

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Grenser for kriminalisering

Rettsvitenskapelige kriminaliseringsprinsipper, skranker eller sluseporter?

Kandidatnummer: 619

Leveringsfrist: 25.4.2015

Antall ord: 17 887



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>2</b>
1.1	Bakgrunn og aktualitet .....	2
1.2	Problemstillinger .....	3
1.3	Øvrige avgrensninger og avhandlingens videre fremstilling .....	5
1.4	Tematisk plassering.....	6
1.5	Metode og kildebruk .....	7
<b>2</b>	<b>NOEN UTGANGSPUNKTER</b> .....	<b>8</b>
2.1	Strafferettens formål og særegenhet .....	8
2.2	Kriminaliseringsprosessen som politisk anliggende .....	8
2.3	Legalitet og legitimitet i kriminaliseringsdebatten .....	9
2.4	Prinsippstyring av norsk kriminalpolitikk.....	10
2.5	Kriminaliseringsprinsippenes (rettskildemessige) status .....	12
<b>3</b>	<b>UTVALGTE KRIMINALISERINGSPRINSIPPER</b> .....	<b>13</b>
3.1	Innledning .....	13
3.2	Positive kriminaliseringsprinsipper.....	14
3.2.1	Skadefølgeprinsippet .....	14
3.2.2	Krenkelsesprinsippet .....	14
3.2.3	Rettsgodeprinsippet .....	14
3.2.4	Velferdsprinsippet .....	14
3.2.5	Rettslig paternalisme .....	15
3.2.6	Rettslig moralisme .....	15
3.3	Negative kriminaliseringsprinsipper .....	16
3.3.1	Subsidiaritetsprinsippet .....	16
3.3.2	Hensiktsmessighetsprinsippet.....	16
<b>4</b>	<b>SKADEFØLGEPRINSIPPET</b> .....	<b>17</b>
4.1	Innledning .....	17
4.2	Skadefølgeprinsippet «vilkår» for kriminalisering.....	18
4.3	Bevisbyrden for skaderisiko.....	19
4.4	Skadebegrepets positive side .....	20
4.5	Skadebegrepets negative side.....	23
4.6	Kausalitet mellom adferd og skade .....	27
4.7	Skadens intensitet.....	29
4.8	Offerets identitet .....	30

<b>5</b>	<b>RETTSGODEPRINSIPPET .....</b>	<b>32</b>
5.1	Innledning .....	32
5.2	Prinsippets rettshistoriske bakgrunn .....	33
5.3	Rettsgodebegrepets funksjoner .....	34
5.4	Rettsgodebegrepets positive side .....	35
5.5	Rettsgodebegrepets negative side .....	37
<b>6</b>	<b>EKSKURS: RETTSGODEPRINSIPPETS GJENNOMSLAGSKRAFT I FORFATNINGSMESSIG NORMKONTROLL .....</b>	<b>42</b>
6.1	Innledning .....	42
6.2	Tysk forfatningsmessig prøving av lover.....	42
6.3	«Cannabis-avgjørelsen» .....	43
6.4	«Incest-avgjørelsen» .....	44
6.5	Oppsummering og konklusjoner .....	45
<b>7</b>	<b>KONKLUSJONER .....</b>	<b>47</b>
7.1	Deskriptivt.....	47
7.2	Normativt .....	48
<b>8</b>	<b>KILDEOVERSIKT .....</b>	<b>51</b>
8.1	Litteratur.....	51
8.2	Tidsskriftsartikler .....	53
8.3	Norske forarbeider .....	54
8.4	Norske lover.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
8.5	Norsk rettspraksis.....	55
8.6	Tyske rettskilder.....	56
8.7	Øvrige kilder .....	56

*«Ikke alt som man misbilliger, egner seg til å bekjempes ved straff.»<sup>1</sup>*

Johs Andenæs

---

<sup>1</sup> Andenæs (1994) s. 148.

# 1 Innledning

## 1.1 Bakgrunn og aktualitet

Jusen har sine grenser. Det gjelder også på strafferettens område. I konstitusjonelle demokratier som Norge finner strafferetten sine umiddelbare grenser i statsforfatningen.<sup>2</sup> Straff kan for eksempel ikke ilegges uten hjemmel i lov.<sup>3</sup> Begrepet straff blir tradisjonelt definert som et onde som staten tilføyer et individ på grunn av en lovovertrødelse, i den hensikt at det skal føles som et onde.<sup>4</sup> Hvilken type adferd som kan belegges med straff, er resultatet av en forutgående kriminaliseringsprosess. Kriminalisering skal i denne avhandlingens kontekst forstås som lovgivningsprosessen frem mot den endelige beslutningen om at en bestemt adferd formelt anses som kriminell, det vil si at adferden kan møtes med en straffereaksjon<sup>5</sup>. Det foreligger imidlertid (også) grenser for kriminalisering.

Studier av kriminalisering er noe rettsvitenskapen har viet mindre oppmerksomhet enn studier av den materielle strafferetten.<sup>6</sup> Betyr det at kriminalisering som tema er mindre viktig? Kriminalisering kan potensielt ha meget inngripende konsekvenser for menneskers livsutfoldelse. Ikke bare innskrenkes den lovlige handlefriheten når adferd kriminaliseres, kriminalisering medfører også at man kan dømmes til straff.

Noen hevder at enkelte vestlige land lider under en overdreven bruk av strafferettslig regulering, også kalt «overkriminalisering».<sup>7</sup> Fenomener som globalisering, ny teknologi, frykt og terror, er noen av grunnene til at straffelovverket i mange land faktisk ekspanderer.<sup>8</sup> Samtidig foregår det en global debatt om avkriminalisering, f.eks. av svakere narkotiske stoffer, som cannabis.<sup>9</sup>

I de senere år har vi i Norge blant annet sett at såkalt «grooming»<sup>10</sup>, kjøp av seksuelle tjenester,<sup>11</sup> bruk og besittelse av dopingmidler,<sup>12</sup> og visse forberedelseshandlinger knyttet til

---

<sup>2</sup> Med statsforfatningen menes for denne avhandlingens formål Kongeriket Norges Grunnlov av 1814 (Grl.) og andre rettsregler med konstitusjonell trinnhøyde (konstitusjonell sedvanerett).

<sup>3</sup> Grl. § 96.

<sup>4</sup> Andenæs (1976) s. 352.

<sup>5</sup> Med straffereaksjon menes de sanksjoner som fremgår av Almindelig borgerlig straffelov av 1902 (strl.) § 15.

<sup>6</sup> Samme synspunkt i Nuotio (2010) s. 238 og Pershak (2007) s. 5.

<sup>7</sup> Se f.eks. Husak (2007) eller McWilliams (1996).

<sup>8</sup> Husak (2007) s. 2.

<sup>9</sup> F.eks. <http://www.unodc.org/ungass2016/en/about.html>

<sup>10</sup> Strl. § 201 a.

<sup>11</sup> Strl. § 202 a.

<sup>12</sup> Lov om legemidler m.v. § 24 a.

terror,<sup>13</sup> er blitt kriminalisert. Alle de nevnte eksemplene var i sin tid omstridte blant juridiske fagfolk og i den politiske opinionen.<sup>14</sup> Denne stridigheten er et faktum som støttes av påstander om at de siste tiårs ekspansjon i strafferetten i noen grad skyldes politisk opportuniste, mediekampanjer og press fra lobbygrupper.<sup>15</sup>

En ny norsk alminnelig straffelov ble vedtatt i 2005,<sup>16</sup> men er ennå ikke trådt i kraft. Arbeidet med straffeloven av 2005 introduserte en del nye kriminalpolitiske føringer, herunder hva som bør ligge til grunn for kriminaliseringsvurderinger.<sup>17</sup> Den 13. mars 2015 ble lov om ikraftsetting av straffeloven 2005 godkjent i statsråd.<sup>18</sup> Loven foreslår at den nye straffeloven skal tre i kraft 1. oktober 2015.

Det ovennevnte aktualiserer en prinsipiell diskusjon om hvilke grenser som finnes for hva som bør kunne kriminaliseres.

## 1.2 Problemstillinger

Hvor langt bør et samfunn kunne gå i å forby menneskelig adferd gjennom straffesanksjonerte lovbestemmelser?<sup>19</sup>

I norsk rett følger det av *lex superior*-prinsippet at Stortinget kan vedta lover med hvilket som helst innhold, så lenge vedtakelsen ikke er uforenlig med en norm av høyere rang. Normer av høyere rang enn Stortingets lover vil si konstitusjonelle normer, slik de fremgår av statsforfatningen.<sup>20</sup> For strafferettens vedkommende innebærer *lex superior*-prinsippet formelt sett at (straffe-)lovgiver kan kriminalisere hvilken som helst adferd, så lenge adferden ikke er beskyttet av en menneskerett med høyere rang enn formell lov.

Straffebud må i tillegg utformes slik at de blir forståelige og tilstrekkelig presise, og de kan ikke gis tilbakevirkende kraft, jf. GrL. §§ 96 og 97 (legalitetsprinsippet på strafferettens område). Legalitetsprinsippet sier imidlertid ingen ting om hvilken *type* adferd som kan kriminaliseres.

Det er de materielle menneskerettighetene i Grunnloven som setter grensene for hvilken type adferd som lovgiver kan kriminalisere. Innholdet i disse rettighetene utgjør dermed

---

<sup>13</sup> F.eks. strl. § 147 a femte ledd.

<sup>14</sup> Se f.eks. Jacobsen (2009), Husabø (2012) og <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/terrorangrepet-22-juli-politikk-og-samfunn/venstre-refser-faremo-for-pst-avskrift/a/10047661/>

<sup>15</sup> Baker (2011) s. 6.

<sup>16</sup> Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven av 2005).

<sup>17</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 88.

<sup>18</sup> Se Prop. 64 L (2014-2015).

<sup>19</sup> NOU 1985:19 s. 29.

<sup>20</sup> Se fotnote 2.

kriminaliseringens juridiske grenser. Ved å innføre menneskerettigheter i den norske statsforfatningen, har den lovgivende makt bundet staten slik at den på utvalgte områder er forpliktet til ikke å gripe inn i borgernes liv.<sup>21</sup> Vi kan si at de materielle menneskerettighetene innskrenker lovgivers diskresjonære kompetanse til å kriminalisere adferd.<sup>22</sup>

I Norge fungerer ikke menneskerettighetene alltid som effektive skranker for lovgivningsmyndigheten i praksis. Grunnen er at det ikke foregår noen konstitusjonell normkontroll av Stortingets lover før slike spørsmål i konkrete saker eventuelt bringes inn for Høyesterett. På denne bakgrunn finner jeg grunn til å undersøke hvilke andre grenser for kriminalisering som finnes, enn de rent juridiske.<sup>23</sup>

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er spørsmålet om hvilke grenser for kriminalisering som finnes utenfor juridiske normer, og hva disse grensene innebærer for kriminaliseringens vedkommende. Hvis ikke noe annet er angitt skal grenser for kriminalisering i denne avhandlingen forstås som moralske eller etiske skranker for hvilken type adferd som *bør* kunne kriminaliseres.

I rettsfilosofisk teori har svaret på spørsmålet om hvilke moralske grenser for kriminalisering som finnes ofte kommet til uttrykk gjennom rettsvitenskapelige kriminaliseringsprinsipper.<sup>24</sup> Siden avhandlingens hovedproblemstilling er meget vid, har jeg valgt i hovedsak å begrense avhandlingen til en analyse av utvalgte kriminaliseringsprinsipper, for å belyse *mulige* svar på hovedproblemstillingen.

Med rettsvitenskapelige kriminaliseringsprinsipper kan vi forstå teoretiske retningslinjer som kan brukes i vurderingen av om en viss adferd bør kriminaliseres eller ikke. Kriminaliseringsprinsippene forsøker å oppstille mer eller mindre klare rammer for hva som bør kunne kriminaliseres, basert på filosofiske ideologier om hvilken rolle strafferetten bør ha i et samfunn. Kriminaliseringsprinsippene gir således uttrykk for rettspolitiske svar på hvor kriminaliseringens grenser bør befinne seg.

Siden kriminaliseringsprinsippene stiller til disposisjon teoretiske løsninger på praktiske spørsmål (utforming av lovgivning), skal jeg også vurdere i hvilken grad kriminaliseringsprinsippene er egnet til å oppstille tydelige grenser for kriminaliseringens omfang, for slik å belyse prinsippenes praktiske hensiktsmessighet. Det er avhandlingens andre hovedtema.

---

<sup>21</sup> Kongeriket Norges Grunnlov, kapittel E.

<sup>22</sup> Slik også i Husabø (1995) s. 134.

<sup>23</sup> Nuotio (2010) s. 238.

<sup>24</sup> Pershak (2007).

### 1.3 Øvrige avgrensninger og avhandlingens videre fremstilling

Med denne avhandlingen ønsker jeg å bidra med innsikt i kriminaliseringsprinsipper som dogmatiske verktøy, eller måter å resonnerer på, til bruk i rettspolitisk debatt på kriminalpolitikkenes område. Avhandlingens perspektiv begrenser seg til nasjonal strafferett.

Innledningsvis understrekes at avhandlingen tar for seg prinsipper som omhandler spørsmålet om kriminalisering av en gitt adferd bør skje eller ikke, og ikke selve bruken av straff mot slik adferd. Av hensyn til avhandlingens omfang vil de filosofiske ideologiene som kriminaliseringsprinsippene bygger på, ikke behandles inngående.

Kapittel 3 inneholder en oversikt over utvalgte, etablerte kriminaliseringsprinsipper. Prinsippene kan grovt sett deles inn i to hovedkategorier, de positive kriminaliseringsprinsippene og de negative kriminaliseringsprinsippene. Det er de positive kriminaliseringsprinsippene som er hovedfokus for denne avhandlingen. Sondringen mellom de to kategoriene forklares under punkt 3.1.

Av hensyn til avhandlingens omfang har jeg valgt å legge avhandlingens primærfokus på to positive kriminaliseringsprinsipper, nemlig skadefølgeprinsippet (kapittel 4) og rettsgodeprinsippet (kapittel 5). Grunnen er at de to utvalgte prinsippene nyter høy oppslutning i sine respektive opprinnelsesland (Storbritannia og Tyskland), og at de passer inn i en norsk kontekst. Skadefølgeprinsippet er inngående drøftet i forarbeidene til den norske straffeloven av 2005.<sup>25</sup> Rettsgodeprinsippet er relevant i en norsk kontekst da det i norsk rettskultur er tradisjon for å anvende begrepet «rettsgode».<sup>26</sup>

Avhandlingen er ikke ment å være komparativ. Likevel inneholder den komparative elementer, da jeg finner det naturlig i en analyse av ulike prinsipper som omhandler samme spørsmål. Det vil også bidra til å illustrere på hvilke punkter prinsippene skiller seg fra hverandre.

I tillegg vil jeg foreta en løpende normativ diskusjon. Ved å vurdere kriminaliseringsprinsippene i lys av egne og andres innvendinger og kritikk mot dem, skal jeg undersøke i hvilken grad prinsippene er egnet til å markere tydelige grenser for kriminalisering. I den grad de ikke egner seg til det nevnte formål, vil jeg på enkelte punkter foreslå løsninger til hvordan man kan bøte på de problemene som eventuelt avdekkes.

---

<sup>25</sup> Se punkt 2.4.

<sup>26</sup> Se f.eks. strl. § 39 nr. 1.



Kapittel 6 er en ekskurs fra besvarelsen av avhandlingens hovedproblemstilling. Der vil jeg undersøke i hvilken grad rettsgodeprinsippet kan spille en rolle utover en rent rettspolitisk funksjon, nemlig som juridisk argument i forfatningsmessig normkontroll av straffebud. Det er i realiteten et rettskildespørsmål. Dersom argumenter hentet fra kriminaliseringsprinsippene kan påvirke domstolene til å erklære straffnormer ugyldige, innebærer det at prinsippene kan tjene som midler til å stagge tendensen av «overkriminalisering», som enkelte mener å kunne påvise.<sup>27</sup> Avhandlingen tar ikke stilling til hvorvidt «overkriminalisering» er et reelt fenomen.

Siden norsk høyesterett sjelden behandler spørsmål om straffnormers materielle forfatningsmessighet, vil ekskursen som beskrevet i avsnittet over begrense seg til en analyse av enkelte prinsipielle avgjørelser fra den tyske forfatningsdomstolen, hvor slike spørsmål oftere behandles.

#### **1.4 Tematisk plassering**

Rettsdogmatikken beskriver innholdet i gjeldende rett. Denne avhandlingen er kun dogmatisk i den forstand at jeg forsøker å finne fram til innholdet i kriminaliseringsprinsippene som jeg behandler. Etter min mening finnes det imidlertid ikke noe fasitsvar på hva innholdet i de forskjellige prinsippene er, da forskjellige aktører opererer med forskjellige «versjoner» av prinsippene. Dette anskueliggjøres underveis i avhandlingen.

Kriminaliseringsprinsippene bygger ikke på positiv rett, men på (retts-)filosofiske ideologier. Temaene i avhandlingen havner dermed i skjæringspunktet mellom (straffe-)rettsfilosofi og rettspolitikk i form av kriminalpolitikk. Elementer av rettshistorie forekommer også, særlig i kapitlene som omhandler rettsgodeprinsippet. Siden kriminaliseringsprinsippene er rettspolitiske i den forstand at de sier noe om hva den spesielle strafferetten bør omfatte, og jeg også skal vurdere prinsippene normativt, kan deler av avhandlingen karakteriseres som meta- eller dobbelt rettspolitisk.<sup>28</sup>

Rettspolitikken beskjefter seg med spørsmål som hvordan retten bør være. Kriminalpolitikk kan kategoriseres som en underkategori av rettspolitikk, da kriminalpolitikken omhandler spørsmål som hva strafferetten bør omfatte.

Rettsfilosofien tar for seg filosofiske analyser av jus, juridiske institusjoner og strukturer. Problemstillinger innenfor rettsfilosofien spenner over et vidt felt, fra abstrakte konseptuelle spørsmål om blant annet lovers natur og vesen, til normative spørsmål om forholdet mellom

---

<sup>27</sup> Se Lernestedt (2003) s. 19.

<sup>28</sup> Frøberg (2010) punkt 1.3.

lov, moral og begrunnelser for de ulike juridiske institusjoner.<sup>29</sup> Rettsfilosofien oppstiller grunnlagsproblemer av analytisk og logisk art, og ser på begrepsmessige definisjoner, verdier, prinsipper og problemer innenfor retten.<sup>30</sup>

Spørsmål som hvorfor man straffer, legitimitetsspørsmål som hvor staten får sin autoritet fra, og hvorfor lover og dommer er bindende, er rettsfilosofiske spørsmål. Det samme gjelder spørsmålet om hvilken adferd staten bør kunne kriminalisere, til forskjell fra spørsmålet om hva staten juridisk har adgang til å kriminalisere, som er et konstitusjonelt juridisk spørsmål.<sup>31</sup>

Denne avhandlingen kan tematisk plasseres i kategorien rettsfilosofi, da den blant annet redegjør for ulike svar på hvilken adferd som staten bør kunne kriminalisere.

## **1.5 Metode og kildebruk**

Det er mange ulike retninger innenfor rettsfilosofien. Dermed finnes det også mange ulike metoder. Noen trekk ved denne avhandlingens metode er logisk og konsistent argumentasjon, og hermeneutisk analyse av kilder. I tillegg til å benytte meg av slike metodiske grep har jeg tilnærmet meg problemstillingene i denne avhandlingen gjennom språklig og konsekvensorientert analyse av ideer, tankemåter og begreper fra forskjellige kilder av normativ juridisk (rettsfilosofisk) teori.

Analysene er illustrert med eksempler, hovedsakelig fra norsk og tysk strafferett. Av teoretisk materiale har jeg støttet meg på norske og utenlandske kilder, herunder amerikanske, britiske og tyske. De forskjellige kildene har hjulpet meg til å komme fram til hva de forskjellige kriminaliseringsprinsippene går ut på, hvilke kriminalpolitiske konsekvenser de kan innebære, og til å vurdere prinsippenes egnethet til å markere tydelige grenser for kriminalisering.

---

<sup>29</sup> <http://www.iep.utm.edu/law-phil/>

<sup>30</sup> Sand (2004) s. 1.

<sup>31</sup> Se punkt 2.3.

## 2 Noen utgangspunkter

### 2.1 Strafferettens formål og særegenhet

Straffen formål betegnes gjerne som sosialt forsvar for å avverge nye lovbrudd, enten for den enkelte straffedømte (individualprevensjon), eller for øvrige personer i samfunnet (allmennprevensjon).<sup>32</sup>

Strafferettens særegenhet ligger blant annet i at ileggelse av straff er det sterkeste maktmiddelet som staten kan bruke mot borgerne i et samfunn.<sup>33</sup> Min påstand er at kriminalisering skiller seg fra annen lovgivervirksomhet, grunnet de konsekvensene som straffen kan føre med seg.<sup>34</sup> En straffesak kan medføre lang frihetsberøvelse, både før og etter hovedforhandling. Domfellelse etterlater også et moralsk stempel, og et stigma som kan virke som sosial fordømmelse.<sup>35</sup> I tillegg kommer registrering i strafferegisteret og personlige effekter<sup>36</sup> av selve straffen.

Av slike grunner bør strafferetten brukes med en viss forsiktighet, og kriminaliserings spørsmål bør være meget veloverveide – og kanskje mer veloverveide – enn ved lovgivning på andre områder.<sup>37</sup>

### 2.2 Kriminaliseringsprosessen som politisk anliggende

Kriminalisering er i sin natur et politisk anliggende. Selv om kriminalisering kan være resultat av grusomme enkelthendelser, juridisk forskning eller massebevegelser i samfunnet, følger det av Grl. § 75 flg. at det kun er Stortinget som har kompetansen til å vedta og å oppheve lover i Norge. Strafferetten er som all annen lovgivning et resultat av politiske prosesser og kompromisser. Det er gjerne forut for, og under, lovgivningsprosessen at kriminaliseringsprinsippene aktualiseres. Å ta standpunkt til hvilke handlinger som skal kriminaliseres, er derfor etter sin art en i utpreget grad politisk oppgave.<sup>38</sup> Det medfører blant annet at hva som kriminaliseres påvirkes av partipolitisk tilhørighet og ideologi, opinion og media.

---

<sup>32</sup> Andenæs (1994) s. 13.

<sup>33</sup> Kinander (2013).

<sup>34</sup> Se punkt 1.1 andre avsnitt.

<sup>35</sup> Andenæs (1990) s. 181 og Walker (1980) s. 142.

<sup>36</sup> Rettsosialogisk forskning har vist at frihetsberøvelse i form av fengselsopphold medfører risiko for at straffedømtes evne til å tilpasse seg til det lovlydige samfunnet motvirkes av lengre perioder i fengsel.

<sup>37</sup> Implisitt i Andenæs (2004) s. 67.

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 48.

## 2.3 Legalitet og legitimitet i kriminaliseringsdebatten

Staten har monopol på legitim maktbruk, og derfor er det nødvendig i et demokrati å kunne stille visse krav til grunnlaget for maktbruken, slik at den for borgerne framstår som legitim. Av den grunn må det stilles høye krav til kriminaliseringens begrunnelse, slik at straff ikke brukes uten god grunn. Demokratiet og rettsstaten er ingen garanti mot at en majoritet kan undertrykke en minoritet gjennom rettsregler med innhold som av ulike grunner kan oppfattes som vilkårlig kriminalisering, av et mindretall i samfunnet.<sup>39</sup> Derfor er det viktig å kunne kritisere majoritetens avgjørelser, for eksempel ved å argumentere for at et straffebud ligger utenfor kriminaliseringens grenser.

Å anføre at en eller flere normer av høyere rang markerer grenser for strafferettslig regulering, slik at en gitt adferd rent juridisk ikke kan kriminaliseres, kaller jeg legalitetsargumentasjon i kriminaliseringsdebatten. Det kan også kalles for juridisk, rettspolitisk argumentasjon, siden det i realiteten dreier seg om et spørsmål de lege lata, altså om forfatningen tillater slik straffelovgivning. Slike argumenter er ikke hovedfokus for denne avhandlingen, men kapittel 6 tar for seg spørsmålet om man kan bruke et av kriminaliseringsprinsippene – rettsgodeprinsippet, som argument i slik argumentasjon, for den tyske forfatningsdomstolen.

Tanken bak kriminaliseringsprinsippene er at de vil bidra til å markere grenser for kriminalisering, slik at den spesielle strafferetten får et innhold som i størst mulig grad er basert på de verdier og rettsoppfatninger som de fleste av borgerne i et samfunn godtar eller i prinsippet kan si seg enig i.<sup>40</sup> En slik effekt kan kalles strafferettens materielle legitimitet. Med materiell legitimitet sikter jeg til ikke-juridiske betraktninger av rettferdigheten til innholdet i en straffenorm, basert på en gitt oppfatning av hva strafferettens rasjonelle rolle i samfunnet bør være.<sup>41</sup>

Å argumentere rettspolitisk om innholdet i et foreslått eller eksisterende straffebud ut i fra et teoretisk kriminaliseringsprinsipp, kaller jeg materiell legitimitetsargumentasjon. Det er ikke alltid nok at en straffenorm er vedtatt formelt riktig for at den skal aksepteres av borgerne. Også minimumskrav til innholdsmessig rasjonalitet og rettferdighet inngår som grunnleggende forutsetninger for borgernes aksept av rettssystemet.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> F.eks. forbudet mot homofili som eksisterte i Norge fram til 1972.

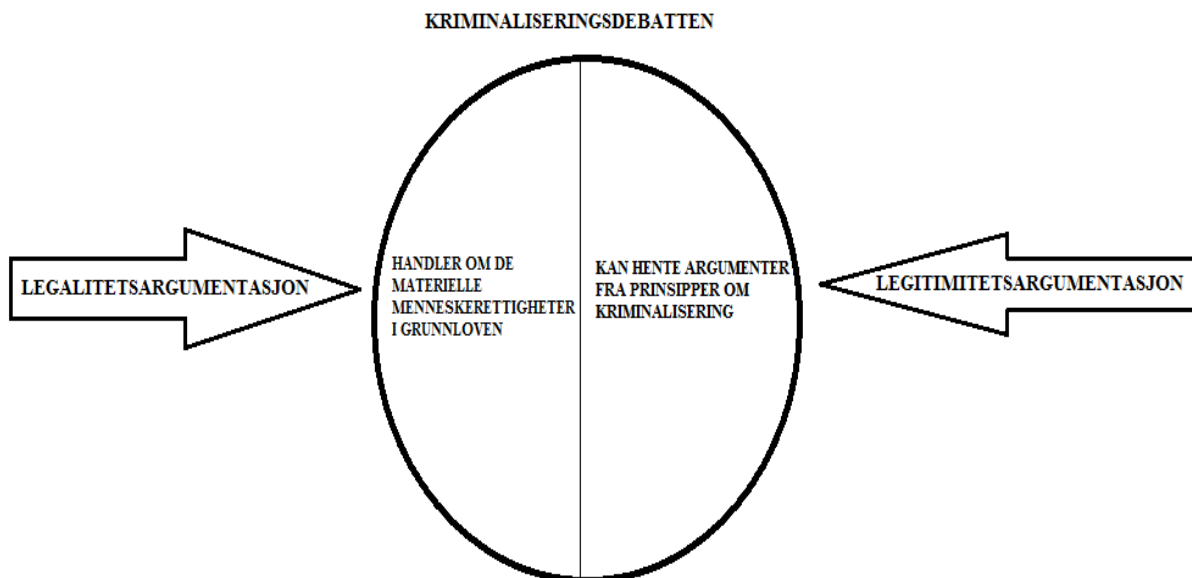
<sup>40</sup> Kinander (2005) s. 18. Kinander kaller dette «legitimitetsprinsippet».

<sup>41</sup> Slik også i Lernestedt (2003) s. 76.

<sup>42</sup> Bernt (1994) s. 28.



Figur 1 viser at selv om en type adferd legalt kan kriminaliseres, behøver kriminaliseringen ikke nødvendigvis være legitim, f.eks. ut i fra forståelsen av et kriminaliseringsprinsipp.



Figur 2 illustrerer at kriminaliseringsargumentasjon kan deles inn i to kategorier, legal- og legitimitetsargumentasjon. Kategoriene kan gli over i hverandre, avhengig av hvordan man tolker de konstitusjonelle materielle begrensende normene (menneskerettighetene) opp mot adferden som eventuelt skal kriminaliseres. Dersom Grunnloven ikke inneholdt subjektive menneskerettigheter, ville streken i midten vært borte. Da kunne lovgiver legalt kriminalisere hvilken som helst type adferd (så lenge legalitetsprinsippets krav var overholdt) og vi ville bare stå igjen med muligheter for legitimitetsargumentasjon i kriminaliseringsdebatten.

## 2.4 Prinsippstyring av norsk kriminalpolitikk<sup>43</sup>

I norsk juridisk litteratur er det skrevet lite om kriminaliseringsprinsipper.<sup>44</sup> Til tross for mangelen på en slik tradisjon, introduserer forarbeidene til straffeloven av 2005 flere

<sup>43</sup> Overskriften til dette punktet er inspirert av Frøberg (2010).

kriminaliseringsprinsipper til norsk kriminalpolitikk. Frøberg peker på at dette er en nyvinning, og viser til en mer pragmatisk tilnærming ved kriminaliseringsspørsmål i Norge i tidligere tider.<sup>45</sup>

Finland og Sverige er eksempler på to andre land som også har tatt til seg prinsipper for å forsøke å styre kriminalpolitikken.<sup>46</sup>

I Ot.prp.nr.90 (2003-2004), skriver Justisdepartementet at skadefølgeprinsippet<sup>47</sup> burde være utgangspunkt og grunnvilkår for kriminalisering i Norge.<sup>48</sup> Dette fikk senere tilslutning av flertallet i Stortingets justiskomite.<sup>49</sup>

Myhrer mener skadefølgeprinsippet er blant de mest spennende og nytenkende sidene ved arbeidet med straffeloven av 2005.<sup>50</sup> I forarbeidene er det omtalt som et av flere «prinsipper for kriminalisering»,<sup>51</sup> samtidig som det understrekes at prinsippet ikke må forstås som en absolutt regel. I proposisjonen understrekes det videre at skadefølgeprinsippet ikke er uttømmende, men bør suppleres med to ytterligere kriterier, eller prinsipper, som sammen med skadefølgeprinsippet (kumulativt), må tilfredsstilles for at kriminalisering skal være berettiget:

*«(1) Straff bør bare brukes dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige. (2) Straff bør bare brukes dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene.»<sup>52</sup>*

De sistnevnte prinsippene kan kalles subsidiaritetsprinsippet og hensiktsmessighetsprinsippet.<sup>53</sup> De behandles kort under punkt 3.3 om negative kriminaliseringsprinsipper. Ingen av de nevnte kriminaliseringsprinsippene er gjort til juridiske forpliktelser for lovgiver i Norge. I så fall burde de vært inntatt i Grunnloven, da Grunnloven er det mest naturlige stedet å innta begrensninger i Stortingets lovmyndighet.

---

<sup>44</sup> Se imidlertid Matningsdal (2015) s. 35-40, Andenæs (2004) s. 74-75 og Frøberg (2010).

<sup>45</sup> Frøberg (2010) s. 46.

<sup>46</sup> Lernestedt (2003) s. 20-21.

<sup>47</sup> Se punkt 3.2.1 og kapittel 4.

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 88.

<sup>49</sup> Innst.O nr.72 (2004-2005) punkt 6.2.

<sup>50</sup> Myhrer (2008) s. 99.

<sup>51</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004), pkt. 7.1.

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 88.

<sup>53</sup> Slik også i Myhrer (2008) s. 103 og Frøberg (2010) s. 39.

## 2.5 Kriminaliseringsprinsippenes (rettskildemessige) status

Prinsipper skal i denne avhandlingens kontekst forstås som uttrykk for juridiske verdier og mål. Et prinsipp er noe annet enn en regel. Prinsipper er videre, mer generelle og befinner seg på et nivå «over» reglene.<sup>54</sup> De kan peke mot en bestemt avgjørelse, men er ikke tvingende i resultatet av avgjørelsen. Prinsipper benyttes for eksempel til å forklare hvordan en regel bør være, eller om regelen i det hele tatt bør eksistere. Slik fungerer kriminaliseringsprinsippene.

Så vidt meg bekjent er hverken skadefølgeprinsippet eller rettsgodeprinsippet inntatt i noe lovverk i verden. Rettskildemessig kan vi plassere prinsippene under kategorien juridisk teori, siden de er utviklet i rettsvitenskapen. Det er imidlertid ikke utenkelig at argumenter som hentes fra prinsippene også kan plasseres i kategorien reelle hensyn.

---

<sup>54</sup> Pershak (2007) s. 35.

### 3 Utvalgte kriminaliseringsprinsipper

#### 3.1 Innledning

Jurister har en presumptivt særlig nærhet til jusen. Det har på den bakgrunn vært hevdet at rettsvitenskapen har et spesielt potensiale til å fungere som kontrollør av lovgiver.<sup>55</sup> I Norge er det tradisjon for å la juridiske akademikere delta i utredningsarbeid, også på strafferettens område.<sup>56</sup> Bernhard Getz (1850-1901) og Johs Andenæs (1912-2003) er kanskje de fremste eksemplene på rettsvitenskapsmenn som både deltok i forarbeid til straffelover i Norge, og var aktive i rettspolitisk debatt.<sup>57</sup>

I vestlig rettsfilosofi har det utkrystallisert seg visse kriminaliseringsprinsipper, som bygger på ulike teoretiske grunnlag. Disse prinsippene prøver å fortelle hva som utgjør en legitim grad av kriminalisering.<sup>58</sup>

Prinsippene kan deles inn i to hovedkategorier: de positive (eller substansielle) og de negative (eller formelle).<sup>59</sup> De positive kriminaliseringsprinsippene forteller oss *hvilken adferd* som bør kunne kriminaliseres, mens de negative kriminaliseringsprinsippene forteller oss *når man bør avstå* fra å kriminalisere, selv om en gitt adferd er ansett som straffverdig nok ut i fra et av de positive kriminaliseringsprinsippene.

Det er de positive kriminaliseringsprinsippene som er hovedfokus for denne avhandlingen. Disse kvalifiserer straffverdigheten av menneskelig adferd som kriminaliseringsmessig eller ikke. For oversiktens skyld, skal jeg i tillegg redegjøre kort for to eksempler på negative kriminaliseringsprinsipper under.

Hensikten med dette kapitlet er å gi en ikke-uttømmende oversikt over hvilke kriminaliseringsprinsipper som bidrar med svar på hvor grensene for kriminalisering bør ligge. Kun prinsippene som er omtalt i punkt 3.2.1 og 3.2.3 skal behandles mer omfattende utover de korte introduksjonene som gis i dette kapitlet.

---

<sup>55</sup> Jacobsen (2012) s. 331.

<sup>56</sup> Ibid s. 43.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> F.eks. Feinberg (1984) sml. Devlin (1959).

<sup>59</sup> Se Pershak (2006) s. 22.



## 3.2 Positive kriminaliseringsprinsipper

### 3.2.1 Skadefølgeprinsippet

Skadefølgeprinsippet («the harm principle»), stammer fra angloamerikansk rettstradisjon. Prinsippet bebuder at det utelukkende er legitimt å kriminalisere adferd som er egnet til å skade, eller skape en fare for skade, på andre. Unnfangelsen av skadefølgeprinsippet tilskrives gjerne den liberalistiske engelske filosofen John Stuart Mill (1806-1873). Prinsippet drøftes utfyllende i denne avhandlingen med utgangspunkt i Mills og den amerikanske rettsfilosofen Joel Feinbergs (1926-2004) respektive «versjoner» av prinsippet, i kapittel 4. Grunnen til at jeg har valgt å vie stor plass til dette prinsippet er den store oppslutningen rundt prinsippet i juridisk teori, men også på grunn av den rollen prinsippet er tilskrevet i norsk kriminalpolitikk.<sup>60</sup>

### 3.2.2 Krenkelsesprinsippet

Ifølge krenkelsesprinsippet er det legitimt å kriminalisere adferd for å unngå alvorlig krenkelse av andre. Under krenkelsesprinsippet er terskelen for å kriminalisere vesentlig lavere enn under skadefølgeprinsippet, da krenkelsesprinsippet ikke krever at andre blir påført noen form for skade. Krenkelsesprinsippet og skadefølgeprinsippet utgjør tilsammen, i følge Feinberg, grensene for hva lovgiver i et liberalt demokrati legitimt kan kriminalisere.<sup>61</sup>

### 3.2.3 Rettsgodeprinsippet

Rettsgodeprinsippet («das Rechtsgutprinzip» eller «die Rechtsguttheorie»), stammer fra tysk rettstradisjon. Prinsippet innebærer at det kun er legitimt å kriminalisere adferd som setter rettsgoder («Rechtsgüter») i fare. Prinsippet bygger på en versjon av teorien om samfunnspakten.<sup>62</sup> Rettsgodeprinsippet behandles i kapittel 5, med utgangspunkt i den tyske strafferettsprofessoren Claus Roxins (1931-) lære.

### 3.2.4 Velferdsprinsippet

Velferdsprinsippet innebærer at det er legitimt å kriminalisere adferd dersom det for samfunnet som helhet vil bidra til økt velferd.<sup>63</sup> Prinsippet bygger på det synspunkt at det i et moderne velferdssamfunn kan være naturlig å forby adferd som vil medføre store

---

<sup>60</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 88.

<sup>61</sup> Persak (2007) s. 13.

<sup>62</sup> Swoboda (2010) s. 25.

<sup>63</sup> Feinberg (1984) s. 27.

påkostninger for andre i samfunnet. Dersom noen f.eks. frivillig ødelegger sitt legeme gjennom kampsport eller narkotika, og trenger helsehjelp, blir det til syvende og sist en belastning for alle skattebetalende borgere, og ikke kun den enkelte som selvforskyldt har skadet seg. Ut i fra velferdsprinsippet lar det seg altså legitimere å forby slik adferd med straff.

### 3.2.5 Rettslig paternalisme

Prinsippet om rettslig paternalisme går ut på at det er legitimt å kriminalisere adferd som kan være skadelig for aktøren selv, men ikke av samme grunner som under velferdsprinsippet. Utgangspunktet for den rettslige paternalismen er tanken om at borgerne i et samfunn overlater ansvaret og kompetansen til å nedkjempe de onder som måtte oppstå i samfunnet, til staten.<sup>64</sup> Dette inkluderer også de onder som individer påfører seg selv.

### 3.2.6 Rettslig moralisme

Med moral kan vi forstå et visst verdisystem som ligger til grunn for menneskers forståelse av hva som er rett og galt. Prinsippet om rettslig moralisme er et kriminaliseringsprinsipp som går ut på at det er legitimt å kriminalisere adferd som et flertall i et samfunn ser på som umoralsk, uavhengig av om adferden er skadelig eller krenkende. I tilfeller der straffebud viser seg utelukkende å være basert på moral, har man de siste tiår sett atskillig diskusjon om hvorvidt slike straffenormer bør oppheves.<sup>65</sup> Det gjelder spesielt på seksualstrafferettens område.<sup>66</sup> Prinsippet var lenge godt etablert blant lovgivere i vestlige land,<sup>67</sup> men er nå i stor grad forlatt, også i Norge.<sup>68</sup>

Etter mitt skjønn er det gode grunner til å være varsom med å kriminalisere ut i fra prinsippene rettslig paternalisme og rettslig moralisme. Disse prinsippene kan virke undertrykkende, da de ikke i tilstrekkelig grad anerkjenner individers autonomi og evne til å velge mellom rett og galt. Prinsippene tillater kriminalisering som etter min mening påtvinger noen borgere andre borgeres oppfatning av hva som er moralsk riktig eller hva som er til det beste for den enkelte.

---

<sup>64</sup> Hobbes (1651).

<sup>65</sup> Straffelovrådet (1953).

<sup>66</sup> Arneson (2013) s. 436.

<sup>67</sup> Nuotio (2010) s. 244.

<sup>68</sup> NOU 2002:4 s. 80.

### 3.3 Negative kriminaliseringsprinsipper

#### 3.3.1 Subsidiaritetsprinsippet

Subsidiaritetsprinsippet sier at kriminalisering av en gitt adferd ikke skal gjennomføres dersom mindre inngripende tiltak enn straff er egnet til å oppnå samme formål som straffen, nemlig å motvirke den uønskede adferden. Eksempler på mindre inngripende tiltak kan være sivile sanksjoner som overtredelsesgebyr<sup>69</sup> eller erstatningsansvar.

Subsidiaritetsprinsippet finner man forankret i enkelte europeiske straffelover (f.eks. Kroatia og Slovenia).<sup>70</sup> I Norge ble prinsippet trukket frem som et av to «tilleggs-kriterier» for kriminalisering, i tillegg til skadefølgeprinsippet, i forarbeidene til straffeloven av 2005.<sup>71</sup> Prinsippet sier ingen ting om hvilken *type* adferd som er straffverdig. Prinsippet er negativt i den forstand at det forteller oss når kriminalisering ikke bør gjennomføres til tross for at adferden f.eks. er ansett som straffverdig ut i fra et av de positive kriminaliseringsprinsippene.

#### 3.3.2 Hensiktsmessighetsprinsippet

Hensiktsmessighetsprinsippet sier heller ingen ting om hvilken *type* adferd som legitimt kan kriminaliseres. Prinsippet forteller oss, slik som subsidiaritetsprinsippet, når en gitt uønsket adferd ikke skal kriminaliseres, selv om det i utgangspunktet er straffverdig nok. Prinsippet går ut på en kost-nytte vurdering der man søker å komme fram til hvor hensiktsmessig det er å kriminalisere. Dette gjør man ved å holde de potensielle skadevirkningene som kriminaliseringen vil føre med seg, opp mot den nytte man forventer å få ut av kriminaliseringen.

---

<sup>69</sup> Se f.eks. lov om politiet § 14 tredje ledd.

<sup>70</sup> Pershak (2007) s. 121.

<sup>71</sup> Se punkt 2.4.

## 4 Skadefølgeprinsippet

*“[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others.”<sup>72</sup>*

### 4.1 Innledning

Sitatet ovenfor kalles ofte «the harm principle» på engelsk.<sup>73</sup> På norsk brukes gjerne betegnelsen «skadefølgeprinsippet».<sup>74</sup> Sitatet er skrevet av John Stuart Mill. Ut i fra sitatet ser man at Mill setter terskelen høyt for at maktbruk rettmessig kan benyttes.

Mills versjon av skadefølgeprinsippet gjelder ikke utelukkende i forbindelse med straff. Ei heller er staten eller noen spesifikk aktør adressat for prinsippet. Sitatet gir uttrykk for en grense for frihet og et slags vilkår for maktbruk generelt, jf. ordlyden «power». Med frihet mente Mill frihet for individer til å forfølge sitt eget beste på sin egen måte, uten innblanding fra andre.<sup>75</sup> Det mente han ville lede til mest mulig lykke for flest mulig mennesker.<sup>76</sup>

Sitatet fra Mill er i senere tid videreutviklet, særlig i angloamerikansk rettsvitenskap.<sup>77</sup> Slik jeg ser det, har den amerikanske rettsfilosofen Joel Feinberg stått for den største utviklingen av skadefølgeprinsippet siden Mill. Feinberg forfekter et noe «svakere» skadefølgeprinsipp enn Mill, og definerer det slik:

*“[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is no other means that is equally effective at no greater cost to other values.”<sup>78</sup>*

Ut i fra sitatet ser vi at Feinberg har “spisset” Mills prinsipp, ved at konteksten kun er strafferettslig regulering (“penal legislation”) og ikke maktbruk generelt. Dermed følger den andre forskjellen mellom Mill og Feinberg implisitt, da det kun er lovgiver som er adressat for Feinbergs prinsipp. Teorien til Feinberg går ut på at dersom lovgiver bare kriminaliserer adferd som er egnet til å skade andre, eller skape fare for skade på andre, vil det lede til størst

---

<sup>72</sup> Mill (1869), kapittel 1, avsnitt. 9.

<sup>73</sup> Feinberg (1984) s. 187.

<sup>74</sup> NOU 1985:19 s. 28.

<sup>75</sup> Mill (1869) s. 200.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> F.eks. i Feinberg (1984).

<sup>78</sup> Feinberg (1988) s. 19.

mulig frihet for borgerne i samfunnet. Vi kan si at Feinbergs skadefølgeprinsipp legger opp til en «defensiv» strafferett.<sup>79</sup>

Formålet med skadefølgeprinsippet er å markere grenser for hva som bør underkastes strafferettslig regulering. Hensynene som begrunner skadefølgeprinsippet er individets handlefrihet, og at straffens konsekvenser tilsier at strafferetten bør være rasjonell og human.<sup>80</sup>

Siden skadefølgeprinsippet sier noe om hvilken type adferd som bør kunne kriminaliseres, kan vi kalle det for et positivt avgrensende kriminaliseringsprinsipp.<sup>81</sup>

I dette kapitlet vil jeg ta for meg ulike elementer i skadefølgeprinsippet slik det er forstått i juridisk teori fra forskjellige land, belyst med konkrete eksempler fra norsk strafferett. For enkelte eksemplers vedkommende vil jeg foreta vurdere om straffebudene som nevnes er i strid eller i overenstemmelse med prinsippet. Fremstillingen pretenderer ikke å være uttømmende, da skadefølgeprinsippets elementer kan konstrueres og framstilles på ulikt vis. I tillegg til drøftelser om det positive innholdet i skadefølgeprinsippets skadebegrep, vil jeg også se på begrepets negative side, da jeg mener man kan utlede mye fra prinsippet ved å se på hva det ikke omfatter. Underveis vil jeg foreta normative vurderinger om skadefølgeprinsippets evne til å markere tydelige grenser for kriminalisering, basert på innvendinger mot prinsippet.

Der begrepet «skaderisiko» blir brukt i denne avhandlingen, skal det forstås slik at det omfatter både positiv skade, og fare for skade.

## **4.2 Skadefølgeprinsippets «vilkår» for kriminalisering**

Skadefølgeprinsippet er konsekvensorientert, da prinsippet setter effekten av adferd, altså skaden, i fokus. Jeg tolker sitatet fra Mill slik at det gir uttrykk for noe i nærheten av vilkår for kriminalisering. Slikt sett kan vi identifisere to alternative «grunnvilkår» og ett «tilleggsvilkår». Dersom et av de alternative vilkårene i tillegg til tilleggsvilkåret er oppfylt, foreligger det kriminalitetslegitimerende skade i skadefølgeprinsippets forstand.

De to alternative grunnvilkårene følger av ordlyden «prevent harm», i Mills sitat. Adferden som eventuelt skal kriminaliseres må enten positivt føre til skade, eller så må den skape en

---

<sup>79</sup> Se Lernestedt (2003) s. 92-93.

<sup>80</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 89.

<sup>81</sup> Slik også i Persak (2007) s. 22.

viss fare for skade. Tilleggsvilkåret krever at det som skades eller settes i fare for å skades ikke kan være skadevolder selv, jf. ordlyden «others».

### 4.3 Bevisbyrden for skaderisiko

I Feinbergs «moderne» skadefølgeprinsipp er staten adressat.<sup>82</sup> Den lovgivende makt setter rammene for statens maktbruk, blant annet i form av straffelovgivning. Ifølge skadefølgeprinsippet, er den som ønsker å kriminalisere nødt til å identifisere hvordan en viss adferd medfører skaderisiko for andre, for at kriminaliseringen kan ases legitim. Grunnen er at kriminalisering innskrenker den lovlige handlefriheten, et gode som bare bør innskrenkes med legitimt grunnlag. I tillegg kommer de belastninger som domfellelse og straff medfører.<sup>83</sup>

Slik Norges justisdepartement uttrykker det, kan man si at lovgiver har bevisbyrden for å sannsynliggjøre at en viss adferd er skadelig.<sup>84</sup> Som konkret eksempel kan nevnes et av forarbeidene til strl. § 202a, om kjøp av seksuelle tjenester:

*«I Regjeringens handlingsplan mot menneskehandel (2006-2009), som ble lagt frem i desember 2006, er et av tiltakene å gjennomgå lovgivningen som rammer menneskehandel, for å vurdere behov for eventuelle endringer [...] herunder vurdere om kjøp av seksuelle tjenester skal kriminaliseres.»<sup>85</sup>*

I følge skadefølgeprinsippet måtte altså lovgiver bevise at det er en viss kausalitet<sup>86</sup> mellom kjøp av sex og en form for skade, i dette tilfellet menneskehandel. Slik utgangspunktet i strafferetten er at rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode, kan man si at tvil om skadevirkninger skal komme borgerne til gode ved at man presumerer adferd som ikke skadelig, til det motsatte er bevist, av den som ønsker å kriminalisere.

Et av skadefølgeprinsippets problemer er at det ikke angir hvor strengt beviskravet for den som ønsker å kriminalisere er. Beviskravet bør etter min mening være strengt, men relativt. Desto hardere sanksjon man ønsker å innføre mot en viss adferd, jo strengere bør beviskravet være, av hensyn til de negative effektene kriminaliseringen medfører.<sup>87</sup> Å oppstille klare grenser for et slags beviskrav, altså hvor sannsynliggjort en skaderisiko må være for å

---

<sup>82</sup> Se punkt 4.1.

<sup>83</sup> Se punkt 2.1 andre avsnitt.

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt. 7.5.2.8. Begrepet «bevisbyrde» innebærer i denne sammenheng ingen rettslig forpliktelse. Slik også Baker (2011) s. 14.

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.48 (2007-2008) s. 1-2.

<sup>86</sup> Se punkt 1.1.4 om kausalitetskravet.

<sup>87</sup> Se punkt 2.1.

legitimere kriminalisering under skadefølgeprinsippet lar seg, etter mitt skjønn, ikke gjøre. En mulig retningslinje kan kanskje være et krav om en «uakseptabel» skaderisiko.<sup>88</sup> Derimot er det meget subjektivt hva som utgjør en «uakseptabel» risiko, så det er usikkert hvor nyttig en slik retningslinje er i praksis.

Argumenter om skaderisiko bør være støttet av empirisk grunnlag.<sup>89</sup> Poenget er at straff bare bør brukes dersom tungtveiende grunner taler for det. Ved mangel på empirisk grunnlag for skaderisiko, vil presumpsjonen etter skadefølgeprinsippet være at man ikke skal gå videre med å kriminalisere. Et krav om empiri er etter min mening helt nødvendig. Da kan man motvirke at spekulasjoner og antakelser blir grunnlag for kriminalisering. Det vil kunne øke strafferettens legitimitet.

#### **4.4 Skadebegrepets positive side**

Spørsmålet i det følgende er hva som positivt ligger i begrepet “skade” og hva som eventuelt må utsettes for skaderisiko for å kunne ty til kriminalisering i lys av skadefølgeprinsippet. Disse spørsmålene er man nødt til å avklare dersom skadefølgeprinsippet skal kunne benyttes som en grense for kriminalisering. Mill gir ikke noe klart svar på hva han regner som skade. I dagligtalen er skade kanskje noe man først og fremst assosierer med fysisk, eller materiell skade. I slike tilfeller er det uproblematisk å bruke skadefølgeprinsippet.

Ordet skade kan etter en alminnelig språklig forståelse defineres som ødeleggelse, feil, eller mangel. En slik definisjon ville vesentlig begrense anvendelsesområdet til strafferetten dersom den ble lagt til grunn for skadefølgeprinsippet. Det ville gjøre det vanskeligere å legitimere kriminalisering av handlinger som tyveri, siden tyveri ikke behøver å innebære noen ødeleggelse, feil eller mangel. Derfor må skadebegrepet beskrives annerledes.

Ordet skade er etter min mening meget vagt og kan defineres på en rekke forskjellige måter. Det er hovedgrunnen til at skadefølgeprinsippet kan være meget vanskelig å benytte seg av som en grense for kriminalisering. En konsekvens av dette kan være at hvilken som helst adferd kriminaliseres, så lenge adferden medfører effekter som kan passe inn i en eller annen definisjon av skade. I tillegg angir ikke skadefølgeprinsippet noen prioritering av ulike skaders straffverdighet. Disse grunnene er utgangspunktet for det Harcourt betegner som skadefølgeprinsippet «kollaps», som ifølge ham, gjør prinsippet ubrukelig i praksis.<sup>90</sup> Jeg er enig i store deler av Harcourts kritikk, men vil fremholde at ved tilfeller av klare, objektive og

---

<sup>88</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt. 7.5.2.8.

<sup>89</sup> Slik også i Simester & von Hirsch (2014) s. 36 og Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt. 7.5.2.8.

<sup>90</sup> Harcourt (1999).

materialiserte skader på fysiske interesser, er skadefølgeprinsippet egnet til markere tydelige grenser for kriminalisering.

Feinberg definerer skade som «the thwarting, setting back, or defeating of an interest».<sup>91</sup> Jeg tolker Feinbergs definisjon slik at skaden oppstår dersom en interesse motvirkes slik at den etterlates i en verre tilstand enn før den ble utsatt for en gitt adferd. Problemet med Feinbergs definisjon er at han ikke gir en klar definisjon av hva en interesse er, ei heller hvilke interesser som må skades før det kvalifiserer som en skade i skadefølgeprinsippets forstand.

Simester og von Hirsch har forsøkt å bygge videre på Feinbergs teorier, ved å formulere noen karakteristikk av hva som utgjør en interesse.<sup>92</sup> Fellestrekk er blant annet at interesser, i skadefølgeprinsippets forstand, ofte er en form for ressurs (løsøre, fast eiendom, helse), som eieren har et legitimt eiendomskrav på, og som er egnet til å bidra til en fri personlig utvikling og velvære, eller autonomi for eieren. Biltyven har intet berettiget eiendomskrav på den stjålne bilen, dermed kan man si at det faller utenfor skadefølgeprinsippets skadebegrep dersom den rette eier ved selvtækt tilegner seg bilen tilbake.<sup>93</sup>

Videre er interesser i denne sammenheng gjerne håndgripelige (f.eks. kjøretøy) eller uhåndgripelige (f.eks. en aksje), og de kan forenkle tilgangen på andre interesser.<sup>94</sup> God helse er et eksempel på en interesse som kan legge til rette for andre interesser (f.eks. evnen til fysisk utfoldelse). Videre vedvarer interessene ofte over tid, de har den effekten at de kan påvirke kvaliteten av en persons liv, og de har objektive dimensjoner (kan ikke være en tanke, drøm eller ide).<sup>95</sup>

Men hva er et legitimt eiendomskrav? Simester og von Hirsch går langt i å redegjøre for særpreg ved hva som kan utgjøre en interesse, mens det «legitime» eiendomskrav gjenstår relativt ubelyst.<sup>96</sup> Denne onde sirkelen, med definisjoner på definisjoner med tilhørende eksempler helt til man ikke kommer lenger med den språklige analysen er et av hovedproblemene til skadefølgeprinsippet. Konseptet forblir i visse henseende upresist.

Feinbergs skadebegrep inneholder en viktig reservasjon. I følge ham er det bare urettmessige skader som utgjør skade i skadefølgeprinsippets forstand.<sup>97</sup> På dette punkt er også Feinbergs

---

<sup>91</sup> Feinberg (1984) s. 33.

<sup>92</sup> Simester & von Hirsch (2014) s. 37.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Feinberg (1984) s. 105.



skadeprinsipp snevrere enn Mills, som kun viser til «harm». Med urettmessig mener Feinberg moralsk uforvarlig.<sup>98</sup> Urettmessighet fordrer at man kan spore adferden tilbake til et rettssubjekt (fysiske eller juridiske personer), da det kun er rettssubjekter som har evnen til å opptre moralsk/umoralsk.

Feinberg anskueliggjør ikke hvilken moral som skal legges til grunn for å karakterisere en skade som urettmessig. Han skriver videre at urettmessighet innebærer mangel på tilstrekkelig begrunnelse eller unnskyldning.<sup>99</sup> Disse kriteriene er etter min mening så vage og subjektive at muligheten til å trekke prinsipielle skiller mellom berettiget og uberettiget skade svekkes, noe som også svekker skadefølgeprinsippets evne til å markere tydelige grenser for kriminalisering. Hva som er uberettiget for en, kan være berettiget for en annen, og visa versa.

På den annen side er kriteriet «urettmessig» nødvendig for å få en viss logikk ut av bruken av «skade» som det vesentlige for kriminaliseringsvurderingen, da langt i fra alle skader (f.eks. naturfenomener og hendelige uhell) egner seg for kriminalisering.

Lynet som slår ned i en strømmast som så faller og forårsaker brann i en bolig skaper utvilsomt en skade, men ikke skade i skadefølgeprinsippets forstand. Skaden er ikke forårsaket av et rettssubjekt, men av naturen. Dermed er det ikke snakk om noen urettmessig skade. Skadefølgeprinsippets skadebegrep er altså nødt til å være snevrere enn det som følger av en alminnelig språklig forståelse, for å oppnå en viss grad av anvendelighet. Skaden kan bestå i et knust bilvindu, en bankkonto tappet for penger, eller traumene etter en voldtekt. I kjernen av skadefølgeprinsippets definisjon av skade havner, etter min mening, adferd som skaper en ugunstig effekt på noe substansielt i en annen persons liv, forårsaket av et rettssubjekt.

Det følger av Feinbergs syn at det ikke er den gale eller urettmessige handling som sådan som begrunner kriminalisering, men heller den *effekten* handlingen har på en persons liv, ved at skaden skjer.<sup>100</sup> Det knuste vindu i bilen innebærer blant annet at det blir lettere å bryte seg inn og stjele den, en bankkonto som blir tappet kan føre til at eieren ikke kan betale for mat eller regninger, og en voldtekt kan være smertefull og krenkende. Felles for disse effektene er at de reduserer en persons mulighet til livsutfoldelse og autonomi.

Hverken Mills eller Feinbergs skadebegrep utelukker psykologisk skade, da de begge refererer til skade generelt («harm»). Med psykologisk skade kan vi forstå skade på psyken som følge av en form for påvirkning eller traume. Psykologisk skade er en meget vanskelig

---

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Simester & von Hirsch (2014) s. 36.

målbar størrelse. Det utgjør nok et moment som senker skadefølgeprinsippets egnethet til å markere tydelige grenser for kriminalisering.

På den ene side kan man nok argumentere for at fornærmelser, ikke-fysiske krenkelser eller lettere mentale påkjenninger kan utgjøre psykologiske skader. Pornografi blir undertiden karakterisert som skadelig.<sup>101</sup> Hva noen karakteriserer som psykologisk skadelig, kan for andre bare fremstå som støtende eller ubehagelig, mens andre igjen ikke deler noen av karakteristikkene. Hva som er psykologisk skadelig varierer fra person til person, og fra tid til tid.<sup>102</sup>

Strl. § 204 alternativ c), om å overlate pornografi til personer under 18 år kan vurderes ut i fra konseptet psykologisk skade. Tradisjonelt er det antatt at barn tar skade av å se pornografiske skildringer. Sett fra skadefølgeprinsippet er dermed adferd som beskrevet i § 204 alternativ c) legitimt kriminalisert. Nyere forskning antyder derimot at pornografi ikke leder til langvarig skade hos barn.<sup>103</sup> Ut i fra skadefølgeprinsippet kan det dermed argumenteres for at § 204 alternativ c) muligens kan oppheves, da empiri bør være grunnlaget for skadevurderingene.

Det har vært hevdet at en psykologisk skade ikke oppstår før noens personlige evner til å håndtere viktige livshendelser, situasjoner og påkjenninger, er svekket.<sup>104</sup> Det kan for eksempel være gjennom alvorlig traumatisering som fører til store vanskeligheter med å fungere i arbeid eller i sosiale forhold.<sup>105</sup> Med en slik forståelse er fornærmelser og lettere krenkelser utelukket som grunnlag for kriminalisering ifølge skadefølgeprinsippet. Jeg heller mot at en slik definisjon av psykologisk skade bør kreves under skadefølgeprinsippet, av hensyn til å opprettholde mest mulig autonomi for mennesker i samfunnet. Siden psykologisk skade vanskelig lar seg måle, bør terskelen være høy for å kriminalisere på et slikt grunnlag, jf. de ugunstige virkningene som kriminalisering kan føre med seg.<sup>106</sup>

#### **4.5 Skadebegrepets negative side**

For å avklare i større detalj hvilke grenser for kriminalisering som følger av skadefølgeprinsippet, skal jeg nå ta for meg konsekvensene av å følge prinsippet, ut i fra en negativ forståelse av prinsippets skadebegrep. Denne delen belyses med konkrete eksempler fra norsk strafferett. Fremstillingen av disse konsekvensene er ikke ment til å være uttømmende. Det erkjennes også at flere av konsekvensene kan være overlappende.

---

<sup>101</sup> Harcourt (1999) s. 111.

<sup>102</sup> Hörnle (2006) s. 12.

<sup>103</sup> <http://forskning.no/barn-og-ungdom-mobbing-informasjonteknologi/2012/04/barn-brukes-som-unnskyldning-nettsensur>

<sup>104</sup> von Hirsch & Simester (2006) s. 3

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Se punkt 2.1 andre avsnitt.

Den første negative konsekvensen av å følge skadefølgeprinsippet er at adferd som ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade på andre, ikke bør kriminaliseres.<sup>107</sup> Det er hovedkonsekvensen av skadefølgeprinsippet. Foreligger det ingen skaderisiko, skal kriminalisering ikke skje. Et eksempel på et norsk straffebud som kan tenkes å falle innenfor denne kategorien er straffeloven av 2005 § 268 (1) om uberettiget adgang. Bestemmelsen erstatter blant annet strl. § 147 om innbrudd. Den straffbare handlingen i § 268 (1) består i uberettiget å ta seg inn i en annens hus som ikke er fritt tilgjengelig. Det kreves ingen maktanstrengelse slik som i strl. § 147. Matningsdal mener lovgiver har gått for langt i å kriminalisere på dette området da forbudet også gjør det straffbart å gå inn i en ulåst privat leilighet.<sup>108</sup> Etter mitt synspunkt er det vanskelig å identifisere en konkret skaderisiko som følger av slik adferd.

I høringsbrevet fra Justisdepartementet om kriminalisering av såkalt «organisert» eller «generell» tigging fra januar 2015, fremgår blant annet at «det [er] sett hen til at en tiggehandling isolert sett ikke er et alvorlig forhold eller har potensielle store skadevirkninger».<sup>109</sup> Dermed kan man ut i fra skadefølgeprinsippet rimelig klart besvare spørsmålet om tigging bør kriminaliseres eller ei.

Skadefølgeprinsippet legitimerer ikke kriminalisering av adferd som kun håndhever moralske-, sosiale- eller religiøse normer,<sup>110</sup> da brudd på slike normer ikke innebærer skade i skadefølgeprinsippets forstand. Det er den andre negative konsekvensen av skadefølgeprinsippet. Et forbud som etter min mening kan drøftes under en slik synsvinkel er strl. § 198, om incest mellom søsken.

Forbudet mot incest mellom søsken i straffeloven av 1902 rammer kun samleie. Den objektive skaderisiko man kan utlede av et gjennomført samleie mellom samtykkende søsken er at det kan føre til skade på et eventuelt foster (såkalte arvebiologiske hensyn)<sup>111</sup>. Forbudet gjelder imidlertid også for myndige, søsken som bruker prevensjon, der det ikke foreligger tvang eller annen utilbørlig påvirkning. For slike tilfellers vedkommende kan jeg vanskelig se for meg hva som utgjør skade i skadefølgeprinsippets forstand. Etter min forståelse av skadefølgeprinsippet, ville kun frivillig *ubeskyttet* samleie mellom søsken kunne legitimere kriminalisering, da det kun er da man står i en reell fare for å unnfange et foster med skader.

---

<sup>107</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt. 7.5.2.2.

<sup>108</sup> Matningsdal (2015) s. 122.

<sup>109</sup> <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/hoering-forbud-mot-organisert-tigging/id2362547/> s. 11.

<sup>110</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt. 7.5.2.3.

<sup>111</sup> Ot.prp.nr.28 (1999-2000) s. 79.

En studie som analyserte flere titalls befolkningsgrupper i flere verdensdeler konkluderte for øvrig med at sannsynligheten for genetiske anomalier hos barn som er resultat av incestuøse forhold er 1.7–2.8 % høyere enn hos andre fostre, og at sannsynligheten for sykdommer i tidlig levealder var 7-31 % høyere.<sup>112</sup>

Straffelovkommisjonen var av den oppfatning at det er tilstrekkelig at samleie rammes av et forbud, også i den nye straffeloven.<sup>113</sup> Straffebudet videreføres til straffeloven av 2005 § 313, men straffansvaret utvides til å gjelde all seksuell omgang, ikke bare samleie. Denne utvidelsen ble gjennomført uten at forholdet til skadefølgeprinsippet ble drøftet. Dersom det virkelig er arvebiologiske hensyn som begrunner forbudet mot incest mellom søsken er det et klart avvik fra skadefølgeprinsippet at all seksuell omgang omfattes, da det ikke er mulig å unnfange et foster uten å gjennomføre samleie. Dette indikerer at forbudet er begrunnet med en tanke om hva som er usømmelig seksuelliv,<sup>114</sup> som er en utpreget moraloppfatning. Derfor må det med rimelighet kunne konkluderes med at straffebudet mot søskenincest, i hvert fall slik det er utformet i straffeloven av 2005, er motivert av moral og havner utenfor hva skadefølgeprinsippet tillater.

Er det egentlig mulig å skille mellom skade og moral? Frøberg hevder at et benektende svar må være nærliggende, under henvisning til at det å karakterisere noe som en «skade», alltid er et utslag av et normativt (moralsk) valg.<sup>115</sup> Å ta livet av noen i nødverge er under gitte omstendigheter ikke straffbart, fordi man har bestemt at hensynet til den som forsvarer sitt eget liv er viktigere enn den skade som påføres personen som uberettiget angriper en annen. Om noe er en skade eller ikke, må til slutt avgjøres av en verdidom, som er utslag av en moralsk oppfatning. Dette er nok en svakhet ved skadefølgeprinsippets evne til å markere tydelige grenser for kriminalisering, da det på et konseptuelt plan nok er vanskelig å finne et objektivt skille mellom skade og moral.

Den tredje negative konsekvensen av skadefølgeprinsippets skadebegrep er at adferd som kun medfører ulike former for fysisk eller psykisk ubehag, ikke bør kriminaliseres dersom ubehaget ikke medfører noen skade.<sup>116</sup> Skadefølgeprinsippet krever et visst nivå av negative virkninger før adferd kan møtes med straff. Dette gjelder både fysiske og psykiske virkninger.

Et eksempel på adferd som kan skape ubehag, er blotting (strl. § 201). Bestemmelsen om blotting videreføres til den nye straffeloven.<sup>117</sup> Etter mitt skjønn tilsier skadefølgeprinsippet at blotting ikke legitimt kan kriminaliseres utenfor de tilfeller hvor blottingen er egnet til å skape frykt for seksuelt overgrep eller annen psykologisk skade. Det er utvilsomt vanskelig å skille mellom slike tilfeller, noe som muligens antyder at det trengs en annen begrunnelse enn skadefølgeprinsippet, dersom slik adferd skal kriminaliseres.

---

<sup>112</sup> Albrecht & Sieber (2009) s. 113.

<sup>113</sup> NOU 2002:4 s. 363.

<sup>114</sup> Frøberg (2010) s. 59.

<sup>115</sup> Ibid s. 56.

<sup>116</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt. 7.5.2.4.

<sup>117</sup> Straffeloven av 2005 §§ 298 og 305.

Et annet eksempel på adferd som kan skape ubehag, men ikke nødvendigvis skade, er ærekrenkelser (strl. §§ 246 og 247). Slik jeg ser det, når ærekrenkelser ikke terskelen for legitim kriminalisering under skadefølgeprinsippet, med mindre ærekrenkelsen medfører en form for skade. Det mest nærliggende ville trolig være en form for psykologisk skade. Forbudet mot ærekrenkelser videreføres ikke til den nye straffeloven, noe som etter min forståelse av skadefølgeprinsippet er riktig. Departementet viste for øvrig til skadefølgeprinsippet som begrunnelse ved den avgjørelsen.<sup>118</sup>

Den fjerde konsekvensen omhandler selvskader og skader som man har samtykket til.<sup>119</sup> Tilleggsvilkåret i skadefølgeprinsippet er at skaderisikoen går ut over andre enn skadevolder selv.<sup>120</sup> Å kriminalisere klare tilfeller av selvskade omtales tidvis som paternalistisk,<sup>121</sup> noe skadefølgeprinsippet ikke tillater. Feinberg avviser rettslig paternalisme som grunnlag for kriminalisering fordi han mener det invaderer den enkeltes personlige autonomi.<sup>122</sup>

Et annet eksempel som kan diskuteres under kategorien selvskade er forbudet mot bruk og besittelse av narkotika. Slik adferd er straffbart i Norge (Lov om legemidler mv. § 31 (2)). Det gjelder også besittelse til eget konsum. På den ene side kan man si at slik adferd kun skader den som inntar narkotikaen selv, noe som ikke kvalifiserer til kriminalisering under skadefølgeprinsippet. På den annen side kan man si at samfunnet som et hele kan ta skade hvis mange nok bruker narkotika («skade på folkehelsen»). Det medfører også store utgifter for velferdsstaten å ta vare på folk som trenger helsehjelp og andre ytelser på grunn av skader som følge av narkotika.<sup>123</sup>

I forbindelse med arbeidet med ny straffelov, var Straffelovkommisjonen internt uenig om hvilken konklusjon skadefølgeprinsippet tilsa i spørsmålet om bruk og besittelse av narkotika.<sup>124</sup> Flertallet gikk inn for avkriminalisering.<sup>125</sup> Departementet mente derimot at flertallet i kommisjonen hadde anlagt et for snevert skadefølgeprinsipp ved at flertallet kun hadde tatt hensyn til de direkte skadene ved narkotikabruk på brukeren selv, og ikke de medfølgende virkninger overfor familie, sosialt miljø, samfunnets økonomi og den generelle

---

<sup>118</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 165.

<sup>119</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt. 7.5.2.5.

<sup>120</sup> Se punkt 4.8.

<sup>121</sup> Feinberg (1984) s. 115.

<sup>122</sup> Feinberg (1988) s. 27.

<sup>123</sup> Dette grunnlaget ville legitimert kriminalisering under velferdsprinsippet, se punkt 3.2.4.

<sup>124</sup> NOU 2002:4 s. 80-81.

<sup>125</sup> Ibid.

trygghet.<sup>126</sup> Derfor mente departementet at skadefølgeprinsippet tilsa at bruk og besittelse av narkotika fortsatt bør være straffbart.

Etter mitt skjønn har departementet lagt til grunn et for vidt skadefølgeprinsipp i spørsmålet om bruk og besittelse av narkotika. Eksemplet illustrerer den største faren ved skadefølgeprinsippet. Departementet strakk på skadebegrepet slik at det omfattet former for «kollektiv» eller «avledet» skade, slik at kriminalisering fortsatt kunne legitimeres. Dersom man ikke operer med klare grenser for hva slags skade som prinsippet omfatter, vil det kunne åpne for uante mengder kriminalisering. Skadefølgeprinsippet i sin tradisjonelle form, er til for å beskytte individers frihet, ikke velferdsstaten, folkehelsen, eller andre abstrakte begreper. Dersom noen som bruker narkotika påfører konkrete skadevirkninger på tredjepersoner er det den konkrete skadevoldende adferden som bør kriminaliseres, det være seg tyveri av penger for å kjøpe rusmidler, eller voldsutøvelse.

Derfor mener jeg at skadefølgeprinsippet tilsier at bruk og besittelse av narkotika til eget konsum bør være straffritt. Dersom fortsatt kriminalisering av slik adferd skal kunne legitimeres, bør det i så fall ikke begrunnes med skadefølgeprinsippet.

#### **4.6 Kausalitet mellom adferd og skade**

Ved tilfeller av positiv skade bør skaden være en konstituerende del av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.<sup>127</sup> Ved legemsbeskadigelse (strl. § 229) oppstår skaden i det man «skader en anden paa Legeme». Dette er den ordinære formen for å kriminalisere en skadevoldende handling i samsvar med skadefølgeprinsippet.

Noen straffebud omfatter handlinger som i seg selv ikke er skadevoldende. Den objektive gjerningsbeskrivelsen beskriver ikke alltid en skadevoldende handling. Noen straffebud omhandler adferd som kun *kan* medføre et skadepotensiale, med kortere eller lenger avstand til en materialisert skade. Dette kan vi kalle kriminalisering av potensiell skade, og må drøftes under «grunnvilkåret» «fare for skade».<sup>128</sup>

I norsk strafferett finnes det mange eksempler på kriminalisering av potensiell skade: forbudet mot å bære kniv på offentlig sted (strl. § 352 a), føring av motorvogn under beruselse (vegtrafikkloven (vtrl.) § 22), føring av motorvogn raskere enn fartsgrensen (vtrl. § 31), og inngåelse av terrorforbund (strl. § 147 a (5)), er noen av dem. Disse handlingene skaper i seg

---

<sup>126</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 93.

<sup>127</sup> Simester & von Hirsch (2014) s. 43.

<sup>128</sup> Se punkt 4.2.

selv ingen skade, men lovgiver i Norge har like vel sett seg nødt til å kriminalisere slik adferd, på grunn av den skaderisiko som slik adferd medfører.

Skadefølgeprinsippet tillater også kriminalisering der det bare foreligger fare for skade, jf. ordlyden «preventing [...] harm», i Feinbergs definisjon.<sup>129</sup> Prinsippet krever at det foreligger en risiko for at positiv skade eventuelt kan oppstå som følge av en viss adferd, selv om skaden ennå ikke har materialisert seg. Dette kan vi kalle et krav om årsakssammenheng eller kausalitet. Det er grunnen til at skadefølgeprinsippet tillater kriminalisering av visse typer forsøks- og medvirkningshandlinger. Kriminalisering av forberedelseshandlinger er imidlertid vanskeligere å legitimere under skadefølgeprinsippet, fordi avstanden til den fullbyrdede skade er lenger enn for eksempel ved forsøk.

Siden skadefølgeprinsippet tillater kriminalisering av adferd med potensiell skadefølge er det en fare for at prinsippet kan bli så fleksibelt at det vil virke mot sin hensikt ved at nær sagt all adferd kan kriminaliseres, så lenge det kan knyttes til en eller annen fjern eller nær skaderisiko. Prinsippet inneholder ikke noen klar avgrensning av hva som oppfyller vilkåret om «fare for skade». Dette utgjør etter min mening en klar svakhet, som avdemper prinsippets egnethet til å markere tydelige grenser for kriminalisering, i tilfeller uten klar positiv skadefølge. For å unngå at prinsippet blir uthult er man dermed nødt til å velge et visst nivå av kausalitet som en standard for når vilkåret skal anses oppfylt. Skadefølgeprinsippet må altså suppleres dersom det skal kunne benyttes etter sin hensikt.

Den mest anerkjente teorien om kausalitet for å tillate kriminalisering av adferd med potensiell skadefølge, er teorien om adekvat årsakssammenheng.<sup>130</sup> Teorien sier at det bare er de faktorer som etter et normalt hendelsesforløp, vanligvis skaper en viss følge, som med rette kan kalles årsak. En annen måte å uttrykke det på er faktorer som har en «generell tendens» til å lede til en viss konsekvens.<sup>131</sup> Fra norsk straff- og erstatningsrett er det vanlig å uttrykke læren negativt, dvs. at følgen ikke kan være en for indirekte eller atypisk konsekvens, av en viss hendelse.<sup>132</sup>

Dersom vi legger til grunn teorien om adekvat årsakssammenheng kan vi forsøke å vurdere straffebud som kriminaliserer potensiell skade ut i fra skadefølgeprinsippet. For meg virker det fjerntliggende å legge til grunn at handlinger som bæring av kniv på offentlig sted uten intensjon om å bruke kniven til å skade eller true noen (strl. § 352a) innebærer «fare for skade». Det er klart at det å ha kniv på kroppen medfører en viss risiko for at den blir brukt til

---

<sup>129</sup> Se punkt 4.1.

<sup>130</sup> Pershak (2007) s. 43.

<sup>131</sup> Roxin (2006) s. 368.

<sup>132</sup> F.eks. i Rt. 2014 s. 1134 premiss 52.

å skade noen, men slik skade kan ikke med rimelighet karakteriseres som en konsekvens som er en *generell* tendens, eller en tendens som vanligvis følger, av at noen bærer en kniv. Etter min mening er det tvilsomt om kriminalisering av besittelse av farlige redskap som kniv, uten intensjon om å bruke det, oppfyller vilkåret om «fare for skade». Grunnen er at skaderisikoen er så usikker.

Nok et eksempel på kriminalisering av potensiell skade er forbudet mot basehopping, jf. lov om forbud mot fallskjermhopping mv. innenfor visse fjellområder av 1987, § 2. Det står i lovens § 1, at «Formålet med denne lov er å begrense fallskjermhopping som medfører stor risiko for ulykker og utsetter redningsmannskapers liv for fare.» Her har vi altså et eksempel på at gjerningsmannens handling er kriminalisert fordi den kan skape skade på hopperen selv (jf. ordlyden «risiko for ulykker»), i tillegg til at den skaper risiko for skade på andre. Den første begrunnelsen er ikke legitim under skadefølgeprinsippet, da det kun er skade på andre som legitimerer kriminalisering.<sup>133</sup>

I Norge plikter det offentlige å hjelpe folk i nød, gjennom redningstjenesten.<sup>134</sup> Derfor utgjør hoppet i seg selv en viss risiko for skade på andre, dersom redningsmannskapet er nødt til å rykke ut i risikable områder. Med kravet om adekvat årsakssammenheng lagt til grunn må man altså vurdere om det er en generell tendens at basehopping leder til skade på redningsmannskaper som følge av redningsaksjoner. Å besvare spørsmålet krever empirisk kunnskap som det av hensyn til avhandlingens omfang ikke skal forfølges her.

#### **4.7 Skadens intensitet**

I utgangspunktet tilsier Mills skadefølgeprinsipp at all skade på andre legitimt kan kriminaliseres. Det ville etter min mening kunne føre til urimelige resultater, i form av en overdreven bruk av straff. Feinberg fremmer det synspunkt at adferd som fører til mindre betydelige, eller bagatellmessige skader, ikke bør være gjenstand for kriminalisering, da kriminalisering kan medføre større skade enn det den uønskede adferden medfører.<sup>135</sup> Dette gjelder selv om skaden er uberettiget.

Jeg er enig i at det bør legges til grunn en viss minsteterskel for intensitet i skaden, før adferden som forårsaker skaden skal kriminaliseres. Jeg mener dette muligens kan utledes av skadefølgeprinsippet, ved å se på hensynene bak prinsippet. Hensynet til individets handlefrihet tilsier at man legger seg på en terskel av skadeintensitet som ikke innebærer at handlefriheten blir overdrevent innskrenket, i forhold til skaden som er voldt. Hva som utgjør

---

<sup>133</sup> Se punkt 4.8.

<sup>134</sup> Jf. f.eks. Rt. 1986 s. 292 på side 294.

<sup>135</sup> Feinberg (1984) s. 216.



tilstrekkelig intens skade blir vanskelig å avgrense på et større detaljnivå. Skadefølgeprinsippet selv er ikke i stand til å avklare dette nærmere. Imidlertid vil subsidiaritetsprinsippet og hensiktsmessighetsprinsippet kunne yte videre bistand i spørsmålet om adferd som forårsaker mindre eller bagatellmessige skader bør kriminaliseres.<sup>136</sup>

#### 4.8 Offerets identitet

I dagligtalen omfatter begrepet skade også skade som man begår mot seg selv, eller som man samtykker til at andre gjør mot en. Derimot omfatter skadefølgeprinsippet som nevnt ikke skade man selv har samtykket til, jf. ordlyden i sitatet til Mill «harm to others» og Feinbergs «harm to persons other than the actor».<sup>137</sup> Innebærer det at det er nødvendig å kunne identifisere et eller flere konkrete ofre for å anvende skadefølgeprinsippet?

I Feinbergs versjon av skadefølgeprinsippet omfatter skade på andre kun menneskelige interesser, jf. «harm to persons».<sup>138</sup> Skade på dyr som sådan er altså ikke skade i skadefølgeprinsippets forstand. Det er noe prinsippet har blitt kritisert for, da enkelte hevder at Feinbergs forståelse av skade er for snever, siden den ikke omfatter skade på dyr som ikke kan knyttes til menneskelige interesser.<sup>139</sup> Min oppfatning er at dyrevern står sterkere i rettsfølelsen til folk flest nå enn i tidligere tider, noe som kanskje tilsier at skadefølgeprinsippet må undergå en viss modernisering ved at «andre», kanskje bør omfatte dyr i tillegg til mennesker.

Sitatene ovenfor synes å forutsette at det er nødvendig å identifisere et eller flere ofre, for å kriminalisere ut i fra skadefølgeprinsippet, jf. også kravet til identifisering av faktisk skaderisiko.<sup>140</sup> Fra tid til annen hører man imidlertid om såkalt «offerløs» kriminalitet.<sup>141</sup> Innsidehandel og bruk og besittelse av narkotika er eksempler på forbrytelser som etter min mening kan ses under denne synsvinkelen. Intuitivt kan det høres rimelig ut at man må identifisere et eller flere ofre for å kunne belegge en viss adferd med straff. Å hogge ned et tre i en skog uten eier utgjør tilsynelatende ingen tingsskade, fordi ingen eide treet.

Andre eksempler som kan plasseres i kategorien «offerløs» kriminalitet» er skatteunndragelse og falskmyntneri, i den forstand at man ikke kan identifisere en eller flere konkrete personer som har tatt skade av at noen har snytt på skatten eller trykket falske penger. Dersom man skal kunne rubrisere slik kriminalitet inn i skadefølgeprinsippets skadebegrep må man strekke på skadebegrepet og se forholdene slik at samfunnsøkonomien er en av de grunnleggende strukturene som eksisterer til fordel for alle i samfunnet. Videre må man se det slik at det oppstår fare for at samfunnet som et hele tar skade, dersom aktivitet som skatteunndragelse og

---

<sup>136</sup> Se punkt 3.3.1 og 3.3.2.

<sup>137</sup> Feinberg (1988) s. 19.

<sup>138</sup> Feinberg (1984) s. 112.

<sup>139</sup> Baker (2011) s. 56.

<sup>140</sup> Se punkt 4.3.

<sup>141</sup> Se f.eks. Wertheimer (1977) s. 302.

falskmyntneri foregår i stort omfang. Under samme synsvinkel kan vi se på adferd som kun skader klima og miljø.

Man er altså nødt til å operere med et utvidet eller kollektivt skadebegrep for å få slik adferd til å passe med skadefølgeprinsippet. For at vilkåret om skade på «andre» i skadefølgeprinsippet skal være oppfylt må denne «andre» være samfunnet og ikke andre personer. Det virker etter min mening kunstig, da det er individenes frihet som skadefølgeprinsippet skal beskytte, ikke samfunnets økonomiske levedyktighet. Med et kollektivt skadebegrep som beskrevet overfor, mener jeg man risikerer kriminalisering av adferd som av ulike grunner kan oppfattes som uønsket av noen i samfunnet, men som ikke nødvendigvis forårsaker direkte skade på individuelle interesser.

På den annen side kan det være grunn til å kriminalisere adferd som ved første øyekast kun skader kollektive interesser. Et sunt miljø er noe som kan sies å være i det kollektives interesse, med tanke på helse og muligheter til fysisk utfoldelse for enkeltpersoner. I lys av dette kan man vel argumentere for at man kan kriminalisere på bakgrunn av kollektive interesser i lys av skadefølgeprinsippet,<sup>142</sup> men – slik jeg forstår skadefølgeprinsippet – bare i den utstrekning at den kollektive interesse er *klart* avledet av individuelle interesser.

Dette illustrerer at man med skadefølgeprinsippet kan argumentere både for og i mot kriminalisering av slik adferd som under tiden betegnes som «offerløs» kriminalitet, noe som etter min mening gjør prinsippet uegnet til diskusjonen om slik adferd bør kriminaliseres. For å unngå at prinsippet strekkes slik at det omfatter skader på annet enn individer, bør man heller benytte seg av andre begrunnelser eller prinsipper for å legitimere kriminalisering av adferd som ikke har klare identifiserbare ofre, slik at kriminaliseringen blir mer åpen og transparent.

---

<sup>142</sup> Slik også i Simester & von Hirsch (2014) s. 38.

## 5 Rettsgodeprinsippet

«The criminalization of behavior that cannot refer to a *Rechtsgut* would be state terror.»<sup>143</sup>

### 5.1 Innledning

Til nå har avhandlingens hoveddel tatt for seg en rettsvitenskapelig grense for kriminalisering, gjennom skadefølgeprinsippet. For å få et mer komplett bilde av hvilke grenser for kriminalisering som rettsvitenskapen stiller til disposisjon, skal jeg nå ta for meg et annet kriminaliseringsprinsipp, fra kontinental rettstradisjon.

Tyske rettsteoretikere har utviklet et prinsipp som gjerne omtales som «*die Rechtsgutsheorie*», eller «*die Rechtsgutslehre*» («teorien/læren om rettsgoder», på norsk bruker jeg «rettsgodeprinsippet»)<sup>144</sup>. Prinsippet sier at kun adferd som setter rettsgoder i fare, legitimt kan kriminaliseres. Dette kapitlet tar for seg bakgrunnen for og innholdet i rettsgodeprinsippet.

I Norge er det skadefølgeprinsippet, og ikke rettsgodeprinsippet, som er blitt det førende kriminaliseringsprinsippet i offisiell kriminalpolitikk.<sup>145</sup> Jeg finner like vel grunn til å analysere rettsgodeprinsippet også, da det etter min mening like godt kunne ha vært dette prinsippet som ble trukket frem i arbeidet med den norske straffeloven av 2005. Grunnen er at norsk rett også hører til den kontinentale rettstradisjonen, noe som gjør det lettere å overføre juridiske konsepter og prinsipper fra Tyskland til Norge. I tillegg benyttes begrepet rettsgode tidvis også i en norsk rettslig kontekst,<sup>146</sup> til motsetning fra de land som følger den angloamerikanske rettstradisjon.

Rettsgodeprinsippet er for øvrig blitt eksportert og akseptert av elementer i både spansk og latin-amerikansk rettsvitenskap.<sup>147</sup>

Prinsippet er ikke universelt akseptert i den tyske rettsvitenskapen, men omtales i store deler av tysk litteratur om alminnelig strafferett.<sup>148</sup> Slik får tyske jurister allerede fra studietiden av kjennskap til et teoretisk verktøy til å uttale seg normativt om grenser for kriminalisering.

---

<sup>143</sup> Hassemer (2003) s. 57-64.

<sup>144</sup> Swoboda (2010) s. 24.

<sup>145</sup> Se punkt 2.4, Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 88 og Innst.O.nr.72 (2004-2005) punkt. 6.2.

<sup>146</sup> F.eks. i Husabø (1995) s. 129.

<sup>147</sup> Stuckenberg (2013) s. 34.

<sup>148</sup> Lauterwein (2010) s. 6.

## 5.2 Prinsippets rettshistoriske bakgrunn

Rettsgodeprinsippet stammer fra opplysningstidens liberale ideer, herunder konseptet om samfunnspakten.<sup>149</sup> Konseptet om samfunnspakten går ut på at det eksisterer en postulert avtale mellom borgerne i et samfunn og staten. Borgerne avgir kompetansen til å styre samfunnet til et statsapparat, som skal gjøre det som er nødvendig for å sørge for sikkerhet og fredelig sameksistens i samfunnet. Ifølge tilhengerne av rettsgodeprinsippet tilsier imidlertid samfunnspakten at staten ikke skal gjøre mer enn det som er nødvendig for å oppnå sikkerhet og fredelig sameksistens.<sup>150</sup>

Sporene til en lære om rettsgoder leder tradisjonelt tilbake til Feuerbach (1775-1833), som gjennom innflytelse fra Kant (1724-1804) mente at strafferettens fokus burde være på beskyttelse av individuelle subjektive rettigheter hos individer.<sup>151</sup> Dette utfordret Birnbaum (1792-1877), som pekte på at ikke alle forbrytelser krenker individers rettigheter (f.eks. blasfemiske ytringer). Derfor introduserte han en definisjon av ordet forbrytelse som en krenkelse av et gode som staten er villig til å garantere likt for alle og som er avledet av den menneskelige vilje.<sup>152</sup> Dette tankegodset bygde Binding (1841-1920) videre på og etablerte begrepet «rettsgode» («Rechtsgut»)<sup>153</sup> Rettsgode definerte han som faktiske betingelser for sunt menneskelig samliv. Ifølge Binding var det lovgivers oppgave å definere hva slike betingelser var.<sup>154</sup>

Senere viste Nazi-Tysklands strafferett for alvor strafferettens skyggesider, da den blant annet ble benyttet til å undertrykke enkelte grupper i det tyske samfunnet. Samtidig var den nazistiske strafferetten i teorien også basert på interesser som staten var villig til å beskytte.<sup>155</sup>

Etter andre verdenskrig begynte flere tyske rettsteoretikere å kritisere straffebud som, etter deres mening, ikke beskyttet rettsgoder i det hele tatt.<sup>156</sup>

---

<sup>149</sup> Swoboda (2010) s. 25.

<sup>150</sup> Roxin (2006) s. 16-17.

<sup>151</sup> Ibid s. 26.

<sup>152</sup> Birnbaum (1834) s.149.

<sup>153</sup> Swoboda (2010) s. 29.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Aly og Gruner (2008).

<sup>156</sup> Lauterwein (2010) s. 8.

### 5.3 Rettsgodebegrepets funksjoner

Den herskende mening i tysk rettsvitenskap er at strafferettens eneste legitime oppgave er å beskytte rettsgoder («*Rechtsgüterschutz*»).<sup>157</sup> Av den forståelsen utledes det videre at det ikke er legitimt å kriminalisere adferd som ikke er egnet til å sette rettsgoder i fare.<sup>158</sup> Det er essensen i rettsgodeprinsippet, som således kan fungere som en rettspolitisk eller moralsk grense for hvilken adferd som bør kunne kriminaliseres.

Et annet viktig trekk ved strafferetten som understrekes i Tyskland er at den skal være subsidiær.<sup>159</sup> Den skal brukes som en siste utvei for å beskytte rettsgoder («*ultima ratio des Rechtsgüterschutzes*»).<sup>160</sup> Siden strafferetten skal være subsidiær, er ikke fare for et rettsgode et tilstrekkelig kriterium for å kriminalisere, men det er et nødvendig kriterium. Det følger altså ingen plikt til å kriminalisere selv om en viss adferd skaper fare for et rettsgode.

I tysk rettsvitenskap er det alminnelig antatt at *begrepet* rettsgode har to funksjoner.<sup>161</sup> Den første funksjonen dreier seg om tolkning av straffebed. For å finne fram til hva formålet med et straffebed er, kan man undersøke hvilket rettsgode regelen beskytter. Slik finner man fram til lovgivers vilje, f.eks. gjennom forarbeider. Dette kan kalles den metodologiske, deskriptive eller dogmatiske funksjonen.<sup>162</sup> Den dogmatiske funksjonen til begrepet rettsgode er ikke omstridt,<sup>163</sup> og handler ikke om å sette grenser for kriminalisering,<sup>164</sup> men om tolkning og å systematisere gjeldende strafferett. Derfor skal dette temaet ikke forfølges videre i avhandlingen.

Prinsippets andre funksjon kan kalles den normkritiske, kriminalpolitiske, eller begrensende funksjon.<sup>165</sup> Med dette menes prinsippets evne til å markere grenser for hva som bør kunne kriminaliseres. Det er den funksjonen dette kapitlet dreier seg om. Rettsgodeprinsippets kriminalpolitiske funksjon innebærer ingen rettslig forpliktelse for lovgiver i Tyskland, men den har vært anerkjent i rettsvitenskapen siden etterkrigstiden.<sup>166</sup> Det konkrete innholdet i læren er imidlertid meget omdiskutert.<sup>167</sup>

---

<sup>157</sup> Krey/Esser s. 5.

<sup>158</sup> Lauterwein (2010) s. 9.

<sup>159</sup> Tilsvarende subsidiaritetsprinsippet, se punkt 3.3.1.

<sup>160</sup> 2 BvR 392/07 avsnitt. 35.

<sup>161</sup> von Hirsch (2003) s. 13.

<sup>162</sup> 2 BvR 392/07 avsnitt 39.

<sup>163</sup> Swoboda (2010) s. 32.

<sup>164</sup> Lauterwein (2010) s. 8.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Swoboda s. 32.

<sup>167</sup> Lauterwein (2010) s. 6.

Hensynet bak rettsgodeprisnippet er å hindre maktmisbruk gjennom en i overdreven grad ekspansiv kriminalisering,<sup>168</sup> slik at individenes handlefrihet kan sikres. Her ser man en likhet til skadefølgeprinsippet, ved at rettsgodeprinsippet også tar sikte på en «defensiv» strafferett.<sup>169</sup> Tanken er at siden strafferetten begrenser handlefriheten, bør den bare forby adferd som er nødvendig for oppnå fredelig sameksistens i samfunnet.<sup>170</sup> Ideen er at dette kun sikres ved å kriminalisere på bakgrunn av rettsgodebeskyttelse. Intet annet enn rettsgoder bør beskyttes gjennom straff.

Om rettsgodeprinsippet kan ha en funksjon utover de to som er beskrevet over, behandles i kapittel 6.

#### 5.4 Rettsgodebegrepets positive side

Rettsgodeprinsippet er objektorientert.<sup>171</sup> Hovedspørsmålet i den tyske kriminaliseringsdebatten, slik den foregår i lys av rettsgodeprinsippet, er om objekter som søkes beskyttet ved å kriminalisere en viss adferd er rettsgoder. Bare da er det legitimt å kriminalisere.

For å vurdere et kriminaliseringsspørsmål i denne konteksten er det nødvendig å vite hva et rettsgode er. Om dette hersker det ikke enighet i tysk rettsvitenskap.<sup>172</sup> Det finnes mange forskjellige varianter og definisjoner av begrepet rettsgode. Ordet er sammensatt av begrepene «rett» og «gode». Med «gode» kan man etter en alminnelig språklig forståelse forstå at det er snakk om en interesse som utgjør noe positivt for innehaveren av godet. Ordet «rett» innebærer en viss juridisk tilknytning. Her ser vi en likhet til skadefølgeprinsippet. Begge prinsippene søker å beskytte en form for interesser. Skade er ifølge Feinberg: «the thwarting, setting back, or defeating of an interest»,<sup>173</sup> mens et rettsgode er en rettslig beskyttet interesse.

Hassemer (1940-2014) anlegger et strengt personalt rettsgodebegrep, da han kun anser menneskelige interesser som strafferettslig beskyttelsesverdige.<sup>174</sup> Etter Hassemers lære er forbrytelser mot kollektive goder slik som miljøet, kun straffverdige fordi miljøets verdi som kollektivt gode kan avledes fra alle individuelle menneskers interesse i å kunne leve i et sunt

---

<sup>168</sup> Ibid s. 17.

<sup>169</sup> Se punkt. 4.1.

<sup>170</sup> Lauterwein (2010) s. 11.

<sup>171</sup> Mens skadefølgeprinsippet er konsekvensorientert, se punkt. 4.2.

<sup>172</sup> “*Schon über den Begriff des Rechtsguts besteht keine Einigkeit[...]*“ (allerede om begrepet rettsgode er det ikke enighet) jf. 2 BvR 392/07 avsnitt 39.

<sup>173</sup> Se punkt 4.4.

<sup>174</sup> Hassemer/Neumann (2010) s. 131.

miljø.<sup>175</sup> Med denne definisjonen lagt til grunn vil man etter mitt skjønn støte på problemer hva gjelder å legitimere den moderne prevensjonsstrafferetten<sup>176</sup>, dyrebeskyttelse og visse økonomiske forbrytelser som innsidehandel, og hvitvasking, da slike fenomener ikke ubetinget kan knyttes direkte til menneskelige interesser.

Det finnes mange definisjoner av begrepet rettsgode i tysk rettsvitenskap.<sup>177</sup> Roxin (1931-) og Lauterwein (1979-) definerer begrepet rettsgode henholdsvis slik (oversatt til engelsk):

*“All facts or established goals that are necessary for the free personality development of the individual, the realization of his or her civil rights and the functioning of a political system which is based on these objectives.”<sup>178</sup>*

*«Rechtsgüter are functional units, which are guaranteed by the constitutional order to enable the individual's free personality development.»<sup>179</sup>*

Disse definisjonene gir også uttrykk for personlige rettsgodebegreper, da de knyttes til individenes selvutvikling. De utelukker derimot ikke eksistensen av kollektive rettsgoder. Roxin vedkjenner at mennesker har visse universale interesser som går inn i kategorien rettsgoder.<sup>180</sup> Problemet oppstår når man skal velge hvilke kollektive goder som er verdige lovens beskyttelse.

Definisjonene til Roxin og Lauterwein utelukker heller ikke at rettsgoder kan være interesser til fordel for sammenslutninger, så lenge sammenslutningens interesser er avledet av individers interesser. Det illustrerer etter min mening en av prinsippet store svakheter, da definisjonene ikke tydelig nok avgrensner hva begrepet omfatter. Prinsippet sier heller ikke noe om hvem som har definisjonsmakten av hva som er et rettsgode. Det betyr at prinsippet kan brukes til å legitimere all mulig kriminalisering, så lenge det påstås at det er et rettsgode som søkes beskyttet. Derfor er man nødt til å støtte seg til teoretiske definisjoner av hva et rettsgode er, og avgrense deretter, dersom prinsippet skal kunne brukes. Problemet blir igjen at det finnes mange forskjellige oppfatninger av hva et rettsgode er.

---

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Husabø (2003) s. 99 flg.

<sup>177</sup> Se Swoboda (2010) s. 33-34.

<sup>178</sup> Roxin (2006) s. 16-17.

<sup>179</sup> Lauterwein (2010) s. 10.

<sup>180</sup> Pershak (2007) s. 104.

Definisjonene minner noe om definisjonen av interesser som søkes beskyttet under skadefølgeprinsippet.<sup>181</sup> Felles for definisjonene er at de begge legger vekt på godenes egnethet til å bidra til en fri personlig utvikling, eller autonomi. En forskjell fra diskusjonen under skadefølgeprinsippet er at man i Tyskland forfekter et sterkere (konstitusjonelt) rettighetsperspektiv under omtalen av hvilke interesser som er rettsgoder.<sup>182</sup> Den tyske grunnloven er sentral for å forstå dette rettighetsperspektivet.<sup>183</sup>

En annen definisjon av rettsgoder er betingelser for en sunn sameksistens i samfunnet.<sup>184</sup> Det er en mye vagere definisjon, men den gir etter min mening uttrykk for noe vesentlig ved strafferettens rolle, nemlig at straffens særpreg tilsier at den ikke skal brukes mer enn det som er nødvendig for å oppnå straffens formål.<sup>185</sup>

Rettsgoder er altså goder som bidrar til å sikre en persons autonomi eller selvrealisering, garantert av staten og lovverket ved at de kan hevdes for domstolene. Eksempler på rettsgoder kan være eiendomsrett eller kroppslig integritet. R. A. Duff definerer rettsgode som et gode som loven anerkjenner som nødvendig for sosial fred eller for individuell velvære, og som derfor er verdig lovens beskyttelse.<sup>186</sup> Jeg heller nok mot en slik definisjon av begrepet, fordi definisjonen etter min mening er mer balansert enn de som er nevnt over, da kriteriene sosial fred og individuell velvære, til en viss grad forutsetter, at både individuelle og kollektive verdier kan beskyttes gjennom strafferetten.

## **5.5 Rettsgodebegrepets negative side<sup>187</sup>**

Slik jeg tok utgangspunkt i Mill og Feinbergs lære i drøftelsen av skadebegrepets positive side, vil jeg nå ta utgangspunkt i Roxins lære om den negative siden av rettsgodeprinsippets rettsgodebegrep. Ifølge Roxin kan det, ut i fra den negative siden av rettsgodebegrepet, utledes en rekke konsekvenser, eller grenser for kriminalisering, dersom man følger rettsgodeprinsippet. Disse konsekvensene skal behandles i det følgende, med enkelte eksempler fra tysk strafferett.

Grunnen til at jeg har valgt Roxins lære er fordi den representerer den mest utbredte og alminnelige forståelse av rettsgodeprinsippet.<sup>188</sup>

---

<sup>181</sup> Se punkt 4.4.

<sup>182</sup> Swoboda (2010) s. 34.

<sup>183</sup> Se punkt. 6.2.

<sup>184</sup> Swoboda (2010) s. 30.

<sup>185</sup> Se punkt 2.1.

<sup>186</sup> <http://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>

<sup>187</sup> Roxin (2006) s. 18-29 er kilde for store deler av punkt 5.5.



Flere av konsekvensene er overførbare til skadefølgeprinsippet, og det er ikke alltid vanntette skott mellom de ulike konsekvensene. Derfor kunne flere av kategoriene i teorien vært brukt under drøftelsene om skadefølgeprinsippet.

Den første konsekvensen av rettsgodeprinsippet etter Roxins lære, er at vilkårlig, ideologisk motiverte straffebud, og straffebud som krenker individuelle menneskerettigheter, ikke regnes som å beskytte rettsgoder. Vilkaarlighet er, etter mitt skjønn, en for abstrakt størrelse, da hva som er vilkårlig ofte beror på subjektive følelser og meninger. Man kan spørre seg om ikke Roxin skaper mer forvirring ved å bruke slike begreper. Hvis vi setter begrepet vilkaarlighet sammen med ideologi vekkes derimot assosiasjoner lettere. Nazi-Tysklands kriminalisering av seksuell omgang mellom ariere og folk fra andre «raser» er blant de mest eklatante eksemplene på adferd som kan passe inn i denne kategorien, på bakgrunn av noe som kan karakteriseres som vilkårlig, ideologisk motivasjon.<sup>189</sup> Konstruksjoner som «rasens renhet» er således ikke rettsgoder.

I tillegg viser denne kategorien til individuelle menneskerettigheters funksjon som grense for kriminalisering.<sup>190</sup> Dette er den mest ukontroversielle konsekvensen av rettsgodeprinsippet, da mange individuelle menneskerettigheter sikres i den tyske grunnloven.<sup>191</sup> Menneskerettighetene er realiseringen av et individs rettsgoder, og dermed vil et straffebud som kriminaliserer utøvelsen av en slik rettighet aldri selv beskytte et rettsgode.<sup>192</sup> Problemet med denne kategorien i praksis er at lovgiver alltid kan hevde at en foreslått lov ikke vil være i strid med menneskerettighetene. Svaret får man ikke før spørsmålet er behandlet av den tyske konstitusjonsdomstolen.<sup>193</sup>

Den andre konsekvensen av rettsgodeprinsippet er at konstruerte juridiske målsettinger ikke kvalifiserer som rettsgoder. Hensynet til et «narkotikafritt samfunn» er således intet rettsgode som beskyttes ved å kriminalisere befatning med narkotika. Roxin forkaster dette argumentet som en konstruert juridisk målsetting, som ikke besvarer det vesentlige spørsmålet, om hvorvidt individers personlige utvikling og realisering av individuelle rettigheter hindres i et samfunn hvor narkotika konsumeres.<sup>194</sup> Jeg mener denne kategorien illustrerer noe vesentlig. Siden strafferetten har så store konsekvenser for den enkelte, burde også strafferetten ta

---

<sup>188</sup> Lauterwein (2010) s. 7.

<sup>189</sup> Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935 § 1 (1).

<sup>190</sup> Se punkt. 2.3.

<sup>191</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) art. 1-19.

<sup>192</sup> Se om definisjonene av begrepet rettsgode under punkt. 5.4.

<sup>193</sup> Se punkt 6.2

<sup>194</sup> Heinrich m.fl (2011) s. 157.

tilstrekkelig hensyn til enkeltindivider, noe som ikke gjøres ved å omsette slike kollektive juridiske målsettinger i straffebud.

Man kan spørre seg om ikke også menneskerettighetene på et vis er «konstruerte» juridiske målsettinger? Svaret avhenger nok av hvilken oppfatning man har av menneskerettighetenes opprinnelse, enten som noe mennesker alltid har hatt, i egenskap av å være mennesker, eller som noe som er gitt oss mennesker, av oss selv.

Den tredje konsekvensen av rettsgodeprinsippet er ifølge Roxin at adferd som utelukkende anses som umoralsk, uetisk eller kritikkverdig, ikke medfører noen fare for rettsgoder. Under denne kategorien er likheten til skadefølgeprinsippets negative side iøynefallende.<sup>195</sup>

I Tyskland pågikk det en debatt om avkriminalisering av homoseksuelle og andre sedelighetsrelaterte handlinger (incest, bestialitet (seksuell omgang med dyr), kopulering m.m.) på 1950- og 1960-tallet. Det tyske parlaments lovforslag til reform av straffeloven på 1960-tallet ble utfordret av en gruppe på 14 jusprofessorer, som hadde utviklet radikale alternative lovforslag. Disse alternative forslagene foreslo blant annet å innføre en bestemmelse som uttrykkelig anga rettsgodebeskyttelse som grense for strafferetten,<sup>196</sup> og – basert på rettsgodeprinsippet – å oppheve forbudet mot alminnelig homoseksualitet.<sup>197</sup> Forbudet mot alminnelig homoseksualitet<sup>198</sup> ble opphevet i 1969, men forslaget om å innføre rettsgodeprinsippet som en lovfestet grense for strafferetten ble ikke gjennomført.

Motstandere av rettsgodeprinsippet påstår på sin side at grunnen til at forbudet mot homoseksualitet ble opphevet var endrede moraloppfatninger i landets befolkning, og ikke virkningene av rettsgodeprinsippet.<sup>199</sup>

Den fjerde konsekvensen av rettsgodeprinsippet er ifølge Roxin at krenkelse av egen verdighet, kropp eller helse ikke utgjør fare for rettsgoder. Denne kategorien avviser rettslig paternalisme<sup>200</sup>, slik som skadefølgeprinsippet også gjør. Hva en person gjør mot seg selv ut i fra egen fri vilje setter ikke et rettsgode i fare, og er ifølge Roxin i utgangspunktet statens og strafferettens uvedkommende. Dermed er det ikke legitimt å kriminalisere selvmordshandlinger eller besittelse og bruk av narkotika ut i fra Roxins rettsgodeprinsipp.

Hensynet bak den fjerde konsekvensen av rettsgodeprinsippet er at hver enkelt borger bør kunne forføye over egen kropp og verdighet. Da blir argumenter som at bestialitet eller

---

<sup>195</sup> Se punkt 4.5.

<sup>196</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches: Allgemeiner Teil § 2 (1).

<sup>197</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches: Besonderer Teil - Straftaten gegen die Person, Sexualdelikte.

<sup>198</sup> Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (stgb.) § 175 (opphevet).

<sup>199</sup> Lauterwein (2010) s. 11.

<sup>200</sup> Se punkt 3.2.5.

selvmord krenker ens egen verdighet ikke gyldige argumenter for å kriminalisere slik adferd ut i fra rettsgodeprinsippet. At man skal ha rett til å skade egen kropp kan man imidlertid etter min mening ikke utlede av rettsgodeprinsippets objektive definisjon, som er at strafferetten kun skal beskytte rettsgoder. Definisjonen sier ingen ting om hvem sine rettsgoder som skal kunne beskyttes. Dette er en klar mangel ved prinsippet som gjør at det kan brukes mot sin hensikt. For å benytte rettsgodeprinsippet slik Roxin legger opp til (systemkritisk), må man etter min mening innfortolke at det kun er andres rettsgoder som kan beskyttes gjennom straff, ikke egne.

Roxin anerkjenner ikke krenkede følelser som rettsgoder. Det er den femte konsekvensen av rettsgodeprinsippet. Strafferetten skal blant annet sørge for fredelig sameksistens, og ut i fra rettsgodeprinsippet er det ikke nødvendig å bruke straff for å motvirke krenkelse av følelser for å sikre en slik orden. Roxin mener man først befinner seg innenfor kriminaliseringens grenser når følelser av krenkelse går over til å fungere som følelser om fare for egen sikkerhet. Dersom man blir spottet på gaten vil ikke dette legitimere kriminalisering før spottingen kan tolkes som konkrete trusler. På samme måte er det ikke legitimt å kriminalisere blotting med mindre blottingen er egnet til å framprovosere følelser av frykt for seksuelle overgrep.<sup>201</sup> Dersom følelsene som oppstår kun generer avsky eller skam, vil derimot ikke-strafferettslige midler være en passende remedie, ut i fra rettsgodeprinsippet.

Den sjette konsekvensen av rettsgodeprinsippet er at man ikke bør kriminalisere kun som en symbolsk handling, eller for å sende et signal til samfunnet. Overveiende symbolske straffebud kan ha den funksjonen at de gir uttrykk for handlekraft eller en viss holdning fra myndighetene, overfor en viss adferd, noe som kan være politisk opportunt. Dette kan være en måte å blidgjøre opinionen i samfunnet på, men uten at noe rettsgode faktisk beskyttes. Et eksempel er såkalt «Holocaust-fornektelse», som er straffbart etter § 130 (3) i den tyske straffeloven,<sup>202</sup> så lenge slike ytringer er egnet til å forstyrre offentlig ro og orden. Den symbolske funksjonen av et slikt straffebud er klar i et land som Tyskland, men det kan imidlertid være vanskelig å identifisere et konkret rettsgode som beskyttes ved å nekte folk å påstå at for eksempel jødeutryddelsene aldri fant sted. Muligens kunne man argumentere for at slike ytringer kan føre til opptøyer eller fare for jøder på grunn av ny økt antisemittisme.

Den syvende konsekvensen Roxin viser til går ut på at for abstrakte termer ikke kan ases som rettsgoder. Disse rettsgodene kan karakteriseres som «skinn-rettsgoder».<sup>203</sup> Roxin trekker ingen grenser for hva som kvalifiserer som «for» abstrakte termer, noe som etter mitt skjønn klart vanskeliggjør prinsippets praktisk funksjonalitet.

---

<sup>201</sup> Slik også under punkt 4.5.

<sup>202</sup> Stgb. § 130 (3).

<sup>203</sup> Swoboda 2010 s. 39.

Et eksempel på en abstrakt term som i følge Roxin havner utenfor hva som bør beskyttes av strafferetten, er nasjonal folkehelse («Volksgesundheit»). Nasjonal folkehelse omtales ofte som det beskyttede retts gode under den tyske narkotikalovgivningen.<sup>204</sup> Roxin argumenterer for at begrepet nasjonal folkehelse er fiktivt og skjuler det faktum at «nasjonal» folkehelse bare er summen av mange individers helse, noe som ikke kan påtvinges enkeltindividene. Det er opp til hver enkelt person å bestemme selv om man ønsker å ha en god helse eller ikke. Frie, autonome personer klarer å gjøre seg opp en mening om narkotika er godt for helsen. Derfor er ikke nasjonal folkehelse et gyldig argument for å kriminalisere narkotikabruk, slik som det heller ikke ville være legitimt å kriminalisere inntak av sukkerholdig drikke eller usunn mat, ifølge retts godeprinsippet.

---

<sup>204</sup> BGH 2 StR 556/96 og punkt 6.3.

## 6 Ekskurs: rettsgodeprinsippets gjennomslagskraft i forfatningsmessig normkontroll

### 6.1 Innledning

Hverken skadefølgeprinsippet eller rettsgodeprinsippet er inntatt i lovgivningen i henholdsvis Norge og Tyskland. Betyr det at prinsippenes rolle stopper der hvor den lovgivende makts kriminalpolitiske rolle begynner? Eller kan kriminaliseringsprinsipper spille en rolle utover de rent rettspolitiske vurderingene av hvor grensene for kriminalisering befinner seg?

Dette kapitlet skal se på hvorvidt rettsgodeprinsippet kan benyttes som argument i en forfatningsmessig normkontroll av straffebud. Det er et rettskildespørsmål. For å besvare rettskildespørsmål er det nyttig å se på rettspraksis. Dermed blir spørsmålet om rettsgodeprinsippet (eller argumenter hentet fra rettsgodeprinsippet) er en relevant rettskildefaktor i den forfatningsmessige prøvingen av straffebud.

Grunnen til at dette kapitlet begrenser seg til rettsgodeprinsippet er at det sjeldent forekommer at straffenormer prøves for deres materielle innhold i Norge. I tysk rett forekommer slik prøving oftere.

Det er særlig to avgjørelser fra den tyske forfatningsdomstolen som er interessante hva gjelder spørsmålet om rettsgodeprinsippets relevans i forfatningsmessig kontroll av straffebud, nemlig «Cannabis-avgjørelsen»<sup>205</sup> fra 1994, og «Incest-avgjørelsen»<sup>206</sup> fra 2008. Disse to sakene er gjenstand for dette kapitlets drøftelser.

For dette kapitlets formål benyttes begrepene «forfatning» og «konstitusjon» som synonymmer.

### 6.2 Tysk forfatningsmessig prøving av lover

Den tyske grunnloven inneholder en omfattende rettighetskatalog.<sup>207</sup> Disse rettighetene utgjør materielle skranker for lovgiverkompetansen, slik som i Norge.<sup>208</sup>

Tyskland har en egen konstitusjonsdomstol, som blant annet prøver grunnlovsmessigheten til lover.<sup>209</sup> Det kan skje ved at det reises tvil om grunnlovsmessigheten til en lov under en

---

<sup>205</sup> BVerfGE 90, 145.

<sup>206</sup> 2 BvR 392/07.

<sup>207</sup> GG art. 1-19 m.m.

<sup>208</sup> GG art. 20 (3).

<sup>209</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz vom 12. März 1951.

alminnelig domstolsprosess, og da henvises spørsmålet om grunnlovsmessighet direkte til konstitusjonsdomstolen for avgjørelse, uavhengig av hvilken domstol som først behandlet saken. Denne prosessen kalles normkontroll («Normenkontrolle»)<sup>210</sup> I tillegg kan lover prøves ved at domstolen behandler individuelle klagesaker fra personer som mener at staten har krenket deres rettigheter etter grunnloven, ved å ilegge såkalt forfatningsklage («Verfassungsbeschwerde»)<sup>211</sup>

### 6.3 «Cannabis-avgjørelsen»<sup>212</sup>

En tysk kvinne hadde i 1990 besøkt sin ektemann i fengsel og samtidig smuglet med seg 1,2 gram hasjissj, som hun gav ham. Dette ble senere oppdaget og kvinnen ble dømt til to måneders fengsel.<sup>213</sup> Hun anket dommen, og ankedomstolen var av den oppfatning at det ville være i strid med den grunnlovfestede «retten til fri personlighetsutfoldelse»,<sup>214</sup> å dømme kvinnen til fengsel for å ha overdratt en såpass liten mengde av et så svakt narkotikum. Spørsmålet ble henvist til konstitusjonsdomstolen. Ankedomstolen vektla synspunktet at det måtte ligge innenfor myndige menneskers selvbestemmelsesrett å bestemme hvilke nærings-, nytelses-, og rusmidler man ønsker å innta.

I 1994 avgjorde konstitusjonsdomstolen at narkotikalovgivningen, som kvinnen var tiltalt etter, var i tråd med grunnloven på alle punkter. Domstolen trakk fram nasjonal folkehelse som det relevante retts gode som narkotikalovgivningen beskyttet,<sup>215</sup> og sa at det var et legitimt mål for lovgiver å forfølge, også ved hjelp av straff.

Konstitusjonsdomstolens avgjørelse kan vi tolke som et *konstruert ratio decidendi* (hvordan resultatet kunne vært begrunnet), som en kontant avvisning av retts godeprinsippets - i hvert fall Roxins versjons - relevans i normkontrollen, da prinsippet ikke godkjenner nasjonal folkehelse som et retts gode.<sup>216</sup>

For helhets skyld skal det nevnes at avgjørelsen innebar en liten seier for tilhengere av Roxins retts godeprinsipp, da domstolen også kom til at påtalemyndigheten, etter eget skjønn, kan velge ikke å påtale tilfeller av kjøp, besittelse og bruk av bagatellmessige mengder av cannabisprodukter til eget konsum.<sup>217</sup>

---

<sup>210</sup> GG art. 93 (2).

<sup>211</sup> GG art. 93 (4).

<sup>212</sup> BVerfGE 90, 145.

<sup>213</sup> jf. Betäubungsmittelgesetz vom 1. März 1994 § 29 (1) første setning nr.1 jf. § 1 (1).

<sup>214</sup> GG art. 2 (1).

<sup>215</sup> Slik som BGH 2 StR 556/96.

<sup>216</sup> Se punkt 5.5.

<sup>217</sup> BVerfGE 90, 145 avsnitt 161 og 168.

## 6.4 «Incest-avgjørelsen»

Allerede i 1968 ble det foreslått å oppheve det tyske straffebudet mot incest.<sup>218</sup> Bakgrunnen for Incest-avgjørelsen fra 2008, var at en tysk mann i ung alder hadde blitt plassert utenfor hjemmet, i fosterhjem. Da han var 24 år gammel tok han kontakt med sin biologiske familie, og han traff for første gang sin 16 år gamle søster. De forelsket seg i hverandre og innledet et seksuelt forhold. I 2002 ble mannen dømt til et års betinget fengsel for søskenincest. I årene som fulgte ble han dømt for samme forhold flere ganger, til han anla en forfatningsklage for konstitusjonsdomstolen, da han mente at straffedommene mot ham stred mot retten til seksuell selvbestemmelse etter grunnloven.<sup>219</sup>

For å undersøke om det var konstitusjonelt riktig å domfelle mannen for incest måtte man prøve straffebudet han hadde blitt dømt etter mot rettighetene i grunnloven. Derfor ble saken i realiteten en normkontroll, hvor spørsmålet for domstolen var om straffebudet mot incest mellom søsken,<sup>220</sup> var forfatningsmessig. Et tema domstolen behandlet i den forbindelse var hvilket retts gode som forbudet mot incest beskyttet, og om mangel på et slikt konkret retts gode kunne føre til at forbudet ikke var forfatningsmessig.

Konstitusjonsdomstolen kom under dissens (7-1) til at forbudet mot incest var gyldig og i tråd med grunnloven. I tysk forfatningsmessig normkontroll er et av vilkårene for straffenormers forfatningsmessighet at de forfølger legitime formål. Flertallet viste ikke til beskyttelse av et konkret retts gode som grunnlag for incestforbudet. Derimot bygget flertallets konklusjon på at den historiske og kulturelt baserte og innflytelsesrike opinionen talte for at incest var klart straffverdig,<sup>221</sup> noe som også kunne påvises i internasjonal sammenligning. Til sammen utgjorde de nevnte grunner, ifølge flertallet, et legitimt grunnlag for å innskrenke den grunnlovfestede retten til seksuell selvbestemmelsesrett, gjennom kriminalisering av incest.

Ut i fra Roxins forståelse av retts godeprinsippet ville avgjørelsen være gal. Selv om man kombinerer flere formål og grunner for kriminalisering får man ikke et retts gode.<sup>222</sup>

I flertallets premisser drøftes retts godeprinsippet, og dets relevans i vurderingen av hva lovgiver kan kriminalisere, utelukkes.<sup>223</sup> Flertallet uttalte at retts godebegrepets ikke hadde

---

<sup>218</sup> Se Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches: Besonderer Teil - Straftaten gegen die Person, Sexualdelikte.

<sup>219</sup> GG art. 2 første ledd, jf. GG art. 1 første ledd.

<sup>220</sup> Stgb § 173 (2).

<sup>221</sup> 2 BvR 392/07 avsnitt 50.

<sup>222</sup> Se punkt 4.5.

<sup>223</sup> Ibid, avsnitt 39.

noen konstitusjonelt begrensende funksjon, og at en slik funksjon ville være inkompatibel med den tyske forfatningen, da det kun er den demokratisk valgte lovgiver som konstitusjon betror kompetansen til å bestemme hvilke interesser som straffennormer skal beskytte.<sup>224</sup> Med andre ord er det kun konstitusjonen som inneholder grenser for kriminalisering. Den incesttiltalte mannen ble senere dømt til omtrent 3 års fengsel.

Dissenterende dommer Hassemer<sup>225</sup>, var en av de største tilhengerne av rettsgodeprinsippets kriminalpolitiske funksjon, i form av et strengt personlig rettsgodebegrep.<sup>226</sup> I sitt dissensvotum argumenterer han for at straffebudet mot incest ikke er forenlig med grunnloven fordi formålet med straffebudet ikke var beskyttelse av et legitimt rettsgode (beskyttelse av familiens integritet), og at straffebudet ikke en gang var i stand til å oppnå formålet.

## 6.5 Oppsummering og konklusjoner

Lauterwein mener konstitusjonsdomstolens tilnæringsmåte i Cannabis-avgjørelsen og Incest-avgjørelsen, er blitt gjenstand for kritikk i senere tid.<sup>227</sup> Min oppfatning er at konstitusjonsdomstolens syn på rettsgodeprinsippet ikke i stor grad er trukket under tvil fra et dogmatisk synspunkt, da flere teoretikere i etterkant har vist seg å være enig i at rettsgodeprinsippet må holdes utenfor den konstitusjonelle prøvingen.<sup>228</sup> Derimot er konstitusjonsdomstolens normkontroll overfor straffebud som helhet, blitt gjenstand for kritikk.<sup>229</sup> Domstolen er anklaget for å være for lovgivertro når det gjelder normkontroll på strafferettens område, og den anklages for å være strengere når den prøver forvaltningsvedtak enn når den prøver straffebud.<sup>230</sup>

Både Cannabis-avgjørelsen og Incest-avgjørelsen viser at rettsgodeprinsippet ikke er en relevant rettskildedefaktor i tysk rett, hva gjelder vurderinger av konstitusjonelle grenser for kriminalisering. Prinsippet er og blir et rettspolitisk konsept, skapt i den juridiske teori. Flertallet i Incest-avgjørelsen gav klart uttrykk for at mangel på fare for et rettsgode ikke er et relevant moment i vurderingen, noe som innebærer at lovgivers diskresjonære skjønn for hva som kan kriminaliseres er mye videre enn det som rettsgodeprinsippet ville tillatt.

---

<sup>224</sup> Stuckenberg (2013) s. 35.

<sup>225</sup> Se punkt 5.4.

<sup>226</sup> Hassemer (2003).

<sup>227</sup> Lauterwein (2010) s. 22 med videre henvisninger.

<sup>228</sup> Se f.eks. Swoboda (2010).

<sup>229</sup> Swoboda (2010) s. 48 og Stuckenberg (2013).

<sup>230</sup> Ibid s. 48



I tillegg til å utelukke rettsgodeprinsippet fra den konstitusjonelle prøvingen, mener jeg fordelingen av votaene (7-1) i Incest-avgjørelsen viser et ytterligere, grunnleggende trekk i diskusjonen om grenser for kriminalisering, skjønt begrenset til tysk rett. Avgjørelsen viser hvor sterkt etablert oppfatningen av rollefordelingen mellom lovgiver og domstolene er i det tyske demokratiet, angående grenser for kriminalisering. Å trekke opp grensene for kriminalisering er lovgivers oppgave, og noe domstolene i meget begrenset grad skal beskjefte seg med. En avgjørelse i motsatt retning i Incest-avgjørelsen ble nok av flertallet av dommerne ansett for å være for rettsskapende, kanskje til og med udemokratisk, og et innhogg i lovgivers arbeidsområde.

Hvorvidt resultatene i cannabis- og incest-avgjørelsen ville blitt de samme dersom det var Norges høyesterett som prøvde spørsmålene, og argumenter fra for eksempel skadefølgeprinsippet ble anført som grunnlag for ugyldighet av tilsvarende norske straffebud, vil jeg ikke konkludere over her.

## 7 Konklusjoner

### 7.1 Deskriptivt

Skadefølgeprinsippet og rettsgodeprinsippet utgjør to rettspolitiske eller moralske grenser for kriminalisering. Til tross for at prinsippene langt i fra er entydige og kan sies å eksistere i flere «versjoner», har denne avhandlingen forsøkt å kartlegge prinsippenes generelle dogmatiske innhold, for å belyse hvilke grenser for kriminalisering som finnes utenfor juridiske normer. Begge prinsippene legger opp til en relativt defensiv strafferett, det vil si en strafferett som har et sterkt fokus på å beskytte individuelle interesser.

Om et forbud befinner seg innenfor eller utenfor de legitime grenser for kriminalisering, er ifølge skadefølgeprinsippet betinget av om adferden som reguleres utsetter andres interesser for urettmessig skaderisiko. Implikasjonene av dette er blant annet at lovgiver har bevisbyrden for å sannsynliggjøre at adferd medfører skaderisiko, dersom det er ønskelig å kriminalisere adferden. Skade kan defineres som en interessemotvirkning mot andres interesser, slik at interessen etterlates i en verre tilstand enn før den ble utsatt for en gitt menneskelig adferd. Bare dersom det foreligger skade i skadefølgeprinsippets forstand, vil kriminalisering være berettiget.

Positivt omfatter skadefølgeprinsippets skadebegrep både fysisk og psykologisk skade. Negativt innebærer skadefølgeprinsippet blant annet at straffebud som hovedsakelig håndhever moralistiske og paternalistiske synspunkter, i tillegg til straffebud som søker å motvirke lettere former for ubehag, er utenfor de legitime grenser for kriminalisering. Eksempler på norske straffebud som, etter min forståelse av prinsippet, vanskelig står seg i lys av skadefølgeprinsippet, er forbudet mot incest mellom søsken (i hvert fall ved frivillig, beskyttet samleie), og forbudet mot besittelse og bruk av narkotika.

Rettsgodeprinsippet utledes av en versjon av teorien om samfunnspakten, og oppfatningen om at strafferettens oppgave er å beskytte rettsgoder. Hvor grensene for kriminalisering befinner seg under rettsgodeprinsippet bestemmes av hva som anses som rettsgoder. I den tyske rettsvitenskapen knyttes definisjonen av rettsgode ofte opp mot konstitusjonelle rettigheter og betegnes under tiden som betingelser for en sunn sameksistens i samfunnet. Rettsgodebegrepets kriminalpolitiske funksjon forteller at kun adferd som setter rettsgoder i fare bør kunne kriminaliseres.

Ifølge Roxin, kan man negativt utlede en rekke kriminalpolitiske konsekvenser av rettsgodebegrepet, som illustrerer hva som befinner seg utenfor kriminaliseringens grenser. Blant disse konsekvensene finner vi vilkårlig, ideologisk motiverte straffebud, straffebud

basert på konstruerte juridiske målsettinger, abstrakte verdier og symboler, og straffebud som hovedsakelig er basert på moraloppfatninger.

Hva gjelder kriminaliseringsprinsippenes rolle som juridiske argumenter i konstitusjonell normkontroll, viser rettspraksis fra den tyske konstitusjonsdomstolen at argumenter hentet fra rettsgodeprinsippet ikke er relevante i spørsmål som vurderer den forfatningsmessige lovligheten av straffebud i Tyskland. Å markere grenser for kriminalisering er en lovgiveroppgave, og grensene befinner seg utelukkende i konstitusjonen.

## 7.2 Normativt

I tillegg til å utlegge det dogmatiske innholdet i rettsgodeprinsippet og skadefølgeprinsippet, har denne avhandlingen avdekket likheter og forskjeller mellom de to prinsippene, i tillegg til konkrete ulemper ved bruken av prinsippene for å markere tydelige grenser for kriminalisering. Mitt synspunkt er at skadefølgeprinsippet er mer egnet enn rettsgodeprinsippet til dette formålet.

«Skade på andre» er kanskje det kriteriet som utgjør den mest praktiske angivelsen, eller den «minste fellesnevner», for straffverdighet. Begrepet er et mer objektivt og lettere tilgjengelig kriterium enn «rettsgode», noe som gjør at skadefølgeprinsippet blir lettere å følge i praksis for borgere som vil forutberegne sin rettsstilling ved å unngå rettsstridig adferd.

Skadefølgeprinsippet hovedproblem er imidlertid at de åpne og abstrakte begrepene som brukes for å definere prinsippet medfører et stort misbrukspotensial, hva gjelder kriminalisering. Ordene «skade» og «interesse» er etter min mening så vage, at prinsippet i realiteten kan virke mot sin hensikt. Det blir ikke lettere av at Feinbergs skadefølgeprinsipp kun begrenser seg til «urettmessig» skade, som også er et vagt og subjektivt begrep som vil variere med tid og sted.

Rettsgodeprinsippet hovedproblem handler om hvem som har definisjonsmakten av begrepet «rettsgode». Dersom rettsgoder defineres som rettslig beskyttede goder, er det klart at det er lovgiver som har definisjonsmakten, da alt som loven beskytter, kan defineres som et rettslig beskyttet gode. Som denne avhandlingen har vist, har Roxin og Hassemer andre oppfatninger av hva et rettsgode er. Men hvorfor skal deres definisjoner av begrepet være mer riktig enn andres? Til syvende og sist blir det et ideologisk betinget verdivalg, hva den enkelte velger å karakterisere som et rettsgode, ut i fra de verdier som en selv mener er verdige lovens beskyttelse. Slike meninger vil alltid variere fra person til person, noe som illustrerer at rettsgodeprinsippet ikke er godt egnet til å markere tydelige grenser for kriminalisering.

Misbrukspotensialet som beskrevet overfor består i at dersom man bruker slike fleksible kriterier som «vilkår» for kriminalisering, kan i realiteten hvilken som helst adferd kriminaliseres, så lenge adferden medfører effekter som kan passe inn i en eller annen definisjon av de to begrepene, «skade» eller «fare for et rettsgode». For rettsgodeprinsippets vedkommende kan lovgiver alltid påstå at et rettsgode beskyttes, da man velger å bruke loven for å beskytte en gitt interesse. På grunn av disse momentene kan kriminaliseringsprinsippene ende opp med å fungere som sluseporter, og ikke grenser, for kriminalisering.

Et av skadefølgeprinsippets og rettsgodeprinsippets felles problemer er at de ikke angir noen kausalitetskrav. Ei heller indikerer prinsippene hvor intens henholdsvis skaden/faren for rettsgodet må være. På disse to punktene må prinsippene suppleres for å «tette igjen» grensene for kriminalisering. En mulig løsning er å supplere prinsippene med læren om adekvat årsakssammenheng. Da vil kun adferd som etter et normalt hendelsesforløp vanligvis forårsaker skaderisiko for andres interesser/fare for et rettsgode, kunne kriminaliseres. For skadefølgeprinsippets del bør det også legges et minimumskrav av intensitet i skaden til grunn, for å unngå bruk av straff mot bagatellmessige skader.

Slik jeg ser det, er det problematisk å strekke på skadefølgeprinsippet for å rettferdiggjøre kriminalisering av adferd som tradisjonelt ville begrunnes med moral eller paternalisme. Da er det, etter min mening, bedre at lovgiver er åpen og ærlig om hva som er det reelle grunnene til at man kriminaliserer. Slik blir kriminalpolitikken mer transparent og forståelig for samfunnet for øvrig, og da blir det også lettere å imøtegå argumenter som fremmes for/mot kriminalisering.

Da teoretikere ikke har klart å definere skadefølgeprinsippet og rettsgodeprinsippet stringent nok til at potensialet for misbruk kan elimineres, er min konklusjon at ingen av de to prinsippene er godt nok egnet til å markere tydelige grenser for kriminalisering. Som nevnt er nok skadefølgeprinsippet noe bedre, da det er mulig å identifisere et kjerneområde for prinsippets anvendelighet. Kjerneområdet er tilfeller av klare, objektive og materialiserte skader på fysiske interesser. Jo lenger man beveger seg utenfor dette området, jo vanskeligere blir det å kategorisere adferd som skadevoldende. Dette gjelder særlig for tilfeller av fjerntliggende skader, det vil si adferd som forårsaker skade på meget indirekte eller avledede måter. Tilfeller av psykologisk skade og potensiell skade er både vanskelige å påvise objektivt, i tillegg til at årsakssammenhengen mellom slik skade og en annens adferd kan være meget usikker.

Et banalt faktum som forvansker kriminaliseringsprinsippenes evne til å markere tydelige grenser for kriminalisering, er det faktum at hverken skadefølgeprinsippet eller rettsgodeprinsippet har noen juridisk kraft. Dersom prinsippene ble lovfestet ville det være mulig å bruke prinsippene som juridiske, og ikke bare rettspolitiske, grenser for kriminalisering.

Dersom skadefølgeprinsippet skulle lovfestes i Norge ville det vært naturlig å plassere prinsippet i Grunnloven. Grunnloven er det mest logiske stedet å innlemme begrensninger på lovgivningsmyndigheten. Om skadefølgeprinsippet ble inntatt i Grunnloven måtte det i så fall bli domstolens oppgave å definere «skade». Igjen ville man støte på problemer hva gjelder spørsmålet om hva som utgjør skade, da det kan oppstå lingvistiske diskrepanser mellom dommeravgjørelser og folks språklige forståelse av ordet skade.

En annen løsning kunne vært at lovgiver lovfestet en uttømmende liste av hva som utgjør skade. Etter mitt skjønn vil samme problem som beskrevet ovenfor kunne oppstå da. For begge tilfellers vedkommende hadde man dermed risikert å svekke strafferettens legitimitet, noe som ikke er ønskelig.

Rettsgodeprinsippet egner seg heller ikke godt til lovfesting, da det ville medføre liknende problemer som medfølgende lovfesting av skadefølgeprinsippet. Dersom rettsgodeprinsippet ble lovfestet ville ikke det utgjøre noen forskjell til slik det er nå, da det uansett er lovgiver som avgjør hva som er et rettsgode. En lovfesting av hva som utgjør rettsgoder kan uansett suppleres eller forminskes av fremtidige lovendringer.

Dersom et eller flere kriminaliseringsprinsipper lovfestes som formålsbestemmelser eller politiske programerklæringer er det mulig at de kunne hatt en viss effekt på lovgiver, selv om slik lovfesting heller ikke ville utgjort noen juridisk forpliktelse. Lovgiver ville kanskje heller ha følt en sterkere politisk eller moralsk forpliktelse til å følge prinsippene, enn slik situasjonen er nå.

Slik de forekommer i dagens rettssamfunn, ligger kriminaliseringsprinsippenes makt kun i deres rettspolitiske, og ikke rettsdogmatiske, argumentasjonsverdi.

Kriminalisering er et anliggende som til syvende og sist avgjøres i politikken. Så lenge hverken skadefølgeprinsippet eller rettsgodeprinsippet er lovfestet, står den lovgivende makt i meget stor grad fritt i valget av hva som kan og bør kriminaliseres, og i hvorvidt grensene for kriminalisering i det hele tatt skal trekkes opp ved hjelp av prinsipper.

Hvor de moralske grenser for kriminalisering befinner seg, kan enhver med kriminalpolitiske meninger gjøre seg opp en betraktning om og gi uttrykk for. Denne avhandlingen bidrar med ulike løsninger på hvor slike betraktninger kan hentes fra og hvordan de kan formuleres.

## 8 Kildeoversikt

### 8.1 Litteratur

- Aly & Gruner (2008) Aly, Götz og Gruner, Wolf. *Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933-1945*. Oldenburg, 2008.
- Andenæs (1976) Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. Oslo, 1976.
- Andenæs (1990) Andenæs, Johs. *Straff, allmennprevensjon og kriminalpolitikk: artikkelsamling*. Oslo, 1990.
- Andenæs (2004) Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett*. 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2010.
- Andenæs (1994) Andenæs, Johs. *Straffen som problem*. Oslo, 1994.
- Ashworth & Horder (2013) Ashworth, Andrew og Horder, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. Oxford, 2013.
- Baker (2011) Baker, Dennis. *The Right Not to be Criminalized*. London, 2011.
- Devlin (1968) Devlin, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford, 1959.
- Feinberg (1984) Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law 1: Harm to Others*. New York, 1984.
- Feinberg (1988) Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law 4: Harmless Wrongdoing*. New York, 1988.
- Hart (1963) Hart, H. L. A., Law. *Liberty and Morality*. Oxford, 1963.
- Hassemer (2003) Hassemer, Winifried. *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidschaft ziehen? I: Die Rechtsguttheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch, og Wolfgang Wohlers (red.), 2003 s. 57-64.
- Hassemer/Neumann (2010) Winfried, Hassemer og Kaufmann, Arthur. *Einführung*

*in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg, 2010.

- Husak (2007) Husak, Douglas. *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford, 2008.
- Hobbes (1651) Hobbes, Thomas. *The Leviathan*. England, 1651.
- Hörnle (2006) Hörnle, Tatjana. *Legal Regulation of Offence, I: Regulating Offensive Behavior*. von Hirsch & Simeser (red.), Oxford, 2006.
- Jacobsen (2009) Jacobsen, Jørn. *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*. Bergen, 2009.
- Krey/Esser (2011) Krey, Volker og Esser, Robert. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart, 2011.
- Kinander (2005) Kinander, Morten. *Rettsfilosofi – en innføring*. Bergen, 2005.
- Lauterwein (2010) Lauterwein, Carl Constantin. *The Limits of Criminal Law: a Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*. Surrey, 2010.
- Lernestedt (2003) Lernestedt, Claes. *Kriminalisering – problem och principer*. Uppsala, 2003.
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus. *Nytt i ny straffelov*. Oslo, 2015.
- Mathiesen (1997) Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet: en innføring i retts sosiologi*. Oslo, 1997.
- McWilliams (1996) McWilliams, Peter. *Ain't Nobody's Business If You Do: The Absurdity of Consensual Crimes in Our Free Country*. Allen Park, 1996.
- Mill (1869) Mill, John Stuart. *On Liberty*. England, 1869.
- Nuotio (2010) Nuotio, Kimmo. *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach, I: The Boundaries of the Criminal Law*. R.A. Duff, Lindsay Farmer, S.E. Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros (red.), Oxford, 2010.
- Pershak (2007) Pershak, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*. New York, 2007.

- Roxin (2006) Roxin, Claus. *Allgemeiner Teil, Band I*. München, 2006.
- Simester & von Hirsch (2014) Simester, A. P. og von Hirsch, Andreas. *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalization*. Oxford, 2014.
- von Hirsch (2003) von Hirsch, Andrew, *Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle, I: Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch og Wolfgang Wohlers (red.), Baden-Baden, 2003.
- von Hirsch & Simester (2006) von Hirsch, Andrew og Simester A. P. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford, 2006.
- Walker (1980) Walker, Nigel. *Punishment, Danger and Stigma*. Oxford, 1980.

## 8.2 Tidsskriftsartikler

- Arneson (2013) Arneson, Richard J. "The Enforcement of Morals revisited." *Criminal Law and Philosophy*, Nr. 7, 2013, s. 435-454.
- Bernt (1994) Bernt, Jan Fridthjof, «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter», *Kritisk juss*, 1995 s. 10-36.
- Birnbaum (1834) Birnbaum, J.M.F, "Über das Erforderniß einer Rechtsgutverletzung zum Begriff des Verbrechens", *15 Archiv des Criminalrechts (Neue folge)*, 1834, Halle.
- Frøberg (2010) Frøberg, Thomas, «Prinsippstyring av strafferettspolitikken», *Kritisk Juss* 2010 s. 38-63.
- Harcourt (1999) Harcourt, B.E. (1999). "The collapse of the harm principle", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 90, nr. 1, s. 109–194.
- Husabø (1995) Husabø, Erling Johannes, Strafferetten og menneskerettene, *Jussens Venner* 1995, s. 129-143.
- Husabø (2003) Husabø, Erling Johannes, Pre-aktiv strafferett,



	<i>Tidsskrift for strafferett</i> 2003, s. 97-106.
Heinrich m.fl (2011)	<i>Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011</i> , Redigert av Manfred Heinrich, Christian Jäger, Bernd Schünemann, m.fl.
Jacobsen (2012)	Jacobsen, Jørn, «Rett/sleg forståing: Svar til Thomas Frøberg og Runar Torgersen» <i>Tidsskrift for strafferett</i> , nr. 3 2012 s. 329-344.
Myhrer (2008)	Myhrer, Tor-Geir, «Ny straffelov», <i>Jussens Venner</i> vol. 43, s. 95-135.
Swoboda (2010)	Swoboda, Sabine, „Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen“, <i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> , Nr. 1, 2010.
Stuckenberg (2013)	Stuckenberg, Carl-Friedrich, “The Constitutional Deficiencies of the German 'Rechtsgutslehre'”, <i>Oñati Socio-Legal Series</i> , vol. 3, nr. 1 (2013), s. 31-34.
Wertheimer (1977)	Wertheimer, Alan, “Victimless Crimes”, <i>Ethics</i> , vol. 87, nr. 4, 1977.

### 8.3 Norske forarbeider

Straffelovrådet (1953)	Innstilling fra straffelovrådet om forandringer i straffelovens §§ 213 og 379, 1953.
NOU 1983:57	Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkomisjonens delutredning I.
NOU 1985:19	Straffelovrådets utredning. NOU 1985:19 Pornografi og straff.
NOU 1997:23	NOU 1997:23 Seksuallovbrudd. Straffelovkomisjonens delutredning VI.
NOU 2002:4	Ny straffelov Straffelovkomisjonens delutredning VII.
Ot.prp.nr.90 (2003-2004)	Ot.prp.nr.8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet,

Innst.O nr.72 (2004-2005)	og offentlig myndighet). Innst.O.nr.72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp.nr.48 (2007-2008)	Ot.prp.nr.48 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.).
Ot.prp.nr.22 (2008-2009)	Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
Prop. 64 L (2014-2015)	Prop. 64 L (2014-2015). Lov om ikraftsetting av straffeloven 2005 (straffelovens ikraftsetningslov).
<a href="https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/hoering-forbud-mot-organisert-tigging/id2362547/">https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/hoering-forbud-mot-organisert-tigging/id2362547/</a>	Høring - forslag til endring i straffeloven 1902 og 2005 (ny § 350a og ny § 181a om forbud mot organisert tigging).

## 8.4 Norske lover

Lov av 17. mai 1814	Kongeriget Norges Grundlov (Grl.)
Lov av 22. mai 1902 nr. 10	Almindelig borgerlig straffelov (strl.)
Lov av 18. juni 1965 nr. 4	Lov om vegtrafikk (vtrl.)
Lov av 12. juni 1987 nr. 55	Lov om forbud mot fallskjermhopping mv. innenfor visse fjellområder
Lov av 12. april 1992 nr. 132	Lov om legemidler mv.
Lov av 20. mai 2005 nr. 28	Lov om straff (straffeloven av 2005)
Lov av 4. august 1995 nr. 53	Lov om politiet

## 8.5 Norsk rettspraksis

Rt. 1986 s. 292

Rt. 2014 s. 1134

## 8.6 Tyske rettskilder

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches: Allgemeiner Teil.	Alternativt lovutkast til den alminnelige delen av den tyske straffeloven. Fremsatt av tyske professorer i jus. Tübingen, 1969.
Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches: Besonderer Teil - Straftaten gegen die Person, Sexualdelikte	Alternativt lovutkast til den spesielle delen av den tyske straffeloven – seksual- og personforbrytelser. Fremsatt av tyske professorer i jus, Tübingen 1968.
Bundesverfassungsgerichtgesetz vom 12. März 1951	Loven om den tyske konstitusjonsdomstolen av 12. mars 1951
2 BvR 392/07	Den tyske konstitusjonsdomstolens avgjørelse i sak 2 BvR 392/07. «Incest-avgjørelsen», fra 2008.
BVerfGE 90, 145	Den tyske konstitusjonsdomstolens avgjørelse i sak BVerfGE 90, 145, «Cannabis-avgjørelsen» fra 1994.
BGH 2 StR 556/96	Den tyske høyesteretts avgjørelse i saken BGH 2 StR 556/96, fra 1997.
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 8. Mai 1949 (GG)	Forbundsrepublikken Tysklands grunnlov av 8. Mai 1949
Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935	Loven til beskyttelse av det tyske blod og den tyske ære fra 15. september 1935
Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (stgb.)	Den tyske straffeloven av 15. mai 1871
Betäubungsmittelgesetz vom 1. März 1994	Den tyske narkotikaloven av 1. Mars 1994

## 8.7 Øvrige kilder

Albrecht & Sieber (2009)	Albrecht, Hans-Jörg & Ulrich Sieber, « <i>Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern – Fassung vom 19. November 2007.</i> », stillingtaken til spørsmål fra den tyske forfatningsdomstolensspørsmål vedrørende straffebudet i den tyske straffeloven som forbyr incestuøse handlinger mellom søsken.
--------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>

Sand (2004)

<http://www.iep.utm.edu/law-phil/>

Husabø (2012)

<http://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>

<http://forskning.no/barn-og-ungdom-mobbing-informasjonsteknologi/2012/04/barn-brukes-som-unnskyldning-nettsensur>

Duff, R. A., *The Limits of Law*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2006.

Sand, Inger-Johanne. *Innføringsforelesninger i offentlig rett*. 2004.

Internet Encyclopedia of Philosophy - Philosophy of Law.

Husabø, Erling Johannes. «Grenser for kriminalisering av førebuingshandlingar og bruk av skjulte tvangsmidler mot terrorisme i ein demokratisk rettsstat», notat 6/12 til 22. Juli-kommisjonen. Bergen, 2012.

Stanford Encyclopedia of Philosophy.

Artikkel om barn og nettsensur av blant annet pornografi, av journalist Marianne Nordahl, publisert på nettstedet forskning.no, 2012.