s. 26-27).

Andenæs mener derimot Knoph går for langt med en slik uttalelse.²⁹ Jareborg er enig med Andenæs.³⁰ Det er meg bekjent ingen andre rettsteoretikere som følger Knophs linje. Dog er det mulig Knoph først og fremst hadde i tankene at straffeloven måtte være fri for vide allmenne standarder som *straffverdig, moralsk forkastelig, og samfunnsskadelig atferd*.³¹

Byretten i Myklesaken uttalte at ”*rettslige standarder i minst mulig utstrekning må brukes i straffeloven*”, men fastslo også at ”*vår straffelov i dag anvender rettslige standarder i en rekke tilfelle, og at en annen løsning ikke fremstiller seg som mulig*”.³²

Selv om vi hittil ikke har sett eksempler på at Høyesterett har erklært et straffebuds gjerningsbeskrivelse som for vid til at den tilfredsstiller grunnlovens forutsetning om at det er lovgiver som definerer hva som skal være straffbart, kan det imidlertid prinsipielt sett ikke utelukkes.³³ Spørsmålet berøres også i EMDs praksis.³⁴

Bakgrunnen for at rettslige standarder anvendes i stor utstrekning i straffeloven på tross av de betenkeligheter som er nevnt ovenfor, er at lovgiveren finner det vanskelig med en mer presis formulering. Selv om ikke alltid en standards innhold endrer seg over kort tid, ser man at muligheten for det er tilstede, og det kan være uklart hvilke fremtidige forbrytelser som vil fremstå som klart straffverdige. Lovgiver har dermed valget mellom å la være å

²⁹ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 123.

³⁰ Jareborg: *Begrepp och brottsbeskrivning* (1974) s.201: ”*Man får väl utan vidare ge Andenaes rätt i att det är i viss utstreckning praktisk omöjligt att gå till väga på annat sätt*” (enn å anvende en rettslig standard).

³¹ Se Jareborg: *Begrepp och brottsbeskrivning* (1974) s.201, som forstår Knoph slik.

³² Rt.1958.479, s. 494. Høyesterett har ingen kommentarer til byrettens oppfatning rundt bruken av rettslige standarder i straffeloven.

³³ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 123 og Rt.1958.479. I tillegg skal det understrekes at Høyesterett i det lengste ville gjort bruk av en innskrenkende fortolking av et slikt straffebud i stedet for å måtte konstatere grunnlovsstrid.

³⁴ Kokkinakis v. Hellas (1993) og S.W. v. The United Kingdom (1995). Mer om dommene i pkt. 3.3.1.

kriminalisere forholdet, anvende en rettslig standard eller en mer kasuistisk bestemmelse.³⁵ Når lovgiver velger å kriminalisere en handling gjennom en rettslig standard er det på bakgrunn av ønsket om å strafflegge det straffverdige.³⁶

Denne oppfatningen ble avgjørende for byretten i Myklesaken, som blant annet dreide seg om standarden ”*utuktig*” i daværende strl. § 211: ”*Samfunnet måtte avstå fra å belegge med straff en rekke anerkjente straffverdige handlinger hvis man på strafferettens område ikke skulle kunne bruke uttrykk som forutsetter en skjønnsmessig betont vurdering fra domstolens side*”.³⁷

Imidlertid vil standardens innhold kunne fremstå klarere etter at rettspraksis har supplert standardens utstrekning. Dessuten er straffelovens rettslige standarder definitivt mer presise enn de Knoph advarte mot. Standardene kan riktignok alene virke nokså vage, men de består også av objektive kriterier. F eks er ”*utilbørlig atferd*” (strl. § 325 nr 3) objektivisert ved at den kun gjelder offentlige tjenestemenn.³⁸ En standardbestemmelse med utformingen ”*den som handler utilbørlig mot noen, straffes...*”, gjenfinnes ikke i straffeloven.

Straffelovkommisjonen ser det som umulig og ikke ønskelig å unngå å bruke skjønnsmessige begreper i straffeloven.³⁹ Kommisjonen mener likevel at ord som direkte gir anvisning på en sosialetisk vurdering må brukes med varsomhet, og at slike vurderingsbestemte begreper bare bør anvendes når det er vanskelig å gi en mer presis

³⁵ Med en kasuistisk lovgivningsteknikk forstås at man ikke gir alminnelige regler, men i stedet beskriver et typisk tilfelle og knytter avgjørelsen til dette, slik at tilfelle som ikke direkte gikk under loven ved en analogisk tolking ble behandlet på samme måte. Se også pkt. 2.2.1.

³⁶ Ifølge Rt.1958.479 (på s. 494), bestemmes en handlings straffverdighet etter en verdimessig dom basert på gjerningsmannens subjektive skyld, handlingens objektive grovhet, samt en vurdering av handlingsforløpet i den aktuelle situasjon sett opp mot samfunnets verdinormer.

³⁷ Jf. Rt.1958.479 på s. 494.

³⁸ Se nærmere om dette i pkt. 4.2.

³⁹ NOU 1983:57 s. 121.

gjerningsbeskrivelse.⁴⁰ Kommisjonen understreker at ”på områder hvor folks verdioppfatninger er sterkt ulike, kan skjønsmessige begreper gjøre det særlig vanskelig for den enkelte å forutberegne sin rettsstilling. Samtidig vil domstolens avgjørelser kunne bli oppfattet som politiske. På lengre sikt vil det kunne føre til at folks tillit til domstolene som nøytralt avgjørelsesapparat blir svekket”.⁴¹

Folks verdioppfatning rundt seksuelle skildringer er gjerne ulike. Straffeloven inneholder likevel rettslige standarder på dette feltet. Moralsynet endres i takt med samfunnsutviklingen, men ikke nødvendigvis slik at borgerne vil ha en kollektiv enighet om hva som straffefritt kan uttrykkes.⁴² Slik sett fremstår dette som et argument mot bruk av rettslige standarder på områder hvor folks verdisyn spriker. En annen ting er at andre utformingsteknikker ikke nødvendigvis fungerer bedre.⁴³

Dersom man leser gjennom straffeloven, legger man raskt merke til de rettslige standardene. Hvor mange det nøyaktig er tale om blir et definisjonsspørsmål hvor oppfatningene er delte.⁴⁴ Det at ”vanrøkt” (§ 219), ”pornografi” (§ 204), ”utilbørlig opptreden” (§ 325 nr. 3), ”annen uanstendig atferd” (§ 201), og ”annen fornærmelig atferd” (§ 326 nr. 2), er rettslige standarder er det trolig enighet om.

I tillegg har man de begrep som intuitivt synes rent deskriptive, men som likevel inneholder en vurderende standard. Typisk er ”rettsstridig” som stående alene er innholdstomt og

⁴⁰ NOU 1983:57 s.121. Sosialetisk vurdering innebærer ”en moralsk vurdering som bygger på samfunnsoppfatningen til enhver tid - såkalte rettslige standarder”.

⁴¹ NOU 1983:57 s. 121.

⁴² Jf. TOSLO-2003-7272. Det uttales om forståelsen av strl. § 204 at ”det hersker imidlertid ulike og til dels sterkt motstridende samfunnssyn på hva som bør være straffbar pornografi i straffelovens § 204 forstand”. En annen ting er at man kan se ulikt på hvor langt samfunnet bør gå i å regulere ”umoralisk atferd”. I NOU 2002:4 pkt. 4.2, fremholdes at det generelt bør utvises varsomhet med bruk av straff, og det i utgangspunktet er kun handlinger som medfører eller kan medføre at noen påføres skade som bør straffes.

⁴³ Se pkt 2.2.2.

⁴⁴ Sammenlign med pkt. 2.1.1.

avhengig av fortolking for at meningen skal fremtre. Enten kan ordets mening bero på en sosialetisk vurdering basert på normer utenfor straffebudet, og således virke som en standard, eller så kan det være en henvisning til annen, ofte sivil, lovgivning.⁴⁵

Meningene er mer splittede når det gjelder begreper som utvidende eller innskrenkende tolking, spørsmål om unnskyldelig rettsvillfarelse, reglene om årsakssammenheng og adekvans, og forsett- og uaktsomhet.⁴⁶

2.2.1 Kasuistiske bestemmelser og understandarder

I stedet for å anvende en rettslig standard kan lovgiveren kasuisere det aktuelle straffebudet.⁴⁷ Dette var en vanlig utformingsteknikk tidligere, for eksempel hadde NL 6-7-8 denne ordlyden; *”For stavshugg og nevehugg og hårgrep og jordskuff og klærs søndererrivelse bøtes...”*.⁴⁸ Dersom man på basis av rettsstilstanden noen tiår tilbake skulle kasuisere for eksempel § 204a ville det kunne det bli: *”Den som utgir, selger eller på annen måte søker å utbre skildringer av nakne kvinner som sprikende viser sitt underliv, eller mann som med dame vaginalt, oralt eller analt gjennomfører samleie, straffes med bøter eller fengsel inntil 3 år”*.

En fordel med slik kasuisering er at den kan øke rettsvissheten hos borgerne. Beskrivelsene er så presise og klare at det i utgangspunktet er enkelt å fatte hva som er straffbart. Imidlertid vil den konkrete formuleringen raskt kunne bli innhentet av samfunnsutviklingen og komme i utakt med denne. Dermed presses domstolen til utvidende tolking for å fylle

⁴⁵ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 154. Sammenlign med *rettsstridig atferd* (strl. § 266).

⁴⁶ Eyben: *Kriminalrettens rettslige standarder*. NTfK (1951) s. 294-306. Og motsatt Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 238.

⁴⁷ Med kasuistisk lovgivningsteknikk forstås at man ikke gir alminnelige regler, men i stedet beskriver et typisk tilfelle og knytter avgjørelsen til dette, slik at tilfelle som ikke direkte gikk under loven ved en analogisk tolking ble behandlet på samme måte. I motsetning til denne har man den mer moderne syntetiske lovgivningsteknikk, som nåværende straffelov er bygget på, hvor man gjennom overbegreper søker å sammenføre en rekke enkelttilfelle.

⁴⁸ Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687.

huller i beskrivelsen, og kan hende i større utstrekning enn forutsatt av lovgiver. Slik sett kan det likevel bli uvisst for borgeren hvor grensen for det straffbare ligger.

Imidlertid er ikke en kasuisering i Norske Lovs forstand aktuelt i dag. Det er likevel mulig gjennom utformingen av den rettslige standarden å tydeliggjøre et straffebuds utstrekning. Så vidt mulig ønsket Knoph at man rasjonaliserte standarden ved hjelp av presiserende understandarder.⁴⁹ Likevel innså han at en uttømmende oppregning av understandarder var umulig.⁵⁰ Umuligheten ligger i standardens egenart, noe Pound formulerte som at "*each case is to a certain extent unique*".⁵¹ Gjennom å oppløse standardene i flerfoldige underkategorier arbeider man seg vekk fra standardens hovedoppgave som er å virke som et funksjonelt instrument for det individuelle enkelttilfellet. Å forsøke en fininndeling av for eksempel culpanormen vil derfor ikke være suksessfylt fordi uaktsomme tilfeller utenfor det man har forestilt seg alltid vil dukke opp.

Understandardene er konkretiserende og inneholder hensynene hovedstandardens skal beskytte. Gjennom understandardene innskrenkes på den annen side dommerfriheten, uten at det kan hevdes å være et problematisk inngrep, ettersom standarden i utgangspunktet oppstiller stor frihet for dommeren. For eksempel er standarden "*pornografi*" i strl. § 204 tildelt understandarden "*kjønnslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående*". Denne fungerer som en veiledende presisering. Sett inn i en større sammenheng vil dessuten en økt bruk av forklarende understandarder medføre en utesing av straffeloven. Imidlertid vil en understandard ikke passe til bruk over alt, og ville kunne begrenses til bruk hvor rettsvissheten er avhengig av og bedres, samtidig som man klarer å ramme det straffverdige.

⁴⁹ Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 36-41.

⁵⁰ Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 40-41.

⁵¹ Jf. Pounds definisjon i pkt 2.1.1.

Dessuten vil man gjennom å anvende en målestokk som de fleste drar kjensel på og vet å bøye seg for, og hvor standardens formål fremstår klart, øke borgernes rettsvisshet.

Lovgiveren har forsøkt å presisere hovedstandardene gjennom understandarder i f eks nabolovens § 2 ("urimelig" og "uturvande"),⁵² og likeledes med urimelighetsvurderingen i avtalelovens § 36.⁵³ I straffeloven ser man det samme i blant annet § 204.⁵⁴

Understandardenes beskrivende formuleringer presiserer hovedstandardens formål, og vil til en viss grad tydeliggjøre bestemmelsens utstrekning. Til sammenligning vil en standard angitt som en ubestemt lovbestemmelse, i en utilgjengelig drakt eller ved en omstridt målestokk, kunne medføre økt rettsuvisshet.

⁵² Jf. Lov av 16. juni 1961 nr. 15 § 2.2: "I avgjerda om noko er urimelig eller uturvande, skal det leggjast vekt på kva som er teknisk og økonomisk mogleg å gjera for å hindra eller avgrensa skaden eller ulempa", og i § 2.3: "I avgjerda om noko er urimeleg, skal det vidare leggjast vekt på om det er venteleg etter tilhøva på staden og om det er verre enn det som plar fylgja av vanlege bruks- eller driftsmåtar på slike stader".

⁵³ Jf. Lov av 31. mai 1936 nr. 4 § 36.2: "Ved avgjørelsen tas ikke bare hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig".

⁵⁴ Jf. § 204.2: "Med pornografi menes i denne paragraf kjønnslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående...".

3 Grunnloven og EMKs krav til strafferettslige standarder⁵⁵

3.1 Innledning

I NOU 2003:15 s. 110 sies det at rettighetene i EMK art. 7 ”*neppe har noen direkte selvstendig betydning for norsk rett. På strafferettens område er kravene i artikkelen ivaretatt gjennom Grunnlovens § 96...*”.

I Rt.2001.545 hevdet Staten v/Samferdselsdepartementet at det ikke er nødvendig å vurdere om den norske bilbeltegebyrordningen strider mot EMK ”*idet EMK ikke stiller strengere krav til lovhjemmelen enn det som følger av interne norske tolkingsprinsipper*”.

Høyesterett så det imidlertid ikke nødvendig å drøfte påstanden for å konkludere i saken.

Ingen av disse påstandene begrunnes nærmere. Er standpunktet så selvsagt som det ovenfor hevdes? Jeg vil søke å avdekke hvilke krav man nasjonalt og på det konvensjonsrettslige planet, stiller til utformingen av rettslige standarder i straffeloven. I første rekke ønsker jeg å se på kravene som stilles til lovgiveren når det gjelder å utforme tilstrekkelig presise straffebestemmelser.

Det er for øvrig ingenting i veien for at den nasjonal rett stiller strengere krav til straffehjemlene enn EMK, ettersom EMKs regler er minstestandarder.

3.2 Grunnlovens krav til strafferettslige standarder

I Grunnlovens § 96 står det å lese at: ”*Ingen kan dømmes uten etter lov*”. Dette prinsippet – nulla poena sine lege – stammer fra opplysningstiden der man så med uro på å overlate for meget til dommerens skjønn, og innførte prinsippet for å forsikre seg om at dommeren kun dømte på bakgrunn av konkrete straffebud.

⁵⁵ Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran vår interne retts bestemmelser, jf. menneskerettsloven § 2 jf. § 3.

Legalitetsprinsippet virker i første rekke som et krav til domstolen om å dømme innenfor de rammene straffebestemmelsene oppstiller. Imidlertid har prinsippet en slagside også til lovgiveren om at straffebudet bør søkes å utformet så entydig som mulig. Slik levner straffebudet minst mulig tvil for borgeren som skal leve på riktig side av det, påtalemyndigheten som skal ta ut tiltale og for dommeren som skal dømme etter det.

I Grl. § 96s "*Ingen kan dømmes uten etter lov*" ligger tre implikasjoner. For det første kan ikke straff idømmes uten hjemmel i klar ordlyd, dessuten spørsmålet om rettsanvendelsestvil skal komme tiltalte til gode, og for det tredje må domstolen være varsomme med utvidende eller analogisk fortolking av straffebud. Jeg vil i det følgende gå implikasjonene nærmere i sømmene.

I tilknytning til denne oppgaven vil drøftelsen konsentreres rundt hvorvidt den rettslige standarden er klart og tydelig nok utformet, altså som et krav i første rekke til lovgiver. Men for å vurdere om en bestemmelse er presis nok, gir det mening å se hvordan domstolen gjennom rettspraksis har utviklet rettslige standarder, og i hvor stor grad den gjør bruk av utvidende og analogisk fortolking for derav å utvide standardens anvendelsesområde.

3.2.1 Hvorfor har man krav om lovhjemmel for å kunne straffedømme?

3.2.1.1 Demokratihensynet.

For det første er tanken at legalitetsprinsippet hviler på en moralsk norm om individers rett til selvbestemmelse. Av denne moralske normen slutter man til en politisk norm at borgerne gjennom en politisk prosess selv skal angi de normer de er forpliktet å følge, herunder straffebudene. Fra denne politiske normen slutes en juridisk norm om at straffebud må gis i formell lovs form.⁵⁶

⁵⁶ Andenæs: *Statsforfatningen i Norge* (1997) s. 210-217 og Høberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger*. Tidsskrift for rettsvitenskap (TfR) (2000) s. 622-625.

3.2.1.2 Rettssikkerhetshensynet

Legalitetsprinsippet ivaretar dessuten deler av borgernes rettssikkerhet. Dette innebærer en beskyttelse mot vilkårlige maktovergrep fra først og fremst den utøvende makt. I dette ligger også en forsikring om likebehandling og rettferdighet gjennom skrevne regler og muligheten til å forsvare sine rettslige interesser. Dette er de klassiske hensynene bak GrL § 96.

I tillegg medfører legalitetsprinsippet et krav om foruberegnelighet og en forsikring mot rettsuvissheten.⁵⁷ Ved en så klar utforming av straffebudene som mulig tilsikres forutberegneligheten for individet. Imidlertid innebærer dette aspektet en relativitet og en iboende usikkerhet fordi fastleggelsen av et straffebuds innhold beror på rettsanvenders fortolkning og subsumsjon. I tillegg er borgeren i praksis ikke alltid orientert om lovligheten av sine handlinger.⁵⁸

3.2.1.3 Hensynet til den politiske og offentlige kontroll

I dette ligger vårt rettssystemets forutsetning om at det er lovgiver som skal definere hvilke handlinger som er straffbare. I forkant av en kriminalisering skjer en politisk debatt, og dermed en offentlig kontroll med prosessen. Denne åpenheten fremstår som en forsikring om at straffebudene som til enhver tid gjelder har fremkommet på forsvarlig vis.⁵⁹ I tillegg kommer at straffebestemmelser må offentlig kunngjøres innen de kan gjøres gjeldende.⁶⁰

⁵⁷ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (1997) s. 108.

⁵⁸ Høberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger*. TFR (2000) s. 622-625.

⁵⁹ Høberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger*. TFR (2000) s. 622-625.

⁶⁰ Jf. Rt.2004.357 og HRD 02.11.05.

3.2.2 Kravet om klar ordlyd (lex certa)

Tradisjonelt har man på strafferettens område oppstilt et krav om særlig klar lovhjemmel.⁶¹ Årsaken er inngrepets alvorlige karakter, og at fengsling er ansett som samfunnets mest alvorlige sanksjon. Logikken har vært at dette må møtes med et tilsvarende strengt krav til lovbestemmelsens kvalitet. På tross av dette formelle utgangspunktet, er det likevel usikkert hva hjemmelskravet konkret innebærer.

Spørsmålet rundt kravet til klarhet ble omtalt, men ikke presisert i Rt.1933.212.

Førstvoterende uttalte at *”særlig hvor det gjelder den alminnelige straffelov må landets borgere ha krav på at få klar beskjed om, hva de kan straffes for”*.⁶² Hva som mer nøyaktig ligger i *”klar beskjed”* kommenteres ikke.

I en nyere avgjørelse, som gjaldt uteblivelse fra førstegangstjeneste, uttales at *”det skal sterke grunner til for at man skal kunne fravike en naturlig forståelse av ordlyden til skade for den vernepliktige. Forarbeidene til loven tyder ikke på at lovgiver har overveiet om det er grunn til å ha en annen regel... Det er ikke påvist reale hensyn som gir noen selvklar løsning”*.⁶³ Høyesterett må dermed finne *”sterke grunner”* i annet rettskildemateriale for å fravike ordlyden til skade for tiltalte.

I NOU 1983:57 s. 116 uttales *”at det straffbare forhold ikke må være for løst beskrevet. Men det kan ikke stilles særlig strenge krav til klarhet og presisjon. I gjeldende straffelovgivning er det en rekke bestemmelser som åpner for et vidt dommerskjønn”*. Men

⁶¹ Se for eksempel Bratholm: *Strafferett og samfunn* (1980) s. 85: *”Grunnlovens krav om lovhjemmel for å straffe medfører at det gjelder et strengere legalitetsprinsipp i strafferetten enn på andre rettsområder”*.

Imidlertid hevder for eksempel Skjerdal: *Kvalitative hjemmelskrav* (1998) s.62, at dette utgangspunktet ikke er holdbart, og at presisjonskravene bør være tilsvarende, for eksempel ved tvangsinnleggelse på psykiatrisk institusjon gjennom administrativ beslutning, fordi sanksjonen er i nærheten av alvorlighetsgraden som ved fengsling. Dermed mener han det ikke bør fastholdes et absolutt skille mellom legalitetsprinsippet innen strafferetten og på andre rettsområder.

⁶² Jf. også likelydende uttalelser i Rt.1931.1173, Rt.1938.271 og Rt.1956.1140.

⁶³ Rt.1976.1434.

det uttales også at *”det ville likevel være i strid med lovprinsippet å gi et straffebud som generelt retter seg mot handlinger som f.eks krenker andre eller som er i strid med allmenne interesser. Straffebudene må angi flere objektive kjennemerker ved handlingen enn det”*. Rettslige standarder i straffeloven som blir ansett å være i grenseland i forhold til presisjonsnivå er for eksempel *”utilbørlig opptreden”* (strl. §325 nr. 3), og *”annen hensynsløs atferd”* (strl. 390a).⁶⁴

Andenæs fremholder at det å balansere på lovens grense ikke er noen *”beskyttelsesverdig interesse”*, og at *”det må være tilstrekkelig advarsel at en likefrem lesning av loven må vekke tvil om dens forståelse”*. Andenæs mener dette er nok for at borgeren kan innrette seg *”slik at de er på den sikre side”*. Dette er et riktig utgangspunkt, men vil ikke nødvendigvis være holdbart i alle tilfelle.⁶⁵

I 1974 ble det foreslått en ny paragraf med sikte på å ramme den som *”under utøving av næringsvirksomhet handler i åpenbar strid med redelig fremgangsmåte ved inngåing av avtaler”*.⁶⁶ Straffebudet er formulert ved hjelp av en rettslig standard, og likner en generalklausul, og har et meget vidt og upresist virkefelt. Selv om en næringsdrivende føler at hans valgte fremgangsmåte er uetisk, blir det likevel håpløst for ham å vite hvor grensen for det straffbare er. En næringsdrivendes medkontrahent vil også lett havne i tvil. Dersom han er misfornøyd med utfallet av en avtale kan det friste med en politianmeldelse. Påtalemyndigheten vil på sin side gis vide muligheter for å ta ut tiltale. Hensynet til forutberegnligheten og beskyttelsen mot vilkårlige maktovergrep, taler for at bestemmelsen

⁶⁴ Mæland: *Innføring i alminnelig strafferett* (1999) s. 57-58. Se også drøftelsen under punkt 4.

⁶⁵ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 115-116. Det kan innvendes at dersom lovgiver hadde formulert et straffebud med ordlyden *”den som utfører samfunnsskadelige handlinger, straffes...”*, ville borgeren etter en likefrem lesning være i tvil om bestemmelsens rekkevidde. Regelen bryter likevel med legalitetsprinsippet.

⁶⁶ Jf. notat av november 1974 fra arbeidsgruppe nedsatt av Justisdepartementet vedrørende strafferettslige tiltak mot visse former for økonomiske kriminalitet, og etterfølgende Ot.prp. nr. 61 (1978-1979).

er problematisk i forhold til legalitetsprinsippet. Etter en sterk kritikk av bestemmelsens diffuse og vage utforming, ble forslaget heller ikke videreført.⁶⁷

Dersom bestemmelsen hadde blitt videreført kunne det argumenteres med at bestemmelsen stred mot Grl. § 96.⁶⁸ Andenæs mener straffebestemmelse med gjerningsbeskrivelsen: ”*utilbørlig eller samfunnskadelig atferd*” ville være i strid med lovskravet.⁶⁹ Det samme hevder Eskeland når det gjelder strl. § 412 som setter straff for tjenestefolk som utviser et ”*særlig slett forhold*”. Likeledes mener han ”*slett forhold*” som vilkår for fangerefs etter fengselsloven § 26 – forutsatt at det regnes som straff etter Grl. § 96 - strider mot lovprinsippet. Eskeland kritiserer lovgiver for ”*at hensynet til hva lovgiveren anser som nødvendig eller hensiktsmessig utforming [av straffelovgivningen] ofte har hatt større vekt enn de prinsipielle hensyn som ligger bak Grl. § 96*”.⁷⁰ Det er prinsipielt sett ikke utenkelig at norsk Høyesterett underkjenner en norsk straffebestemmelse selv om man hittil ikke har sett eksempler på dette.⁷¹

I Rt.1958.479 var det påstått at standarden ”*utuktige skrifter*” stred mot Grl. § 96. Byretten hadde uttalt at ”*[utuktige skrifter] ikke i sitt innhold har en slik karakter at § 211 for så vidt kommer i strid med Grunnlovens § 96*”.⁷² Imidlertid gikk ikke byretten inn på kravet til klarhet, eller begrunner nærmere hvorfor § 211 ikke strider mot Grl. § 96. Det uttaltes dog at en ”*annen løsning ikke fremtrer som mulig*”. Byretten refererer til at bruken av rettslige standarder og skjønnsmessige begrep er svært utbredt i straffeloven.

⁶⁷ Norsk Advokatblad (1975) s. 14, og Bratholm: *Strafferett og samfunn* (1980) s. 70.

⁶⁸ Årsaken til dette ligger i det konstitusjonelt sedvanerettslige grunnlag domstolen har for å tilsidesette lovbestemmelser stridende mot grunnloven, jf. Rt.1976.1, hvor flertallet uttalte ”*skal prøvelsesretten ha noen realitet, må domstolen benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven.*”

⁶⁹ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (1997) s. 114.

⁷⁰ Eskeland: *Strafferett* (2000).

⁷¹ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 123. I tråd med vår rettstradisjon ville Høyesterett helst søkt å tolke straffebudet innskrenkende.

⁷² Se byrettens drøftelse i Rt.1958.479 på s. 493-494.

Byretten uttaler for øvrig at *”man må kunne kreve at loven velger uttrykk som karakteriserer handlingen så langt som mulig og angir bestemte kriterier i den utstrekning det lar seg gjøre, når man samtidig skal ramme det anerkjent straffverdige”*. Byretten må dermed tolkes dit hen at denne forutsetningen for § 211s del er oppfylt. Samtidig påpekes det at *”loven ville rammet i langt større utstrekning enn stemmende med vår tids oppfatning om lovgiveren hadde bundet begrepet ”utuktige skrifter” til helt bestemte kriterier”*. Byretten mener formodentlig bruken av en standard i denne sammenhengen var en fordel, ettersom en mer presis gjerningsbeskrivelse kunne utviklet seg til å ramme for vidt.⁷³

For Høyesterett opprettholdt ikke forsvaret påstanden om at strl. § 211 strider mot Grl. § 96. Høyesterett understreker likevel at en slik påstand *”ikke ville kunne føre frem”*, men at *”man ved tolkingen og anvendelsen av § 211 må ha for øye de grunnleggende prinsipper som Grunnlovens § 96 bygger på”*.⁷⁴ Høyesterett i plenum var på dette punktet enstemmig. Dommen gjelder kun § 211s forhold til Grl. § 96. Andre strafferettslige standarder uttales det intet om. Særdeles vage standarder kan dermed i en senere sak anses i strid med Grl. § 96. En lignende spørsmål har ikke siden vært oppe for Høyesterett.

Til sammenligning har man i USA underkjent lovbestemmelser rettet mot volds og sexmagasiner.⁷⁵ Deres domstolsutviklede *”void for vagueness doctrine”*, med hjemmel i den amerikanske forfatningen, sier at *”straffebestemmelser er ugyldige hvis de er så uklare eller utflytende at de ikke gir tilstrekkelig veiledning om hvor grensen for det straffbare går”*.⁷⁶ Dette innebærer ikke bare at domstolen velger den mildeste tolkingen av flere alternative, men at hele bestemmelsen erklæres ugyldig.

⁷³ Rt.1958.479 på s. 493-494.

⁷⁴ Rt.1958.479.

⁷⁵ Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948). Se også University of Pennsylvania Law Review, Vol. 109 s. 67-116.

⁷⁶ Andenæs: *Inntrykk fra amerikansk strafferettspleie*. NTfK (1964) s. 5-6.

I saken *Winters v. New York* gjaldt spørsmålet straffleggelse basert på et straffebud som vesentlig forbød distribusjon av magasiner med ”*stories of bloodshed, lust or crime*”.⁷⁷ Den føderale Høyesterett uttalte at ”*It does not seem to us that an honest distributor of publications could know when he might be held to have ignored such a prohibition*”. Av den grunn valgte den amerikanske Høyesterett å erklære bestemmelsen som stridende mot Grunnloven og ugyldig.

3.2.2.1 Skal rettsanvendelsestil komme tiltalte til gode?

Det følger altså av legalitetsprinsippet at straffedom kun kan avsies på bakgrunn av tilstrekkelig klar hjemmel. Domstolen må dermed frifinne hvis disse kravene ikke er tilfredsstilt, jf. f eks Rt.1933.212. Dermed synes legalitetsprinsippet også å innebære at tvil om et straffebuds fortolking skal komme tiltalte til gode.

Imidlertid vil dommeren ved tolkingen av straffebud vurdere argumenter fra forskjellige rettskilder opp mot hverandre ved bruk av gjeldende rettskildeprinsipper. Den lovforståelse som velges er et resultat av denne prosessen. Men et prinsipp om at rettsanvendelsestil skal komme tiltalte til gode er noe annet. Rettspraksis har avvist at *in dubio pro reo* gjelder i relasjon til rettsanvendelsestil.⁷⁸ Andenæs uttaler at ”*utgangspunktet er at dommeren velger den løsning som han finner alt i alt har de beste grunner for seg*”.⁷⁹ Jeg leser Andenæs slik at ”*løsningen*” er hva dommeren kommer til etter vurderingen av

⁷⁷ Formuleringen ”*stories... of lust*” kan minne om vår tidligere ”*utuktige skrifter*”. Det er dermed interessant at man i USA anser slik begrepsbruk som for vagt til å inngå i straffebestemmelser.

⁷⁸ Rt.1984.91 dreide seg om strafferettsstandard ”*uaktsomhet*”. *In dubio pro reo* avvises i relasjon til den problemstillingen, men dommen er også tatt til inntekt for en allmenn avvisning av *in dubio pro reo* ved rettsanvendelsestil, jf. blant annet Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s.115. Men prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode, gjelder under bevisbedømmelsen, jf. EMK art. 6.2, jf. Menneskerettsloven § 3 jf. § 2.

⁷⁹ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 115. Videre uttaler han at: ”*..når setningen om at tvilen skal komme tiltalte til gode, blir anført som domsbegrunnelse i konkrete tilfelle, tror jeg nok oftest det er til støtte for det resultat som retten likevel ville ha kommet til*”.

rettskildefaktorene. Finner dommeren ”sterke grunner” i annet rettskildematerial for å fravike en naturlig forståelse av ordlyden ved rettsanvendelsestil, hindrer ikke in dubio pro reo-prinsippet ham i å gjøre det.⁸⁰

3.2.2.2 Utvidende⁸¹ eller analogisk⁸² tolking av strafferettslige standarder

I juridisk teori har det vært vanlig å si det skal gode grunner til for å tolke straffebud sterkt utvidende og at analogislutninger ikke bør forekomme.⁸³ Domstolene har også blitt mer forsiktige med utvidende eller analogiske fortolkninger av straffebud med tiden.⁸⁴ Det er likevel mange eksempler på analogier av straffebud også i forrige århundre, men Høyesterett har ikke åpent erkjent bruk av analogi.⁸⁵

I Telefonsjikanedommen ble tiltalte frifunnet for sjikanøse oppringninger overfor en kvinne. Høyesterett fant handlingen straffverdig, og kunne analogisert som byretten gjorde, men anså at strl. § 350 ikke kunne anvendes på forholdet.⁸⁶ Dette førte til at lovgiver vedtok strl. § 390a for derved å kunne ramme slike handlinger.⁸⁷

Selv om legalitetsprinsippet taler for varsomhet med utvidende eller analogisk fortolking, er det i liten grad betenkeligheter med slik tolking til fordel for tiltalte.⁸⁸

⁸⁰ Rt.1976.1434.

⁸¹ Det er utvidende tolking når det forhold utenfor ordlyden som lovbudet anvendes på, er så nær beslektet med det forhold ordlyden dekker at det er naturlig å si at de to forhold omfattes av samme regel.

⁸² Det er analogisk tolking når det forhold som faller utenfor ordlyden er såpass annerledes at det ikke kan sies å omfattes av samme regel, men derimot av den begrunnelse regelen hviler på.

⁸³ Mæland: *Innføring i alminnelig strafferett* (1999) s. 58.

⁸⁴ NOU 1983:57 s.115-116.

⁸⁵ Rt.1918.858 (salg antatt også å omfatte bytte), Rt.1929.330 (bestemmelse om dampfartøy anvendt også på motorfartøy) og Rt.1959.501 (ordlyden gjaldt uforsiktig omgang med ild eller ildsfarlige stoffe, men ble anvendt likefullt på uforsiktig omgang med kokeplate).

⁸⁶ Rt.1952.389.

⁸⁷ Se kapittel 4 for mer om § 390a.

⁸⁸ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 122.

3.3 EMKs krav til strafferettslige standarder

Overskriften til EMK art. 7 nr.1 1. setning lyder ”No punishment without law” (nullum crimen sine lege). Bestemmelsen ser dermed ut som en parallell til Grl. § 96. En naturlig forståelse av ordlyden i art. 7 taler imidlertid for at den tilsvarer Grl. § 97, og at den kun forbyr lover med tilbakevirkende kraft:

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed”.

Teori og praksis har dog innfortolket et krav til forutberegnelige straffehjemler i bestemmelsen.⁸⁹ Art. 7 regulerer bare tilfeller som anses som ”*criminal offence*”,⁹⁰ og dessuten kun saker som omhandler skyldspørsmålet.⁹¹ Videre innebærer henvisningen til ”*national law*” at den Europeiske Menneskerettsdomstol (heretter EMD) prøver om nasjonal rett på gjerningstidspunktet inneholder tilstrekkelig straffehjemmel.⁹²

Begrepet ”*law*” omfatter også uskreven lov dannet gjennom domspraksis. EMD vil dermed, for å vurdere ordlydens klarhet, også ta i betraktning relevant rettspraksis.

3.3.1 Kravet om klar hjemmel (“*foreseeability*”)

Sunday Times-saken omhandler begrepet “*law*” i EMK art. 10.2. Imidlertid antas ”*law*” i art. 7s forstand å måtte tolkes minst like strengt.⁹³ EMD uttalte at ”*a norm cannot be regarded as “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a*

⁸⁹ NOU 2002:4. Sunday Times v. U.K (1979).

⁹⁰ Tilbakevirkningsforbudet faller utenfor oppgavens forutsetninger og behandles ikke. Termen ”*criminal offence*” er heller ikke relevant og utelates fra videre kommentarer.

⁹¹ Lawless v. Ireland (1970).

⁹² Det skal påpekes at EMD som utgangspunkt ikke skal kontrollere om inngrepet er i overensstemmelse med nasjonal rett. Imidlertid har EMD forbeholdt seg retten til inngripen ved eklatante avvikelser fra den nasjonale rett, jf. Kruslinsaken (1990) pr. 28-29.

⁹³ Se NOU 2002:4 s. 93 og Aall: *Rettergang og menneskerettigheter* (1995) s. 280.

*degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail”.*⁹⁴

Borgeren skal dermed kunne forutse konsekvensene av sine handlinger gjennom en ordlydslesning. Ordlyden må angi en minstegrad av klarhet og presisjon. Imidlertid vil ordlydskravet variere med hva som er rimelig etter omstendighetene. Dessuten åpnes det for et krav om at borgeren må innhente for juridisk rådgivning for å klarlegge sin rettslige posisjon.⁹⁵

Dessuten uttaler domstolen at *”those consequences need not to be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice”.*⁹⁶

Forutsigbarhet er dermed intet absolutt krav. Selv om det er det ideelle, og den beste forutsetningen mot vilkårlige inngrep, ville skjønnsbaserte regler likevel være å foretrekke. Det understrekes at mange lover anvender seg av vage formuleringer. Dette anses av EMD likevel som nødvendig, for å sikre at reglene *”keep in pace with the changing circumstances”*. Karakteristikken innebærer at skjønnsbaserte regler som utvikler seg i takt med samfunnsutviklingen, som f.eks. rettslige standarder, tillates anvendt av EMK i straffebestemmelser.⁹⁷ Selv om EMD aksepterer anvendelse av strafferettslige standarder, sies lite om innholdet i kravet til minstegraden av klarhet og presisjon rettslige standarder og andre skjønnsbaserte regler må utformes etter. Sunday Times oppstiller

⁹⁴ Sunday Times v. U.K (1979).

⁹⁵ Lorenzen m.fler.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (2003) s. 53-55.

⁹⁶ Sunday Times v. U.K (1979).

⁹⁷ Lorenzen m.fler.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (2003) s. 53-55.

sammenfatningsvis et krav om at lovregelen må ha internrettslig forankring, og samtidig være tilgjengelig, tilstrekkelig klar og forutsigbar.

I *Kokkinakis v. Hellas* ble art 7 nr 1 tolket til at det bare er loven som kan definere lovbrudd og fastsette straff. Dessuten uttales at straffeloven ikke må tolkes til skade for tiltalte, som f eks ved analogislutninger til tiltaltes ugunst. Derav følger at lovbruddet klart må formuleres i loven. Det avgjørende blir om tiltalte ut fra ordlyden og om nødvendig med støtte i rettspraksis kan vite hvilke handlinger som er straffbare.⁹⁸ Andenæs uttaler at ”*det er rimelig å tenke seg at uttalelser av denne art kan påvirke Høyesterett til å være varsom med å gå utenfor lovens ordlyd*”.⁹⁹ Imidlertid omfatter EMKs lovbegrep også ulovfestet rett, og man kan etter omstendighetene idømme straff kun etter regler utviklet gjennom rettspraksis. Dermed tillater EMK at man går utover en i utgangspunktet klar ordlyd så fremt det kan forutses i rettspraksis.

I *Gropper Radio-saken* presiserte EMD at kravet til forutsigbarhet og klarhet beror på typen av rettighet det gripes inn i, hvor inngripende myndighetsutøvelse det er snakk om, og hvem inngrepet retter seg mot.¹⁰⁰ Uttalelsene må tas inntekt for at kravet til lovhjemmelens klarhet og presisjon stiger med inngrepets intensitet, og at EMKs lovskrav kan anses som relativt.¹⁰¹ Det er dermed rimelig å anta at EMD stiller strengere hjemmelskrav til strafferettslig standarder rettet mot alminnelige borgere enn f eks strl. § 325 nr 3, som rettes til offentlige tjenestutøvere.¹⁰²

I *Herczegfalvy-saken* anså domstolen at EMK art. 8 og 10 var krenket fordi hjemmel ikke var tilstrekkelig klar. Hjemmelen anga at tvangsinnlagte pasienter kunne avskjæres fra kontakt med omverdenen, men stilte ikke opp noen nærmere vilkår, som f eks inngrepets

⁹⁸ *Kokkinakis v. Hellas* (1993).

⁹⁹ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 120.

¹⁰⁰ *Gropper Radio AG* (1990) pr 69.

¹⁰¹ Lorenzen m.fler: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (2003) s. 52-53.

¹⁰² Se pkt. 4.2.

varighet, og heller ingen formålsangivelse. Det ble vektlagt at det ikke fantes noen veiledende rettspraksis som nærmere kunne klargjort hjemmelen. Når inngrep kunne skje var dermed ikke tilstrekkelig forutsigbart for pasientene.¹⁰³ Avgjørelsen taler dermed for at EMD *kan* anse at en i utgangspunktet vag norsk strafferettslig standard bryter med lovskravet, dersom ikke klargjørende rettspraksis foreligger.

I SW v. UK uttalte domstolen at både skreven og uskreven rett omfattes av lovskravet, samtidig som kravene til tilgjengelighet og forutsigbarhet må oppfylles. Dessuten anså domstolen at det å presisere uklare punkter og utvikle rettsreglene i lys av samfunnsutviklingen var en nødvendighet. Art. 7 forbyr heller ikke gradvis avklaring av straffeansvaret gjennom rettspraksis, så fremt utviklingen tilsvarer med lovbruddets kjerne og rimeligvis kan forutses. EMD understreket at art 7s formål var å forhindre vilkårlig straffeforfølgning, domfellelse eller straff.¹⁰⁴ For den rettslige standards del må dommen innebære at en i utgangspunktet vag standard vil kunne presisert gjennom rettspraksis, dersom utviklingen er tilstrekkelig forutsigbar. Dommen følger dermed linjen fra Kokkinakis-saken.

3.4 Sammenfatning

Grl. § 96 stiller krav om klar hjemmel. EMD har utviklet et krav til hjemmelens ”*foreseeability*”. Hensynene bak begge prinsippene er å forhindre vilkårlig straffeforfølgning, domfellelse eller straff. Dette sikres blant annet gjennom klare og forutberegnelige straffebud.¹⁰⁵

¹⁰³ Herczegfalvy (1992) pr 51. Lorenzen m.fler.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (2003) s. 374.

¹⁰⁴ SW v. UK (1995) pr 34-36. Lorenzen m.fler.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (2003) s. 374.

¹⁰⁵ Se pkt. 3.2 og 3.2.1, og opplysningstidens idealer som lovprinsippet i EMK art. 7 og Grl. § 96 bygger på.

Selv om hensynene bak lovprinsippene i Grl. § 96 og i EMKs forstand deles, er kravene som stilles til lovhjemmelen forskjellige.

Hva som anses som "lov" er ulikt. Begrepet "law" i konvensjonens forstand inkluderer også *common law* (sedvanerett). I Norge er straff basert kun på rettspraksis grunnlovsstridig.¹⁰⁶ Når det er sagt skal det minnes om at ikke hvilken som helst uskreven lovregel godtas.¹⁰⁷ EMK stiller dermed i utgangspunktet lempeligere krav til lovprinsippet enn Grunnloven. Allikevel vil ikke nødvendigvis EMD akseptere uskreven rett som "law" også i Norge. I EMK art. 7 ligger nemlig en forutsetning om at EMD kan etterprøve om vår nasjonale retts hjemmelskrav er overholdt. Dette følger av art. 7s henvisning til "*did not constitute a criminal offence under national law*". Dermed vil EMD måtte konkludere forskjellige beroende på hvilket land som er innklaget.¹⁰⁸

EMD vektlegger lovgivers behov for bestemmelser som er i stand til å "*keep in pace with the changing circumstances*".¹⁰⁹ De de samme hensynene legges til grunn i Myklesaken.¹¹⁰ Ordlyden i både EMDs og norsk retts forstand, må inneholde en minstegrad av klarhet og presisjon.

Når det gjelder minstekravene til standardens utforming, berører ikke EMD spørsmålet, ut over de generelle uttalelsene om lovbestemmelers forutsigbarhet.¹¹¹ Høyesterett har ikke gitt generelle uttalelser til problemstillingen. I NOU 1983:57 s. 116 berører imidlertid straffelovkommisjonen spørsmålet: "*Det kan ikke stilles særlig strenge krav til klarhet og presisjon... det ville likevel være i strid med lovprinsippet å gi et straffebud som generelt*

¹⁰⁶ En annen ting er at Høyesterett vil kunne tolke en straffebestemmelse utvidende eller analogisk på bakgrunn av regler utviklet i rettspraksis, forarbeider eller reelle hensyn.

¹⁰⁷ S.W. v. U.K. (1995) stiller krav at regelen er tilgjengelig og forutsigbar.

¹⁰⁸ Aall: *Rettergang og menneskerettigheter* (1995) s. 280-283.

¹⁰⁹ Sunday Times v. U.K. (1979).

¹¹⁰ Rt.1958.479 - "*vår straffelov anvender [i dag] rettslige standarder i en rekke tilfelle, og at en annen løsning ikke fremstiller seg som mulig*".

¹¹¹ Sunday Times v. U.K. (1979).

retter seg mot handlinger som f eks krenker andre eller som er i strid med allmenne interesser. Straffebudene må angi flere objektive kjennemerker ved handlingen enn det”. Dette gir likevel bare et generelt utgangspunkt. Spørsmålet må vurderes konkret i forhold til den aktuelle rettslige standard.¹¹²

Det kan virke som om EMD stiller mindre krav til ordlydens forutsigbarhet enn det gjøres i norsk rett. For det første aksepterer EMD at vage ordlyder klarlegges gjennom rettspraksis. Slik er det til en viss grad i Norge også, men mulighetene for praksisen må antas mer vidtgående i EMD ettersom lovsbegrepet i utgangspunktet er mer omfattende. For det andre kreves etter omstendighetene av individet at juridisk bistand må søkes for å avklare rettstilstanden. Et tilsvarende strengt krav kan ikke Høyesterett sies å ha oppstilt.

Norsk rett må etter dette sies å oppfylle minstestandardene til forutsigbare lovbestemmelser som EMD gjennom fortolkingen av art. 7 oppstiller. Uttalelsen i NOU 2003:15 s. 110 om at Grl. § 96 ivaretar kravene EMK art. 7 stiller må dermed sies å stå seg.

Ettersom Grl. § 96 oppfylder minstekravene EMK stiller til straffebudenes utforming, vil det videre tas utgangspunkt i Grl. § 96. Imidlertid vil drøftelsene ved behov suppleres med EMD praksis.

¹¹² Denne vurderingen foretas i kapittel 4.

4 Utvalgte strafferettslige standarder sammenholdt med legalitetsprinsippet

4.1 "Kjønnslige skildringer som virker støtende eller... menneskelig nedverdiggende" (strl. § 204)

§ 204.

Den som

- a. utgir, selger eller på annen måte søker å utbre pornografi,
- b. innfører pornografi med sikte på utbredelse,
- c. overlater pornografi til personer under 18 år, eller
- d. holder offentlig foredrag eller istandbringer offentlig forestilling eller utstilling med pornografisk innhold,

straffes med bøter eller med fengsel inntil 3 år.

Med pornografi menes i denne paragrafen kjønnslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående, herunder kjønnslige skildringer hvor det gjøres bruk av lik, dyr, vold og tvang. Som pornografi regnes ikke kjønnslige skildringer som må anses forsvarlige ut fra et kunstnerisk, vitenskapelig, informativt eller lignende formål.

Den som uaktsomt foretar handling som nevnt i første ledd, straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder. På samme måte straffes den innehaver eller overordnede som forsettlig eller uaktsomt unnlater å hindre at det i en virksomhet blir foretatt handling som nevnt i første ledd.

Paragrafen gjelder ikke for film eller videogram som Medietilsynet ved forhåndskontroll har godkjent til ervervsmessig fremvisning eller omsetning.¹¹³

Drøftelsen har til formål å sammenholde § 204s rettslige standarder med hensynene bak Grl. § 96 og øvrig rettskildemateriale.¹¹⁴ Spørsmålet blir i hvilken grad argumentene hentet fra disse hensynene taler for at standarden burde tolkes innskrenkende, eller i ytterste konsekvens sies å stride mot Grl. § 96.

¹¹³ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) fastslår at endringen i pornografibestemmelsen ikke innebærer noen liberalisering, og at rettspraksis fra strl. § 211s virketid fortsatt har gyldighet.

¹¹⁴ Hensynene bak Grl. § 96 beskrives nærmere i pkt. 3.2.1.

Paragraf 204 består av hovedstandarden ”*pornografi*” og understandarden ”*med pornografi menes kjønnslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående...*”.¹¹⁵ Bestemmelsens formål er å hindre spredning av skildringer med slikt innhold.

Borgeren som ønsker å forutberegne sin rettsstilling, vil av lovteksten forstå at ulike typer befatning med ”*pornografi*” er straffbar. Understandarden utdyper hovedstandarden, men en naturlig lesning av dens ordlyd gir liten veiledning. Hva ligger i ”*kjønnslige skildringer som virker støtende*” eller ”*menneskelig nedverdiggende*”? Andenæs uttalte en gang at det ingen beskyttelsesverdig interesse ligger i å beskytte den som balanserer på botsfengselets mur. Men der hvor borgeren ikke lett kan vite hvor muren begynner og om han i det hele tatt balanserer, kan årsaken være at ordlyden er for vag.

Den alminnelige borger ville etter en naturlig forståelse av ordlyden være usikker på grensen for det straffbare. Bestemmelsen er imidlertid primært rettet mot profesjonelle *borgere* med ønske om å profitere på spredning av *pornografi*. Disse har ressurser og gode grunner til å orientere seg om detaljene i bestemmelsen. Hensynet til rettsvisshet ville dermed stått sterkere hvis bestemmelsen rettet seg mot alminnelige borgere.

Det sentrale vilkåret i understandarden er ”*kjønnslige skildringer som virker støtende*”.¹¹⁶ Spørsmålet om pornografibestemmelsens grunnlovsmessighet har tidligere blitt drøftet og avvist av Høyesterett i forhold til *utuktsbegrepet*.¹¹⁷ Høyesterett har ikke drøftet hvordan

¹¹⁵ ”*Pornografi*” og ”*kjønnslige skildringer som virker støtende eller... menneskelig nedverdiggende*” er rettslige standarder, jf. Pounds definisjon i pkt 2.1.1. Imidlertid vil kun understandarden i annet ledd drøftes, ettersom denne forklarer hva som menes med ”*Pornografi*”, og det er her det rettslig interessante ligger. Standarden ”*forrående*” har til formål i første rekke å beskytte barn, jf. Innst O. nr. 52 (1984-85) s. 28. Dog vil standarden ikke behandles, ettersom den ikke har vært særlig aktuell. Problemstillingen illustreres derfor bedre ved hjelp av annet ledds øvrige standarder.

¹¹⁶ Universitetsforlaget: *Bokmålsordboka* (1997). Støtende forklares her ved synonymene *anstøtelig*, *krenkende* eller *fornærmende*.

¹¹⁷ Jf. Rt.1958.479. Saken drøfter utuktsbegrepets forhold til Grl. § 96.

”kjønnslige skildringer som virker støtende” forholder seg til Grl. § 96.¹¹⁸ Lagmannsretten var dog innom spørsmålet i ”Mathsonsaken”.¹¹⁹ Lagretten uttalte at ”de hensyn som begrunner [Grl.] § 96 tilsier at straffelovens § 204 tolkes med stor varsomhet. Det vises til Høyesteretts uttalelse i Rt-1958-479”. Derimot anså ikke lagretten at standarden brøt med Grl. § 96. Selv om Rt.1958.479 gjaldt en annen standard, viste lagretten til dommen for å underbygge sitt standpunkt. ”Kjønnslige skildringer som virker støtende”, er en presisering og videreføring av det tidligere utuktsbegrepet. Lagretten uttaler seg dermed om en mindre vag standard enn *utukt* og en standard som er bygget på det samme sedelighetshensynet. Dette må være årsaken til at lagretten vurderer uttalelsene fra Myklesaken til å inkludere standarden.

Lagretten understreket videre at ”bruk av rettslige standarder på strafferettens område er problematisk, på grunn av hensynene til rettssikkerhet, forutberegnelighet og likhet. Når slike standarder likevel brukes som straffbarhetsvilkår, må de tolkes med stor varsomhet”. Uttalelsen viser til hensynene bak Grl. § 96, men den ikke tas som et argument for at bestemmelsen bør tolkes innskrenkende.

Lagrettens syn på grunnlovsmessigheten av pornografibestemmelsen er dermed det samme som i Rt.1958.479. På dette punktet er det lite som tilsier at Høyesterett kommer til mene noe annet når saken kommer opp 29.11.05.

De lege ferenda kan det innvendes at ”kjønnslige skildringer som virker støtende” gir meget liten veiledning. I vurderingen av om standarden er anvendelig må skildringen sammenholdes med det verdisyn som kan utledes fra samfunnets syn på sedelighet og

¹¹⁸ Formuleringen *utukt* ble anvendt inntil begrepet ble tatt av straffebudet ved lov av 11. aug 2000 nr. 76. Frem til da lød ordlyden i daværende § 211.2 ”Med utuktige eller pornografiske skildringer menes... kjønnslige skildringer som virker støtende”. Ot.prp.nr.28 (1999-2000) fastslår at lovendringen ikke innebærer en liberalisering av straffebudets utstrekning. Tidligere rettspraksis og lovforarbeider om utuktsbegrepet gir derfor en viss veiledning. Se NOU 1985:19 s. 15-19 og Innst. O. nr. 52 (1984-1985) s. 28.

¹¹⁹ LB 2004-12756.

moral. Det straffbare innholdet vil dermed forandre seg med den til enhver tid rådende moral og rettsoppfatning i samfunnet.¹²⁰ Standardens meningsinnhold vil hele tiden endres og forutberegnligheten vil være lav.

Betegnete er den tilbakevendende usikkerheten rundt standardens utstrekning f eks på 1950- og 60-tallet og i dag.¹²¹ For tiden er spørsmålet om alminnelig seksuelt samkvem mellom voksne mennesker er *støtende*. Svaret avgir Høyesterett i utgangen av november 2005.¹²² Deretter vil ventelig betydningen av *støtende skildring* å stå noe klarere. Når det er sagt vil rettstilstanden etter noen år lett igjen bli diffus, ettersom moralsynet beveger seg i enten mer konservativ eller liberal retning.

Likevel er betydningen av *støtende skildring* temmelig godt utpenslet i lovforarbeidene.¹²³ Standarden bygger på utuktsbegrepet som er grundig behandlet i teorien, og har ikke blitt møtt med kritikk for vag utforming. I tillegg har utuktsbegrepet vært oppe for Høyesterett en rekke ganger.¹²⁴

¹²⁰ NOU 1997:23 s. 71.

¹²¹ Rt.1958.479, Rt.1967.1502, og Mathsonsaken.

¹²² Etter gjeldende rett vil § 204s "*støtende*" etter omstendighetene kunne ramme vanlig seksuell aktivitet mellom voksne mennesker, jf. Rt.1987.1537 og Rt.1978.1111. Etter Rt.1978.1111 er det avgjørende hvordan materialet fremstår etter en helhetsvurdering, og i hvilken grad det fokuseres på kjønnsorganene, om en kvinne tilfredsstiller flere menn samtidig, og graden av slikking/suging av kjønnsorganer. En prinsipiell sak om forståelsen av "*støtende*" kommer opp i Høyesterett 29.11.05 ("*Mathsonsaken*"). Så vel tingretten (TOSLO-2003-7272) som lagmannsretten (LB 2004 -12576) har liberalisert kursen fra tidligere rettspraksis. Lagmannsretten la til grunn at det norske samfunnet er mindre homogent enn før vedrørende oppfatningene rundt seksualitet og moral, og at oppfatningene endres hyppigere enn tidligere; "*Dette tilsier ytterligere varsomhet ved anvendelse av kriteriet støtende*". Lagretten anså det godtgjort at folks syn på det anstøtelige hadde skiftet siden avgjørelsen i Rt.1987.1537. For at noe skal anses støtende "*må det i det minste kreves at det virker så sterkt negativt at det berettiger å ta i bruk samfunnets strengeste straff*".

En liberal linje har også lovutvalgene i NOU 1985:19, 1997:23, 2002:04 og 2003:19 fulgt. Utvalgenes hovedsynspunkt er at skildringene ikke bør strafflegges fordi de ikke er dokumentert som skadelige.

¹²³ NOU 1985:19.

¹²⁴ F eks i Rt.1958.479, Rt.1967.1502, Rt.1978.1111, og Rt.1987.1537.

EMD ville nok uansett ansett standarden som tilstrekkelig forutsigbar. Praksis derfra har fastslått at innholdet i straffebestemmelser gradvis kan avklares gjennom rettspraksis, og det oppstilles dessuten et krav om at juridisk bistand søkes for å klargjøre rettstilstanden.¹²⁵

Selv om kritikk mot en i utgangspunktet vag standard kan rettes, er forutberegneligheten styrket gjennom andre rettskildefaktorer. Det er ikke grunnlag for å hevde at standarden burde tolkes innskrenkende dersom et grensetilfell skulle komme opp i Høyesterett.

Rettstilstanden synes mer uavklart når det gjelder standarden ”*menneskelig nedverdiggende*”. Standarden har siden vedtakelsen ikke blitt behandlet i Høyesterett, der dens utstrekning kunne blitt presisert.¹²⁶ Forholdet til Grl. § 96 er heller ikke berørt. Myklesaken gjaldt som kjent en utuktsstandard. Mathsonsaken omhandler *støtende skildringer*. Uttalelsene i disse sakene kunne tolkes til også å omfatte ”*menneskelig nedverdiggende*”. ”*Menneskelig nedverdiggende*” er imidlertid ikke inntatt i § 204 av hensyn til sedeligheten, som støtende skildringer og utuktsstandarder er, men av hensynet til respekten for den menneskelige personlighet.¹²⁷ Rettstilstanden trenger derfor ikke å bli tilsvarende for denne standarden. Andre årsaker som er beskrevet nedenfor taler også for det. Selv om ”*menneskelig nedverdiggende*” ikke har vært behandlet av Høyesterett må likevel gjeldende rett antas å være at standarden er i tråd med kravene fra Grl. § 96.

De lege ferenda derimot, kan det være at rettskildematerialet taler for å anta at standarden bør tolkes innskrenkende.

Formuleringen ”*menneskelig nedverdiggende*” er flertydig, og gir språklig sett meget liten veiledning. Ettersom standarden ble inntatt i loven i 1985, vil ikke eldre rettspraksis være klargjørende. Forarbeidene uttaler at begrepet innebærer en krenkelse av ”*respekten for*

¹²⁵ Sunday Times v. U.K (1979). Kokkinakis v. Hellas (1993).

¹²⁶ Så vidt meg bekjent foreligger heller ingen underrettsavgjørelser.

¹²⁷ Innst. O. nr. 52 (1984-85) s. 18.

den menneskelige personlighet... [og] at mennesker – som regel kvinner – fremstilles uten selvbestemmelsesrett. De fremstår som vesener som uten egen vilje... står til mannens seksuelle disposisjon". Imidlertid gis ingen veiledende eksempler. I stedet uttales det at standarden inneholder *"en viktig reell skjerpelse og modernisering av straffansvaret for utbredelse av pornografiske fremstillinger"*.¹²⁸ Nettopp derfor er det betenkelig at man ikke nærmere beskriver det straffbare område.

Det bemerkes at man *"er oppmerksom på at kriteriet språklig sett er nokså upresist, men noen vesentlig støtte for fortolkingen kan neppe gis ved det språklige uttrykk... det skulle imidlertid ikke være vanskelig å gjenkjenne denne type skildringer når man står overfor dem i praksis"*.¹²⁹ Imidlertid er det vel akkurat det det er. Domstolens skjønnsmessige vurdering av om en skildring er *nedverdiggende* blir særdeles lite forutberegnlig.

Dermed blir uttalelsen om at det er *"et viktig prinsipp for straffelovgivningen at lovbestemmelsene så klart som mulig angir straffbarhetsbetingelsene"* noe paradoksalt.¹³⁰ Bratholm/Matningsdal kritiserer justiskomiteen for *"ikke å leve opp til sitt eget ideal"*.¹³¹

Straffelovkommissjonen ser det betenkelig med rettslige standarder *"på områder hvor folks verdioppfatninger er sterkt ulike, kan skjønnsmessige begreper gjøre det særlig vanskelig for den enkelte å forutberegne sin rettsstilling. Samtidig vil domstolens avgjørelser kunne bli oppfattet som politiske. På lengre sikt vil det kunne føre til at folks tillit til domstolene som nøytralt avgjørelsesapparat blir svekket"*.¹³² Særlig må denne uttalelsen være relevant i forhold til standarden *"menneskelig nedverdiggende"* som er en såpass politisk omdiskutert formulering.¹³³ Domstolen bør derfor være forsiktig med anvendelsen av standarden.

¹²⁸ Innst. O. nr. 52 (1984-85) s. 28.

¹²⁹ Innst. O. nr. 52 (1984-85) s. 28.

¹³⁰ Innst. O. nr. 52 (1984-85) s. 17.

¹³¹ Bratholm/Matningsdal: *Straffeloven. Kommentirutgave III* (1995) s. 480.

¹³² Jf. straffelovkommissjonens delutredning I: NOU 1983:57 s. 121.

¹³³ Innst. O. nr. 52 (1984-85). Lovforslaget, populært omtalt som "pornoforliket", var et resultat av et kompromiss mellom Arbeiderpartiet og KrFs representanter i Justiskomiteén.

Formuleringen ”er egnet til å virke..” anvendes direkte i forkant av ”menneskelig nedverdiggende”. En naturlig språklig forståelse tilsier at subsumsjonen medfører en konkret vurdering av eventuelle skadevirkninger absorberingen av kjønnslige skildringer måtte gi. Imidlertid stemmer dette ikke overens med forarbeidenes intensjoner. Her uttrykkes intet slikt krav. I så fall ville påtalemyndigheten stå overfor en bevismessig vanskelig oppgave.¹³⁴

Passusen ”på annen måte” er også uklar. En naturlig ordlydsforståelse taler for at *støtende skildringer* alltid er egnet til å virke *menneskelig nedverdiggende*. Imidlertid ivaretar standardene ulike hensyn, henholdsvis sedelighetshensynet og hensynet til menneskelig verdighet.¹³⁵

Dermed bidrar både ”er egnet til å virke” og ”på annen måte” negativt i forhold å til klargjøre den i utgangspunktet meget vage standarden ”menneskelig nedverdiggende”.

Daværende § 211 (nå § 204) ble i 1985 endret etter et privat lovforslag. Formuleringen ”på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende..” var ny, og innebar en utvidet kriminalisering. Lovteksten ble basert på justiskomiteéns intensjoner og vedtatt etter dens innstilling. Rettskildemessig var det hele spesielt ved at lovforslaget ikke fikk noen lovteknisk utforming i departementet, ingen sakkyndig utredning ligger bak som også innebærer at høringsbehandling mangler, og heller ingen odelstingsproposisjon. Lovprosessen fikk sterk kritikk fra mange hold.¹³⁶ Woxholt stilte seg kritisk med tanke på at ”kriminalisering av pornografiske skildringer er et meget ømtålelig og samfunnsaktuelt spørsmål hvor folks oppfatninger er tallrike”.¹³⁷ Understandarden ble beskyldt for å

¹³⁴ Woxholt mener en bedre formulering ville vært ”er egnet til å oppfattes menneskelig nedverdiggende”, jf. *Pornografi- og utuktighetsstandarden i straffelovens § 211 LoR* (1986) s. 82-93.

¹³⁵ Woxholt: *Pornografi- og utuktighetsstandarden i straffelovens § 211 LoR* (1986) s. 82-93.

¹³⁶ Slettan betegnet lov av 24. mai 1985 nr. 31 ”et juridisk makkverk”, jf. Vårt Land 12. januar 1999.

¹³⁷ Woxholt: *Pornografi- og utuktighetsstandarden i straffelovens § 211 LoR* (1986) s. 82-93.

forvirre like mye som den presiserte.¹³⁸ Imidlertid vil straffelovrådets fremstilling av gjeldende rett utfylle innstillingen der de to følger hverandre i synspunkter. Lovprosessen kan ikke antas å bryte med hensynet bak Grl. § 96 om en forsvarlig offentlig og politisk kontroll med straffebestemmelser. Imidlertid kan kritikken vedtakelsesprosessen ble møtt med tas til inntekt for en restriktiv praktisering av vilkåret.

I NOU 1997:23 ble det foreslått å liberalisere pornografibegrepet til *”kjønnslige skildringer som gjør bruk av barn, lik, dyr og tvang”*. Dette innebærer at skildringer av alminnelig seksuelt samkvem mellom voksne individer tillates spredt. Man ønsket å motarbeide menneskefiendtlige holdinger som *”kommer til uttrykk i en del av pornografien... på andre måter enn ved et totalforbud mot utbredelse av skildringer av alminnelig seksuell aktivitet”*.¹³⁹ Dermed ble også passusen *”menneskelig nedverdiggende”* foreslått utelatt. Lovforarbeidene drøfter imidlertid ikke *”menneskelig nedverdiggende”* og forholdet til Grl. § 96. Imidlertid var det heller ingen foranledning for en slik drøftelse, ettersom forslaget dreide seg om avkriminalisering, og ikke forbedring av ordlyden. Dermed blir utvalgenes taushet om siden til Grl. § 96 for spørsmålets del et nøytralt argument. Departementet ønsket ingen realitetsendringer av pornografibestemmelsen, og drøftet dermed heller ikke *”menneskelig nedverdiggende”* i forhold til legalitetsprinsippet.¹⁴⁰

Standarden *”menneskelig nedverdiggende”* er rent språklig svært uklar og en kontekstuell tolking medfører mer forvirring enn presisering av standardens virkeområde. Uklarheten styrkes heller ikke gjennom forarbeidene. Rettspraksis gir ingen veiledning og teorien er kritisk til standardens utforming og lovprosessen som ledet frem til vedtakelsen.

¹³⁸ Andenæs og Bratholm: *Spesiell strafferett* s. 130: Her kritiseres den tilføyde understandard: *”Et av formålene med lovrevisjonen var ifølge forslagstillerne å gi mer presise og praktikable kriterier enn den gamle lov. Det kan trygt sies at dette ikke er blitt oppnådd”*.

¹³⁹ Jf. NOU 1997:23 s. 81. Forslaget er på linje med tidligere forslag i NOU 1985:19, og får også støtte i NOU 2002:4.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000).

De påpekte hensyn og hensynene bak GrL. § 96 taler for at standarden bør tolkes innskrenkende.

4.1.1 Alternativer til dagens straffebud

I Myklesaken uttales om utuktstandarder at ”annen løsning ikke fremstår som mulig... når man samtidig skal ramme det anerkjent straffverdige”.¹⁴¹ Dette er ofte riktig. Imidlertid kan endringer av ordlyden gjøres uten å samtidig unngå å ramme det straffverdige.

Man kan gjøre bestemmelsen mer kasuistisk, og f.eks. definere pornografi som ”kjønnslige skildringer med sterk dveling ved kjønnsorganene. Det skal for øvrig vektlegges om en person tilfredsstiller flere personer samtidig, om de seksuelle handlingene foregår med tilskuere tilstede og om det er tale om slikking eller suging av kjønnsorganer”.¹⁴²

Kasuisering kan hevdes å presisere grensen for det straffbare bedre enn den nåværende bestemmelsen. Begrepene som anvendes er imidlertid også vage, og vil kunne innebære tolkingsproblemer. Bestemmelsen kan dessuten kritiseres for å bli for presis. Grensen for hva som anses anstøtelig endres stadig og bestemmelsen vil raskt stå i fare for å måtte revideres. I tillegg oppstår spørsmålet om når revidering skal skje. I perioder med liberale samfunnsstrømninger vil dette kunne bli ofte. Den valgte lovteknikk synes dermed totalt sett å fungere best, selv om den gir lavere rettsvisshet.¹⁴³

¹⁴¹ Jf. Rt.1958.479. Samme syn uttrykkes i NOU 2002:4 pkt. 9.14 (§ 28-17. Pornografi); ”Den alminnelige oppfatningen i samfunnet har endret seg betraktelig i løpet av det siste århundret med hensyn til hvilke skildringer som er så støtende, menneskelig nedverdiggende eller forrående at de kvalifiserer for straff. Dette er en utvikling som trolig vil fortsette. Det er både nødvendig og hensiktsmessig at det over tid opereres med flytende grenser i et straffebud som dette. Straffebudet mot pornografi må derfor uansett ha en ordlyd som i praksis kan avgrenses skjønnsmessig i takt med utviklingen i det alminnelige samfunnsyn”.

¹⁴² Ordlydsutformingen er valgt på bakgrunn av uttalelser i Rt.1978.1111 og Rt.1987.1537.

¹⁴³ Det samme synspunktet må gjelde for ”menneskelig nedverdiggende”.

4.2 "Utilbørlig opptreden mot noen" (strl. § 325 nr. 3)

§325.

Med Bøder straffes den Embeds- eller Bestillingsmand, der

1. viser grov Uforstand i Tjenesten, eller
2. foretager nogen Handling, der paa Grund af hans Stilling er ham forbudt, eller
3. under Udførelse af offentlig Tjeneste gjør sig skyldig i utilbørlig Optræden mod nogen, eller
4. i Anledning af Tjenesten gjør sig skyldig i utilbørlig Optræden mod foresatte eller underordnede, eller
5. udenfor Tjenesten udviser et Forhold, som gjør ham uværdig til eller virker nedbrydende paa den for Stillingen fornødne Tillid eller Agtelse,

I Gjentagelsestilfælde eller under særdeles skjærpende Omstændigheder kan Straf af Tjenestens Tab anvendes.

Formålet med drøftelsen er å forsøke å sammenholde § 325 nr 3s "*utilbørlig opptreden*" med hensynene bak Grl. § 96 og øvrig rettskildemateriale.¹⁴⁴ Spørsmålet blir i hvilken grad argumentene hentet fra disse hensynene taler for at standardens rekkevidde burde tolkes innskrenkende, eller i ytterste konsekvens sies å stride mot Grl. § 96.¹⁴⁵

Standarden har ikke blitt drøftet av Høyesterett i relasjon til Grl. § 96. Høyesterett har imidlertid behandlet anke over lovanvendelsen flere ganger uten å berøre spørsmålet. En slik påstand har, så vidt jeg kan se, heller ikke blitt reist. Gjeldende rett kan ikke antas å være annet enn at "*utilbørlig opptreden*" overholder kravene Grl. § 96 stiller til utforming.

¹⁴⁴ Se pkt. 3.2.1.

¹⁴⁵ Passusen "*utilbørlig opptreden*" anses som en rettslig standard, jf. Pounds definisjon pkt 2.1.1.

I Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) pkt. 5.3.4 (ny straffebestemmelse om korrupsjon) uttales det om utilbørlighetsnormen at "*dette er en rettslig standard, hvis nærmere innhold må fastlegges av domstolene. Det er ikke den enkelte dommers personlige oppfatning som skal være avgjørende for hvilke handlinger som er å anse som utilbørlige og dermed straffbare. Vurderingen skal bero på oppfatningen i samfunnet i lys av de reelle hensyn og grunnleggende verdier som ligger bak bestemmelsen. Utilbørlighetsstandarden vil derfor ikke ligge fast, men utvikles på bakgrunn av det rådende moralsynet i samfunnet til enhver tid*".

Dersom en sak med påstand om Grunnlovsstrid skulle havne i Høyesterett ville man uansett en innskrenkende fortolking bli foretrukket fremfor en tilsidesettelse av straffebudet. Dette er mest i tråd med vår rettstradisjon.

Imidlertid kan man de lege ferenda argumentere for at bestemmelsen bør gis begrenset rekkevidde, og at grensetilfeller bør tolkes innskrenkende.

Bratholm/Matningsdal hevder at ikke en hvilken som helst *upassende* opptreden kvalifiserer til karakteristikken *utilbørlig*.¹⁴⁶ *Utilbørlig* forklares i Bokmålsordboka ved hjelp av synonymene *upassende*, *uriktig* og *urimelig*.¹⁴⁷ Den konkrete, språklige betydningen må dermed baseres på en skjønnsvurdering.

Kommisjonen for ny straffelov mener at ”*det ville likevel være i strid med lovprinsippet å gi et straffebud som generelt retter seg mot handlinger som f eks krenker andre... Straffebudene må angi flere objektive kjennemerker ved handlingen enn det*”.¹⁴⁸ Andenæs mener en generalklausul som retter seg mot en ”*utilbørlig... atferd*” ville bryte med *Grl. § 96*. Dommeren ville gjennom en slik bestemmelse ha ”*fri adgang til å ilegge straff for en handling som han finner straffverdig*”.¹⁴⁹

”*Utilbørlig opptreden mot noen*” minner om nevnte eksempler i sin ubestemte og vage drakt. Imidlertid omfatter straffebudet også objektive kriterier. Det gjelder kun ”*embeds- eller bestillingsmenn*”.¹⁵⁰ I tillegg må handlingene ha skjedd ”*under utførelse av offentlig*

¹⁴⁶ Bratholm/Matningsdal: *Straffeloven. Kommentirutgave III* (1998) s. 9.

¹⁴⁷ Universitetsforlaget: *Bokmålsordboka* (1997). *Utilbørlig* forklares her ved hjelp av synonymene *upassende*, *uriktig* og *urimelig*.

¹⁴⁸ NOU 1983:57 s. 116.

¹⁴⁹ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s. 123.

¹⁵⁰ Ifølge Bratholm/Matningsdal: *Straffeloven. Kommentirutgave, bind III* (1998) s. 6, omfattes alle offentlige tjenestemenn unntatt ombudsmenn. I NOU 2002:4 s. 313 påpeker Riksadvokaten i sin høringsuttalelse at § 325 nr 1 i praksis omfatter polititjenestemenn, ettersom det overfor andre yrkesgrupper

tjeneste".¹⁵¹ For disse må det naturlig nok stilles høye krav til forsvarlig fremferd. Men bestemmelsen innebærer straffesanksjonering av den *utilbørlige opptreden* generelt sett. Dessuten rammer § 325 nr 3 handlinger overfor "*noen*", dvs. at alle omfattes.¹⁵² En polititjenstemann kan ikke gjennom å lese ordlyden lett vite hvilke handlinger som faller innenfor.

Ettersom straffebudet kun gjelder offentlig tjenestemenn, og ikke alminnelige borgere, vil kravet til forutberegnelighet være lavere. Offentlig tjenestemenn har en særlig oppfordring i holde seg på riktig siden av loven, som representanter for den offentlige myndighet. Polititjenestemannen vet nok gjerne når hans handling nærmer seg *utilbørlig*. Straffebudet fremstår dessuten som en advarsel, og velges det likevel å handle vil tjenestemannens beskyttelsesverdige interesse i å vernes mot straff være svekket.

Lovforarbeidene berører ikke spørsmålene rundt at standarden er uklar.¹⁵³ Juridisk teori har derimot ytret seg advarende mot standardens vage utforming. Mæland mener utformingen av den strafferettslige standarden "*utilbørlig opptreden mod nogen... nærmer seg grensen for hva som bør tillates*" i forhold til lovprinsippet i GrL. § 96.¹⁵⁴ Hans oppfatning kan dermed anses som argument for forsiktighet med anvendelsen av bestemmelsen, og et argument for en innskrenkende fortolking av standarden.

reageres tjenstlig. Den rettspraksis jeg har vært gjennom gir samme inntrykk i relasjon til § 325 nr 3. Det refereres derfor i det følgende kun til polititjenestemenn.

¹⁵¹ Hagerup: *Almindelig borgerlig straffelov* (1903) s. 288: "*Under offentlig tjeneste er handlingen kun utført, naar tjenestemanden da utførte en tjensteforretning, det er ikke nok, at han f.ex. befandt sig paa reise for at udføre forretningen. Heller ikke rammes enhver paa tjenstemandens kontor udviste opføsel af nærv bestemmelse, naar den ikke står i forbindelse med nogen tjenstlig expedition eller forhandling om tjensteanliggende*". Om en handling skjer i eller under tjenesten drøftes også i Rt.1983.1357 og Rt.1997.1819.

¹⁵² Andenæs/Matningsdal: *Straffeloven. Kommentirutgave III* (1998) s. 8.

¹⁵³ S. K.s Udkast til Lov om Civile og geistlig Embeds- og Bestillingsmænds Disciplinærforseelser og Afskedigelse med Motiver (1896) berører ikke problemstillingen.

¹⁵⁴ Mæland: *Innføring i alminnelig strafferett* (1999) s. 57-58.

Røsandhaug skriver ” at felles for bestemmelsene i kapittelet [kap.13 ”forseelser i den offentlige tjeneste”] er deres vide rekkevidde. Praktisk talt enhver ugyldighet eller uordentlighet kan etter ordlyden møtes med straffesanksjon. Rettsanvenderen bør være varsom med å la bestemmelsene ramme for vidt”. Det fremstår uklart om Røsandhaug begrunner dette i hensynet til GrL. § 96 eller i hensynet til at mindre alvorlige tjenesteforsømmelser ikke bør strafflegges.

I NOU 2002:4 pkt. 10.2 ønsker straffelovkommisjonen ”å nøye seg med straffebestemmelser mot brudd på tjenesteplikter i tilknytning til utøving av offentlig myndighet... standpunktet innebærer at offentlige tjenestemenns forgåelser i eller utenfor tjenesten som ikke rammes av utk §§ 22-1 til 22-3 om misbruk av offentlig myndighet eller av andre straffebud, avkriminaliseres og henvises til de alternative sanksjonene som gjelder for arbeidsforholdet. Strl. § 325 første ledd nr 2 til 5 foreslås derfor ikke videreført”.

Kommisjonen ønsker å strafflegge handlinger som faller innenfor nåværende § 325 nr 1 (”grov uforstand”). Bestemmelsen videreføres som ”grovt uaktsomt misbruk av offentlig myndighet”.¹⁵⁵ Selv aktsomme handlinger vil i dag kunne rammes av § 325 nr 3. I NOU 2002:4 s. 19 uttaler kommisjonen at det generelt bør vises tilbakeholdenhet med bruk av straff, og at hvis man skal fravike utgangspunktet om å ramme kun forsettlig overtredelser ”bør man fortrinnsvis nøye seg med å kriminalisere grovt uaktsomme handlinger”. Denne prinsipielle tankegangen fremstår som begrunnelsen for å avkriminalisere § 325 nr. 2-5.

I Rt.1988.922 ble en lensmann frifunnet for legemsfornærmelse i relasjon til §§ 228 og 325 nr. 3. Lensmannen ble av avhørte under et avhør beskyldt for bedrageri og bevisst bevisforspillelse. Lensmannen - som også hadde blitt beskyldt for lignende av avhørte tidligere - tok da og presset avhørte mot ryggstøet på stolen. Samtidig truet lensmannen

¹⁵⁵ NOU 2002:4 pkt. 9.8.2 § 22-3.

med å komme til avhørtes bolig for å ta ”affære”. Førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne uttalte at det må stilles strenge krav til en politimanns selvbeherskelse, men ble likevel ”stående ved at de forhold som medfører at legemsfornærmelsen lates straffri [§ 228.3 – provokasjon], også må få slik vekt ved vurderingen etter strl. § 325 første ledd nr 3 at lensmannens opptreden ut fra en helhetsvurdering ikke kan anses som utilbørlig opptreden i straffelovens forstand”. Det legges dermed vekt avgjørende vekt på at tjenestemannens atferd var foranlediget av den som blir utsatt for den mulig utilbørlige atferden.¹⁵⁶

I Rt.95.1195 frikjente Høyesterett (dissens 4-1) to polititjenestemenn for overtredelse av § 325 nr 3. Etter å ha fraktet en beruset mann ut av Oslo sentrum, satt de ham av i Maridalen. Det var surt vintervær, ca. 1 mil fra bybebyggelsen, og mangelfull kollektivforbindelse. Ved forståelsen av utilbørlighetsnormen, bygget Høyesterett på Rt.1985.621s tolking av ”utilbørlig forhold”, jf. strl. § 127.2; ”Utilbørlig forhold... er noe mer enn at situasjonen er feilbedømt eller at man med en større grad av smidighet kunne unngått å sette saken på spissen”.

Polititjenestemennenes handlemåte ble av flertallet karakterisert som ”klart kritikkverdig”. Det ble understreket at forholdet var et ”grensetilfelle... [og at det skal] meget til før bestemmelsen får anvendelse”. Det ble vektlagt ”at det her ikke gjelder en type tiltak som politiet generelt er avskåret fra å bruke”, samt at den berusedes atferd ”ikke kan ha vært lett å takle”. Imidlertid presiserer førstvoterende at ”det må... være et spillerom før man konstaterer at dårlig utførelse av arbeidet representerer en straffbar handling”. Mindretallet var rettslig sett enig med flertallet. Dissensen gikk på karakteristikken av det faktiske forholdet. Mindretallet mente handlemåten måtte anses utilbørlig ettersom ”dette tilfellet ligger så langt utenfor det som kan godtas under utførelsen av polititjenesten”.

¹⁵⁶ Se også Rt.1984.581 (Domfellelse for legemsfornærmelse), og Rt.1992.474 (Domfellelse for utuktig atferd ble det i Rt.1992.474).

Det virker som om Høyesterett i utgangspunktet anser at ordlyden rent språklig rammer for vidt. Det foretas en innskrenkende fortolking av ordlyden, som trolig er et uttrykk for at Høyesterett mener listen for strafflegging av kritikkverdig arbeidsutførelse bør legges høyt. Dette minner om linjen fra NOU 2002:4 pkt. 10.2, jf. ovenfor, der overtredelser av § 325 nr 3 avkriminaliseres og overlates til de *”alternative sanksjonene som gjelder for arbeidsforholdet”*. En utilbørlig eller uriktig tjenestutførelse skal det mindre til for å konstatere i arbeidsrettslig sammenheng enn i strafferettslig forstand. Avgjørelsen presiserer anvendelsesområdet og rettsstilstanden for bestemmelsen. Den er den mest sentrale om § 325 nr 3, og er retningsgivende i senere saker.

I en lagmannsrettsdom fra 1999 ble en polititjenestemann etter dissens dømt for overtredelse av § 325 nr 3. En tjenestemann oppfattet det slik at en bilfører forsøkte å unndra seg fra kontroll. Tjenestemannen løp da bort til bilen, grep tak i føreren, dro ham ut av bilen og påsatte håndjern. Lagretten anså derimot at situasjonen ikke ga *”foranledning til noen maktutøvelse”*. Det ble uttalt at *”byretten under henvisning til økning av alvorlig kriminalitet over de senere år har godskrevet politiet en for rommelig avstand mellom det urettmessige og det utilbørlige. Når handlingen har karakter av en uprovosert legemskrenkelse, kan det være grunn til å snevre spillerommet noe inn”*.

Lagmannsretten la vekt på at atferden til personen utsatt for maktutøvelsen ikke ga foranledning til anvendelse av fysisk makt. Selv om handlingen medførte domfellelse ble linjen fra Rt.1988.922 og Rt.1995.1195 fulgt. Disse avgjørelsene vektla også om tjenestemannen hadde en foranledning for sin handling, og frifant delvis på det grunnlaget. I lagrettsdommen var forholdet motsatt, og maktutøvelsen ble ansett å hende uten foranledning.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Jf. LF-1999-9.

Røsandhaug skriver at lovgiver gjennom strl. kapittel 33 neppe mente å straffe ethvert tilfelle hvor det ble utvist klanderverdig tjeneste, og at ”en innskrenkende tolking praktiseres av domstolen”.¹⁵⁸

Dette må også være riktig. Straffebudets anvendelsesområde er blitt mindre, som et resultat av en innskrenkende fortolking av Høyesterett. Rettspraksis har presisert standarden ”utilbørlig opptreden” til en viss grad og gjennomgangstonen synes å være at det skal ”meget til før bestemmelsen får anvendelse”. Det må være et spillerom før dårlig arbeidsutførelse anses som straffbart, og graden av provokasjon fra fornærmede spiller inn.¹⁵⁹

De lege ferenda taler ordlyden for en varsom anvendelse av standarden. Når det er sagt innskrenker standardens objektive kriterier bestemmelsens virkeområde. Rettspraksis har delvis ledet til bedret rettsvisshet, men det er fortsatt uklart hvilke tjenestehandlinger som omfattes av bestemmelsen. Høyesterett har tolket standarden innskrenkende, fordi man ønsker at terskelen for straff bør være høy, men *ikke* med tanke på standardens vaghet og hensynet til rettsvissheten. Mæland hevder at ”utilbørlig opptreden” ligger i grenseland for hva som bør tillates etter Grl. § 96. Samtidig gjelder bestemmelsen polititjenestemenn. Dermed stilles ikke like strenge krav til forutberegneligheten som ved straffebud rettet mot vanlige borgere.

Samlet sett er det ikke grunnlag for hevde at standarden ”utilbørlig opptreden mot noen” bør tolkes innskrenkende grunnet hensynene bak Grl. § 96.

¹⁵⁸ Auglend, Mæland og Røsandhaug: *Politirett* (1998) s. 986.

¹⁵⁹ Jf. Rt.1995.1195.

4.2.1 Alternativer til dagens straffebud

Straffelovkommisjonen kunne foreslått å endre ordlydsutformingen i stedet for å innskrenke området for det straffbare.¹⁶⁰ Men en bestemmelse som har til siktemål å ramme såpass ubestemt, må nødvendigvis få en uklar randsone. Dermed er det ikke åpenbart at en språklig forbedring av paragrafen, både ville rammet like bredt, og vært mer i henhold til hensynene bak legalitetsprinsippet.

I forarbeidene til ny straffebestemmelse om *korruptsjon* uttales om utilbørighetsbegrepet at ”departementet ser at det kan reises innvendinger mot at det ikke angis mer presist når en handling er straffbar, og at den foreslåtte bestemmelsen vil kunne reise vanskelige avgrensningsspørsmål i grenseområdet mellom utilbørlige og andre fordeler... det er ikke gitt at en mer detaljert gjerningsbeskrivelse ville ha skapt noen større grad av klarhet og forutberegnelighet. Enkle og oversiktlige straffebud som henviser til den alminnelige dom over en handling, for eksempel gjennom et krav om utilbørighet, vil ofte kunne fremstå som mer instruktive for ikke-jurister enn en gjerningsbeskrivelse som er juridisk mer stringent, men som kanskje er vanskeligere å forstå for en lekmann. I tillegg kommer at faren er stor for at en mer detaljert formulering ikke vil fange opp alle de tilfeller man ønsker å ramme gjennom forslaget”.¹⁶¹

Dette er allmenne betraktninger som også må gjelde for § 325 nr 3. Så fremt en utilbørighetsnorm i straffebudet ikke er altfor generell vil den kunne forsvares opprettholdt. Dessuten, og som korrupsjonsforarbeidene ikke nevner, vil en i utgangspunktet vag utilbørighetsstandard gjøres mer presis ved at den står sammen med objektive kriterier. I § 325 nr 3s tilfelle er dette ”under utførelse” og ”av offentlig tjeneste”. Det er heller ingen tvil om at utilbørighetsstandarden i § 325 nr 3 har vist seg som praktisk og tilpasningsdyktig.

¹⁶⁰ NOU 2002:4 s .313.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) pkt. 5.3.4.

Imidlertid kunne en understandard av ”*utilbørlig opptreden*” forbedret bestemmelsen. Med utgangspunkt i hensynene vektlagt i rettspraksis kunne denne sett slik ut; ”*Ved vurderingen av om en opptreden er utilbørlig skal det blant annet legges vekt på om tjenestemannens atferd er foranlediget av vedkommende som blir utsatt for atferden og om handlingsvalget er innenfor tjenestemannens alminnelige virkefelt*”.¹⁶²

Understandarden angir vurderingsnormer som tydeliggjør grensen mot det straffbare, uten å være utømmende. Dermed vil også andre hensyn kunne trekkes inn slik at domstolens frihet til å ramme anerkjente straffverdige handlinger ikke innskrenkes i særlig grad. Grensen for den straffbart utilbørlige handlemåten ville fremstå klarere, og rettsvissheten kan dermed sies å øke.

¹⁶² Jf. Rt.1995.1195, Rt.1988.922 og LF-1999-9.

4.3 ”Annen hensynsløs atferd” (strl. § 390a)

§ 390 a.

Den som ved skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd krenker en annens fred eller som medvirker hertil straffes med bøter eller fengsel inntil 2 år.

Offentlig påtale finner bare sted når det begjæres av fornærmede og finnes påkrevet av almene hensyn.

Drøftelsen har til formål å sammenholde ”annen hensynsløs atferd” med hensynene bak Grl. § 96 og øvrig rettskildemateriale.¹⁶³ Problemstillingen blir i hvilken grad argumenter hentet fra disse hensynene taler for at standardens rekkevidde burde tolkes innskrenkende, eller i ytterste konsekvens sies å stride mot Grl. § 96.¹⁶⁴

Verken bestemmelsen som helhet eller standarden ”annen hensynsløs atferd” konkret, har blitt drøftet av Høyesterett i relasjon til Grl. § 96. Høyesterett har imidlertid behandlet anker over lovanvendelsen en rekke ganger uten å drøfte spørsmålet. En slik påstand har, så vidt jeg kan se, heller ikke blitt reist. Gjeldende rett kan ikke legges til grunn å være annet enn at § 390a overholder kravene Grl. § 96 stiller til utforming. Dersom en sak med påstand om grunnlovsstrid skulle havne i Høyesterett, ville uansett en innskrenkende fortolking bli foretrukket fremfor en tilsidesettelse av straffebudet. Dette er mest i tråd med vår rettstradisjon.¹⁶⁵

Når det er sagt kan man de lege ferenda argumentere for at bestemmelsen bør gis begrenset rekkevidde, og at grensetilfeller bør tolkes innskrenkende.

Bakgrunnen for bestemmelsens vedtakelse var spesiell. I Rt.1952.989

(”Telefonsjikanedommen”) fant Høyesterett at tiltaltes telefonsjikaner ikke ble rammet av

¹⁶³ Se pkt. 3.2.1.

¹⁶⁴ ”Annen hensynsløs atferd” er en rettslig standard, jf. Pounds definisjon i okt. 2.1.1.

¹⁶⁵ Annerledes f eks i USA, jf. pkt. 3.2.2.

§ 350. Det var heller ingen andre bestemmelser som kunne anvendes. Tiltalte måtte derfor frifinnes, jf. Grl. § 96, selv om handlingen ble ansett forkastelig og straffverdig.¹⁶⁶ Lovgiveren tok raskt tak i antydningen fra domstolen om et behov for nykriminalisering, og vedtok strl. § 390a.¹⁶⁷

Paragraf 390a ble opprettet med formål å skulle yte ”*et mer utstrakt vern mot psykiske krenkelser i sin alminnelighet*”.¹⁶⁸ Det er tale om en beskyttelse mot krenkelser av ”*en annens fred*”. Ifølge forarbeidene begrenser denne betingelsen bestemmelsens virkeområde til den *psykiske fred*. Fysiske og økonomiske krenkelser faller utenom. Dessuten innebærer betingelsen at gjerningsmannens forsett må omfatte det at fornærmede skal oppfatte krenkelsen.¹⁶⁹ Forarbeidene nevner som eksempel det tilfellet hvor gjerningsmannen etteraper en halt manns gange for å skape latter i omgivelsene, samtidig som han tror den halte ikke skal oppdage peket.¹⁷⁰

Bestemmelse retter seg mot folk flest. Kravet om forutberegnelige straffebed må være større her enn ved straffebed rettet mot profesjonelle aktører eller offentlig tjenestemenn. Den alminnelige borger har ingen særskilt foranledning eller ressurser til å klargjøre innholdet i et straffebed. Derfor er det viktig at borgeren gjennom en alminnelig lesning av lovteksten får beskjed om grensen for det straffbare. Imidlertid er § 390a ikke særlig veiledende, og etterlater kun et visst inntrykk av hvilke handlinger som er straffbare.

¹⁶⁶ Bratholm: *Strafferett og samfunn* (1980) s. 86, påpeker at ”*iblant kan det være nødvendig å ramme et forhold, selv om hjemmelen er ytterst tvilsom. Det er f.eks. fare for at en sentral lov vil miste sin effektivitet inntil lovendring skjer, dersom forholdet ikke rammes. I slike tilfelle vil hensynet til at lovens formål skal realiseres være et viktig argument for den tolkingen at handlingen rammes*”. Dette hensynet slo altså ikke inn i Telefonsjikanedommen.

¹⁶⁷ Andenæs: *Alminnelig strafferett* (2004) s 104: ”*dette er et typisk eksempel på hvordan legalitetsprinsippet virker: Det kommer opp et tilfelle som viser mangel på rettsbeskyttelsen. Domstolene kan ikke utfylle tomrommet, og hvis spørsmålet blir ansett viktig nok, blir derfor lovgivningsapparatet i sving*”.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 41 (1954-55) s. 22.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 41 (1954-55) s. 23.

¹⁷⁰ Ot. prp. nr. 41 (1954-55) s. 23.

I NOU 1983:57 s. 116 uttales at *”det ville likevel være i strid med lovprinsippet å gi et straffebud som generelt retter seg mot handlinger som f eks krenker andre...”*. *”Annen hensynsløs atferd som krenker annens fred”* ligger rent ordlydsmessig meget tett opp til dette eksempelet. Forarbeidene innskrenker dog virkefeltet ved å unnta økonomiske og fysiske krenkelser.¹⁷¹ Standarden har heller ingen rent objektive kriterier som angir et begrenset virkeområde. Straffelovkommisjonens uttalelser må dermed vurderes som et argument for en innskrenkende fortolkning av standarden.

Forarbeidene gir en del eksempler på hva som kan tenkes å rammes av bestemmelsen, men presiserer ikke det straffbare området nevneverdig. Dette var heller ikke meningen, ettersom lovgiveren ønsket *”en generell gjerningsbeskrivelse”*. Det *”vesentlige er... at man har sikkerhet for at bare handlinger som er moralsk lastverdige faller innenfor området for det straffbare”*. Slik skulle påtalemyndighet og domstol sikres en *”større frihet til å avsile de tilfelle hvor det etter en rimelig vurdering av forholdene ikke er på sin plass å anvende straff”*.¹⁷²

Når det gjelder strafferettslige standarder, må nødvendigvis ansvaret for å definere standardens strafferettslige grenser tilligge domstol og påtalemyndighet. Imidlertid er det *”en meget vid standard loven... gir anvisning på”*.¹⁷³ Derfor burde lovgiveren forsøkt å begrense dens virkefelt noe mer, f eks gjennom å betinge straffeforfølgning ved at mistenkte først må advares av politiet eller andre objektive kriterier. Rettstilstanden må sies å være

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23.

¹⁷² Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23-25.

¹⁷³ Bratholm/Matningsdal: Straffeloven. Kommentirutgave. III (1998) s. 229.

uklar, og det fremstår uvisst hvilke handlinger man risikerer straffeforfølgning for.¹⁷⁴

Forarbeidene drøfter merkelig nok ikke det betenkelige med å vedta en så vid standard.¹⁷⁵

Den strafferettslige standarden ”*annen hensynsløs atferd*” tilsier gjennom en språklig fortolking at ikke enhver atferd kan rubriseres som hensynsløs.¹⁷⁶ Ifølge forarbeidene er ”*hensynsløs en ganske sterk karakteristikk og vil... oftest forutsette at atferden helt klart er moralsk forkastelig. Avgjørelsen må foretas konkret, og omstendigheter som tid, sted og fornærmedes individuelle forhold vil få betydning for bedømmelsen. Det skal mindre til for å karakterisere en plagsom opptreden som hensynsløs dersom den finner sted om natten enn om dagen, eller den foretas overfor særlig sårbare personer, for eksempel gamle og svake, enn overfor unge og friske*”.¹⁷⁷

Det presiseres dermed at bestemmelsen i høy grad er skjønnsbasert, og at *hensynsløs* er et relativt begrep hvor dets anvendelse beror på konkrete omstendigheter. Likevel gir uttalelsene heller liten veiledning. Rettspraksis, jf. nedenfor, viser også at forarbeidene ikke styrker rettsvissheten i særlig grad. Forarbeidene bemerker videre at ”*hensikten med handlingen vil... spille en stor rolle ved avgjørelsen av hvor langt bestemmelsen rekker*”. Dessuten anses relevant om gjerningsmannen handler uprovosert, eller om handlingen er en respons på en handling han tidligere har vært utsatt for.¹⁷⁸

Kravet til *hensynsløs atferd* retter seg til hele § 390a. Det spesielle ved delen av bestemmelsen som drøftes her, er imidlertid at det ikke er noe adverb som forteller hvilken type av hensynsløshet det er tale om. Det tales kun om ”*annen*”, mens de andre

¹⁷⁴ § 390a annet ledd gir delvis økt rettssikkerhet. Den har en dobbelt påtalerregel, dvs. at påtale er betinget både av fornærmedes begjæring og at allmenne hensyn foreligger.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 22. Det uttales kun at ”*en slik alminnelig regel vil få et nokså ubestemmelig anvendelsesområde og derfor kan føre til usikkerhet i rettsanvendelsen, og at den vil kunne føre til påtale av krenkelser som bør høre privatlivet til, for eksempel upassende opptreden i hjemmet eller selskapslivet*”.

¹⁷⁶ Formuleringen ”*annen hensynsløs atferd*” blir å anse som en rettslig standard, jf. pkt. 2.1.1.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 24.

alternativene i straffebudet presiserer atferden gjennom *skremmende* og *plagsom*. Dermed blir denne delen av standarden særlig lite forutberegenlig.

Rt. 1978.901 drøfter standarden "*hensynsløs*". Tiltalte hadde skutt med hagle (ladet med hagl) mot sin onkel for å skremme ham. Han rammet onkelen bakfra med et hagl, men siden skuddet ble avfyrt fra ca. 150 meters avstand ble det kun et lite rødt merke i huden på baksiden av overarmen. Tiltalte argumenterte med at ettersom eksemplene i forarbeidene var såpass ulike hans handling, kunne § 390a ikke få anvendelse. Høyesterett var ikke enig i resonnetet, og uttalte at "*det kan ikke antas at eksemplene er ment å være uttømmende og begrense den rekkevidden bestemmelsen har etter sin ordlyd... Selv om skuddavstanden var så stor at skade ikke var sannsynlig, må atferden anses som skremmende og hensynsløs, og som en fredskrenkelse overfor fornærmede*".

Avgjørelsen viser at bestemmelsens anvendelsesområde ikke ligger fast, men vil utvikle seg etter omstendighetene. Høyesteretts argumentasjon er klar og enstemmig i synet på at handlingen rammes av bestemmelsen. Tilfellet eksemplifiserer lovgiverens intensjoner om å ha en generell og elastisk bestemmelse, og at forarbeidene i praksis gir liten veiledning. Avgjørelsen gir ingen økt rettsvisshet, og signaliserer at bestemmelsen kan tenkes å ramme alle slags handlinger så fremt de kan karakteriseres som krenkelser av psykisk art og nødvendig forsett foreligger. Det å skyte noen bakfra med hagle selv om skade ikke er sannsynlig, kan imidlertid ikke anses i grenseland for hensynsløs og skremmende atferd.

I Rt.1989.1336 var Høyesterett enig i byrettens vurdering om at tiltalte ved å kjøre sin moped opp trappen, og dytte inn døren til gatekjøkkenet med forhjulet, og ved samme dag å frembringe sterk lyd gjennom hopping på et bilpanser hadde overtrådt § 390a. Det ble dessuten vektlagt at domfelte var kjent med at fornærmede tidligere hadde vært plaget med oppvigleri og skadeverk. Avgjørelsen følger linjen fra Rt.1978.901 ved å anvende § 390a på forhold utover de forarbeidene beskriver. Høyesterett virker ikke å være i tvil om at handlingene var en overtredelse av § 390a, men avklarer på ingen måte bestemmelsens utstrekning.

I tilfeller med mindre overtredelser som spenner seg over et lengre tidsrom, kan den danske utgaven av bestemmelsen hevdes å vise seg mer hensiktsmessig. Her er straffeforfølgning betinget av at mistenkte først er blitt advart av politiet.¹⁷⁹ Dette medfører at mistenkte opplyses om at han kan tenkes å ramle på innsiden av fengselsmuren. Dette sikrer større likhet og gir økt forutberegnelighet. Totalt sett ville en sådan endring ført bestemmelsen mer i samsvar med Grl. § 96.

Det uttales i forarbeidene, etter en sammenligning med rettstilstanden i andre land, at ”*visstnok ikke noe land i det hele tatt*” har en alminnelig straffebestemmelse mot det å påføre en annen en psykisk påkjenning. Sveriges straffebestemmelse ligger visstnok nærmest vår ordlyd, men den er ikke så vidtgående.¹⁸⁰ Selv om det var gode grunner for vår vedtakelse av en slik bestemmelse, kan Norges særstilling anses som et tegn på at vårt straffebud ikke bør gis et for vidt anvendelsesfelt.

I en byrettsdom ble en journalist og en avis dømt for krenkelse av et foreldrepars fred. Foreldrene hadde mistet sin 16 år gamle sønn. De hadde samtykket til donasjon av sønnens indre organer. En journalist fikk kjennskap til dette, og forespurte foreldrene om en reportasje om saken, men ble avvist. Da avisen likevel publiserte en artikkel, og slo guttens navn opp på førstesiden, ble avisen og journalisten dømt for å ha overtrådt § 390a.¹⁸¹ Bestemmelsen er dermed anvendelig også overfor pressen. Forarbeidene nevner ikke

¹⁷⁹ Jf Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 22 og 30. Dansk straffelovs § 265: ”Den, der krænker nogens fred ved trods forud af politiet given advarsel at trenge ind paa ham, forfølge ham med skriftlige henvendelser eller på anden lignende måde forulempe ham..”.

¹⁸⁰ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1954-55) s. 32. Svensk straffelovs § 7, 4. kapittel lyder: “*Den som handgripligen antastar eller medelst skottlossning, stenkasting, oljud eller annat hensynslöst beteende eljest ofredar annan, döms för ofredande till böter eller fängelse i högst ett år*”.

¹⁸¹ Jf. Bergen byretts dom av 5. desember 1986 nr. 172/1986, og Bratholm/Matningsdal: *Straffeloven. Kommentartutgave. III* (1998) s. 229.

tilfeller som dette, men det er tale om en krenkelse av psykisk art, og eksemplene i forarbeidene antas altså ikke ”å være uttømmende”.¹⁸²

Ifølge forarbeidene rammes tilfeller hvor f eks gjerningsmannen lar en avis trykke en falsk dødsannonse. Falske gledesbudskap vil kunne rammes, men det skal en god del til.¹⁸³ Integritetskrenkende filming og fotografering vil også kunne regnes som hensynsløs atferd. Imidlertid må det forutsettes at gjerningspersonens forsett omfatter at fornærmede blir kjent med den fotomessige krenkelsen.¹⁸⁴ Bratholm mener dessuten at politiet gjennom grov utilbørlig skygging eller overvåkning etter omstendighetene vil kunne ha hensynsløst krenket en annens fred.¹⁸⁵ Bratholm hevder dessuten at psykisk vold overfor barn i form av nedvurdering, avvising, og også følelseskulde, i de mer grove tilfelle, kan innebære *hensynsløs atferd* i § 390a's forstand.¹⁸⁶

Andenæs antar at om man lar radioen stå på med stor styrke hele dagen til plage for naboene, vil § 390a kunne få anvendelse.¹⁸⁷ Likeledes dersom man følger etter en person og til stadighet plager ham med tilsnakkelse til tross for at vedkommende ikke ønsker dette.¹⁸⁸

Andenæs' og Bratholms eksempler viser at *hensynsløs atferd* kan tenkes å anvendes på mange ulike handlinger og at forutberegneligheten er lav.

¹⁸² Jf. Rt.1978.901.

¹⁸³ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 22-24.

¹⁸⁴ Bratholm/Matningsdal: *Straffeloven. Kommentirutgave. III* (1998) s. 229-230.

¹⁸⁵ Bratholm: *Jussens Venner* (1979) s. 241-242.

¹⁸⁶ Bratholm: *Strafferett og samfunn* (1980) s. 206.

¹⁸⁷ I Rt.2005.897 ble nattelig musikkavspilling over et stereoanlegg med svært stor effekt karakterisert som en ”svært alvorlig fredsforstyrrelse”. Gjerningsmannen var i tingretten domfelt for overtredelse av § 390a. I Høyesterett gjaldt saken inndragning av stereoanlegget, jf. strl. § 35.2.

¹⁸⁸ Andenæs: *Spesiell strafferett. Utvalgte emner.* (1996) s. 46.

Aall har uttalt seg kritisk om standarden; *”Enkelte formelle lover vil pga. sin vaghet... kunne gi grunnlag for krenkelser [av Grl. § 96]. Se f.eks. strl. § 390a ”annen hensynsløs atferd”... som kan tenkes å reise problemer i praksis”*.¹⁸⁹

Det samme har Mæland som hevder; *”Det har i det hele hos oss vært et spørsmål av liten praktisk verdi om domstolen under henvisning til Grl. § 96 skal tilsidesette en lov fordi den i for liten grad gir veiledning om hva som er gjort straffbart. Vi må likevel kunne anta at formuleringen... ”hensynsløs atferd [som] krenker annens fred” (strl. § 390a) nærmer seg grensen for hva som bør tillates”*.¹⁹⁰

Imidlertid går verken Aall eller Mæland problemstillingen nærmere etter sømmene. Men disse to teoretikernes syn taler i hvert fall for at bestemmelsen bør tolkes innskrenkende for å unngå konflikt med hensynene bak Grl. § 96.

De lege ferenda drøftelsen gir flere argumenter for en varsom anvendelse av *”annen hensynsløs atferd”*. Rettspraksis kan ikke hevdes å ha medført økt rettsvisshet. Forarbeidene avklarer rettstilstanden til en viss grad. Teorien hevder at *”annen hensynsløs atferd”* ligger i en gråsonerom for det akseptable i forhold til Grl. § 96. Samtidig er bestemmelsen rettet mot alminnelige borgere, noe som særlig krever klar angivelse av den straffbare handlingen.

Det må etter dette være grunnlag for å hevde at *”annen hensynsløs atferd”* bør tolkes innskrenkende dersom et grensetilfelle kommer for domstolen.

4.3.1 Alternativer til dagens straffebed

Forarbeidene drøfter hvorvidt en kasuisering ville vært å foretrekke fremfor en såpass generell bestemmelse. Imidlertid avvises dette ettersom det anses vanskelig å forutse fremtidige straffverdige tilfeller. Men også fordi påtalemyndighet og domstoler med en slik

¹⁸⁹ Aall: *Rettergang og menneskerettigheter* (1995) s. 283.

¹⁹⁰ Mæland: *Innføring i alminnelig strafferett* (1999) s. 57-58.

regel fikk frihet til å avsi de handlingene som det ikke var rimelig å møte med straffesanksjon.¹⁹¹

I etterpåklokskapens lys hadde nok en kasuisering vært uhensiktsmessig, selv om den på kort sikt ville bedret forutberegneligheten for borgeren. Lovgiveren ville vanskelig kunne rammet tilfeller som f eks Rt.1978.901. Følgelig hadde domstolen følt seg presset til utvidende tolkinger av straffebudet og dermed likevel lede til en uklar rettsstilling.

En utpensling av gjerningsbeskrivelsen gjennom en understandard kunne fungert noe bedre. Her kunne man f eks inntatt som vurderingstema hvorvidt gjerningsmannens atferd var foranlediget av fornærmede. Dessuten kan nødvendigheten av en såpass generell regel som den nåværende diskuteres. Sett at ”*annen hensynsløs atferd*” hadde vært utelatt i § 390a. Det virker likevel plausibelt å tro at formuleringene ”*[hensynsløs] skremmende eller [hensynsløs] plagsom opptreden*” ville rammet de fleste anerkjente straffverdige psykiske krenkelsene. Saksforholdene i Rt.1978.901 og Rt.1989.1336 ville nok i hvert fall blitt rammet. Samtidig ville straffebudet fått en mer presis utforming.

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 25.

5 Litteraturliste

Agge, Ivar - *Abstrakt norm och konkret verklighet. Reflexioner kring några lagtekniska spørsmål.* Festskrift tillägnad Gösta Eberstein. Stockholm 1950.

Andenæs, Johs. - *Alminnelig strafferett, 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn.* Johs. Andenæs. Universitetsforlaget. Oslo 2004.

Andenæs, Johs. - *Alminnelig strafferet.* 4. utg. Universitetsforlaget Oslo 1997.

Andenæs og Bratholm - *Spesiell strafferett. Utvalgte emner.* Johs. Andenæs og Anders Bratholm. 3. utg. Universitetsforlaget. Oslo 1996.

Andenæs, Johs. - *Statsforfatningen i Norge.* 8. utg. Tano Aschehoug. Oslo 1997.

Andenæs, Johs. - *Inntrykk fra amerikansk strafferettspleie.* Nordisk tidsskrift for kriminalvitenskap. s. 1-17, 1964.

Auglend, Ragnar – *Politirett.* Ragnar Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. 2. utg. Universitetsforlaget. Bergen 1998.

Bratholm, Anders - *Strafferett og samfunn.* Universitetsforlaget. Oslo 1980.

Bratholm, Anders - *Jussens Venner.* s. 241-242, 1979.

Bratholm og Matningsdal – *Straffeloven med kommentarer. Anden Del. Forbrydelser.* Anders Bratholm og Magnus Matningsdal. Universitetsforlaget. Oslo 1995.

Bratholm og Matningsdal – *Straffeloven med kommentarer. Tredje Del. Forseelser.* Anders Bratholm og Magnus Matningsdal. Universitetsforlaget. Oslo 1998.

Eckhoff, Torstein - *Rettskildelære. 5. utg. ved Jan Helgesen.* Universitetsforlaget.
Oslo 2000.

Eskeland, Ståle - *Strafferett.* Cappelen akademiske forlag. Oslo 2000.

Eyben, W.E.v - *Kriminalrettens rettslige standarder.* Nordisk tidsskrift for kriminal
vitenskap. s. 294-306, 1951.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 1-10) - Peer
Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-
Hansen. 2.utg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København 2003.

Hagerup, Francis - *Almindelig borgerlig straffelov. Udgivet med oplysende anmærkninger
og henvisninger.* H. Aschehoug & Co. Kristiania 1903.

Høberg, Alf Petter - *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og
straffrie handlinger.* Tidsskrift for rettsvitenskap s. 525-649. Scandinavian
University Press. Oslo 2000.

Jareborg, Nils - *Begrepp och brottsbeskrivning. Semantik och läran om normativa rekvisit.*
P. A. Norstedt & Söners Forlag. Stockholm 1974.

Kjerschow - *Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 og lov om den
alm. borgerlige straffelovs ikraftreden. Utgitt med kommentarer.* P. Kjerschow. H.
Aschehoug & Co. Oslo 1930.

Kinander, Morten (red.) - *Makt og rett. Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner
om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring.* Universitetsforlaget.
Oslo 2005.

Knoph, Ragnar - *Rettslige standarder. Særlig Grunnlovens § 97*. I kommisjon hos Grøndahl & Søn. Oslo 1939.

Kunnskapsforlaget: *Fremmedord og synonymer*. Kunnskapsforlaget, H. Aschehoug & Co og A/S Gyldendal Norsk Forlag. Oslo 1986.

Mæland, Henry John - *Innføring i alminnelig strafferett*. 2. utg. Justian Forlag. Bergen 1999.

Nordhus, Alf - *Norsk Advokatblad*. s. 14, 1975.

Pound, Roscoe - *An Introduction to the Philosophy of Law. Revised Edition*. New Haven: Yale University Press. 1954. (1. utg. fra 1922).

.

Skjerdal, Nicolai V. - *Kvalitative hjemmelskrav. Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon med enkelte komparative linjer*. Tano Aschehoug. Oslo 1998.

Slettan, Svein - *Vårt Land*, 12. januar 1999.

Universitetsforlaget - *Bokmålsordboka. Definisjons- og rettskrivningsordbok*. 2. utg. Universitetsforlaget. Oslo 1997.

University of Pennsylvania Law Review - *The Void-For-Vagueness Doctrine In The Supreme Court*. Vol. 109 s. 67-116. 1960-61.

Woxholt, Geir - *Pornografi- og utuktighetsstandarden i straffelovens § 211*. Lov og rett s. 82-93. Universitetsforlaget. Oslo 1986.

Aall, Jørgen – Rettergang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess. Universitetsforlaget. Bergen 1995.

Lovregister

Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687.

Grunnloven. Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814.

Straffeloven. Lov av 22. mai 1902 nr. 10. Almindelig borgerlig straffelov.

Avtaleloven. Lov av 31. mai 1936 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

Naboloven. Lov av 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar.

Markedsføringsloven. Lov av 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår.

Menneskerettsloven. Lov av 21. mai nr. 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Menneskerettsloven. Lov av 21. mai nr. 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Vedlegg 2. Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse).

Høyesterettspraksis

Rt.1918.858	Rt.1983.1357
Rt.1929.330	Rt.1984.91
Rt.1931.1173	Rt.1984.581
Rt.1933.212	Rt.1987.1537
Rt.1938.271	Rt.1988.922
Rt.1952.389	Rt.1989.1336
Rt.1952.989	Rt.1992.474
Rt.1956.1140	Rt.1995.1195
Rt.1958.479	Rt.1997.1819
Rt.1959.501	Rt.1999.776
Rt.1967.1502	Rt.2004.357
Rt.1976.1434	Rt.2005.897
Rt.1978.901	HRD 02.11.05.
Rt.1978.1111	

Underrettspraksis

Bergen byretts dom av 5. desember 1986 nr. 172/1986

Frostating lagmannsrett 1999-02-16 (LF-1999-9)

Borgarting lagmannsrett 2005-05-30 (LB 2004-12756)

Oslo tingrett 2004-02-7272 (TOSLO-2003-7272)

Utenlandsk rettspraksis

Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948)	Kruslinsaken (1990)
Lawless v. Ireland (1970)	Groppera Radio AG (1990)
Sunday Times v. U.K (1979)	Andersson (1992)
Eriksson (1989)	Kokkinakis v. Hellas (1993)
	S.W. v. the United Kingdom (1995)

Lovforarbeider

S. K.s Udkast til Lov om Civile og geistlig Embeds- og Bestillingsmænds Disciplinærforseelser og Afskedigelse med Motiver (1896)

NOU 1983:57 – Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommissjonens delutredning I

NOU 1985:19 – Pornografi og straff.

NOU 1997:23 – Seksuallovbrudd. Straffelovkommissjonens delutredning VI.

NOU 2002:04 – Ny straffelov. Straffelovkommissjonens delutredning VII.

Ot. prp. nr. 41 (1954-55) – Om endringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 mv.

Ot.prp.nr.28 (1999-2000) – Om lov om endringer i straffeloven mv.

Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) - Om lov om endringer i straffeloven mv.

Innst. O. nr. 52 (1984-85) – Om lov om endringer i straffeloven mv.

Notat av november 1974 fra arbeidsgruppe nedsatt av Justisdepartementet vedrørende strafferettslige tiltak mot visse former for økonomiske kriminalitet, og etterfølgende Ot.prp. nr. 61 (1978-1979).

