



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Legalitetsprinsippets forbud mot utvidende tolkning

Følger Høyesterett egne presiseringer av analogiforbudet?

Madelen Kjeldsen

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 vår 2023

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | Innledning..... | 3 |
| 1.1 | Tema og aktualitet..... | 3 |
| 1.2 | Presisering av tema og rettslig plassering | 4 |
| 1.3 | Problemstilling og videre opplegg | 6 |
| 2 | Analogiforbudenes begrunnelse | 6 |
| 2.1 | Grunnloven § 96..... | 6 |
| 2.2 | Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 7..... | 8 |
| 3 | Rettsstilstanden før 2009 | 9 |
| 3.1 | Innledning..... | 9 |
| 3.2 | Rt. 1973 s. 433 (Passbåt)..... | 9 |
| 3.3 | Rt. 1975 s. 12 (Skipsfører) | 10 |
| 3.4 | Rt. 1994 s. 1414 (Biltyv)..... | 11 |
| 3.5 | Rt. 1952 s. 989 (Telefonsjikane) | 11 |
| 3.6 | Rt. 1994 s. 1610 (Datakriminalitet)..... | 12 |
| 3.7 | Sammenfatning..... | 13 |
| 4 | Etablerer Høyesterett en ny norm fra 2009 og til dags dato?..... | 13 |
| 4.1 | Innledning..... | 13 |
| 4.1.1 | Rt. 2009 s. 780 og Rt. 2010 s. 481 (Derivat I og II)..... | 13 |
| 4.1.2 | Rt. 2011 s. 469 (Mishandling i nære relasjoner) | 15 |
| 4.1.3 | HR-2016-1458-A (Haxi)..... | 16 |
| 4.1.4 | HR-2020-2019-A (Bruk av mobiltelefon under kjøring)..... | 17 |
| 4.2 | Sammenfatning av gjeldende rettssetning om analogiforbudet | 18 |
| 4.3 | Går Høyesterett lenger enn det som kreves etter EMK art. 7?..... | 21 |
| 5 | Følger Høyesterett konsekvent den strenge rettsregelen som er satt opp for tolkning av straffebud?..... | 23 |
| 5.1 | Innledning..... | 23 |

| | | |
|-------|--|----|
| 5.2 | Avgjørelser | 24 |
| 5.2.1 | Rt.2012 s.387 (Stedatter)..... | 24 |
| 5.2.2 | HR-2019-900-A Eksportkontroll | 27 |
| 5.2.3 | HR-2022-2089-U Droneflygning..... | 30 |
| 5.2.4 | HR-2022-2418-A IS-kvinne..... | 34 |
| 5.3 | Hovedfunn..... | 39 |
| 5.3.1 | Følger Høyesterett egne presiseringer om analogiforbudet?..... | 39 |
| 5.3.2 | Særtrekk ved avgjørelsene | 39 |
| 6 | Rettspolitiske betraktninger..... | 44 |
| | Referanseliste | 50 |
| | Lovregister | 50 |
| | Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter | 50 |
| | Forskrifter..... | 50 |
| | Konvensjoner | 50 |
| | Litteratur..... | 51 |
| | Andre kilder..... | 52 |
| | Domsregister | 52 |
| | Norsk Retstidende | 52 |
| | Lagmannsretten | 54 |
| | Tingretten | 54 |
| | Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen..... | 54 |
| | Avgjørelser fra EU-domstolen | 55 |

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Legalitetsprinsippet er et strafferettslig prinsipp som ivaretar grunnleggende rettstatsidealer som demokrati, maktfordeling og forutberegnelighet.¹ Temaet for denne avhandlingen er hvilke begrensninger som følger av det strafferettslige legalitetsprinsippet mot utvidende tolkning av straffebud. I den videre avhandlingen brukes terminologien legalitetsprinsippet om det strafferettslige legalitetsprinsippet. Ved siden av utvidende tolkning benyttes også terminologien analogiforbud, som er synonyme begreper med samme innhold.

Legalitetsprinsippet er først og fremst forankret nasjonalt og konstitusjonelt gjennom Grunnloven² § 96, hvor det fremkommer at "[i]ngen kan dømmes uten etter lov". Det er for øvrig lovfestet i alminnelig lovgivning gjennom straffeloven³ § 14. Videre er legalitetsprinsippet forankret internasjonalt gjennom menneskerettskonvensjoner som Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK)⁴ art. 7 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter⁵ (heretter SP) art. 15. Begge disse internasjonale konvensjonene er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven⁶ (heretter mrl.) § 2, med forrang ved eventuell motstrid jf. lovens § 3.

I løpet av de siste tiårene har det skjedd en utvikling på et helt grunnleggende konstitusjonelt område som har hatt stor betydning for strafferetten. Legalitetsprinsippet har vært aktualisert i en rekke avgjørelser hos Høyesterett i løpet av disse årene, og ikke minst den siste tiden. Det er rekkevidden av forbudet mot utvidende tolkning som har vært problematisert i majoriteten

¹ Se punkt 2 for grundigere drøftelse av hensynene.

² Lov 17. mai 1814 om Kongerikets Norge Grunnlov (grunnloven- grl.).

³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven-strl.).

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

⁵ International Covenant on Civil and Political rights, 16. December 1966 (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter).

⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl.).

av avgjørelsene, og som er under stadig utvikling i rettspraksis.⁷ Analogiforbudet kan nok derfor anses som den praktisk viktigste begrensningen i henhold til legalitetsprinsippet.

Rettssetningen kom særlig på dagsorden da det nylig ble avsagt to avgjørelser med politisk tilsnitt hvor analogiforbudet kom på spissen. Dette gjelder saken som omhandlet russiske droner som er omtalt i punkt 5.2.3 og saken om IS-kvinnen som er omtalt i punkt 5.2.4. Dette har skapt stort engasjement både i juridisk litteratur og i media.

1.2 Presisering av tema og rettslig plassering

Kjernen i legalitetsprinsippet er at ingen kan dømmes uten etter formell lov, dvs. lov som er foreskrevet etter prosedyren som fremkommer i Grl. §§ 76-79 (*lex scripta*). Provisorisk anordning anses å være likestilt som norsk formell lov etter rettspraksis og juridisk teori.⁸ Det følger videre av legalitetsprinsippet at straff må hjemles i norsk lov, og det er derfor ikke adgang til å straffe en person med bakgrunn i folkeretten eller annen fremmed rett.⁹ Det er imidlertid lovlig og vanlig praksis at norsk rett i likhet med andre rettssystemer blir påvirket- og til dels formet- av hverandre, og særlig internasjonale forpliktelser med andre stater har sentral betydning i strafferetten.

Legalitetsprinsippet begrenser videre lovgivers delegasjonsmuligheter til forvaltningen. I praksis foregår delegasjon gjerne slik at Stortinget har vedtatt bestemmelser om straff for overtredelser av nærmere bestemte forskrifter som er gitt i medhold av forvaltningslovgivningen, gjerne omtalt som "blankettstraffebed".¹⁰ Illustrerende i denne sammenheng er vegtrafikkloven § 31. En forutsetning for at en slik delegasjon er lovlig i

⁷ Rt. 2009 s. 780, Rt. 2010 s. 481, Rt. 2011 s. 469, Rt. 2011 s. 1455, Rt. 2012 s. 313, Rt. 2012 s. 387, Rt. 2012 s. 752, Rt. 2012 s. 1211, Rt. 2014 s. 238, Rt. 2015 s. 1345, HR-2016-1354-U, HR-2016-1458-A, HR-2016-1836-A, HR-2017-1245-A, HR-2017-1840-A, HR-2018-875-A, HR-2018-1781-A, HR-2018-1784-A, HR-2019-563-A, HR-2019-1234-A, HR-2019-900-A, HR-2019-1675-A, HR-2019-1788-A, HR-2019-2205-A, HR-2020-1723-A, HR-2020-1343-A, HR-2020-2019-A, HR-2020-2020-A, HR-2021-1780-A, HR-2022-1271-A, HR-2022-2089-U og HR-2022-2418-A.

⁸ Ole Mestad og Dag Michalsen, *Grunnloven- Historisk kommentarutgave 1814-2020*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2021 s. 1003.

⁹ Ståle Eskeland og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utgave, Cappelen Damn 2018 s. 102.

¹⁰ Ståle Eskeland og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utgave, Cappelen Damn 2018 s. 102.

henhold til legalitetsprinsippet, er at forskriften er vedtatt i tråd med fullmaktsloven. Hvis ikke er det ikke lovhjemmel for inngrepet.

Tilbakevirkningsforbudet etter Grl. § 97 og EMK art.7 er et forbud mot å gi lover en tilbakevirkende kraft, og er i stor grad begrunnet i hensynet til forutberegnelighet i likhet med legalitetsprinsippet. Forbudet har også en ellers nær sammenheng til legalitetsprinsippet, og betraktes av flere som en del av dette prinsippet.¹¹ Dersom lovgiver hadde mulighet til å kriminalisere en handling etter den var begått ved å vedta ny lovgivning, ville legalitetsprinsippet i stor grad være illusorisk.¹² Dette kan tenkes å være noe av bakgrunn til at tilbakevirkningsforbudet også er hjemlet i EMK art. 7 som legalitetsprinsippet for øvrig.

Til slutt oppstiller legalitetsprinsippet krav til innholdet i lovbestemmelsene, både når det gjelder presisjon i ordlyden av lovgiver og tolkningen av disse. Dette omtales gjerne som kjernen av legalitetsprinsippet. Høyesterett uttaler at:

"Dette omfatter dels et krav om at straffebudene utformes tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området, og dels en instruks om at domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker."¹³

Det er flere årsaker til at det er vanskelig for lovgiver å gi helt presise regler for ethvert område. "Virkeligheten kan være for kompleks når regelen gis, og i stadig endring mens den består, samtidig som samfunnsmessige hensyn kan gjøre det uakseptabelt å avstå fra regulering."¹⁴ Mengden lovtekst ville dessuten være uhåndterlig. "Man må derfor et stykke på vei akseptere skjønsmessige inngrepshjemler."¹⁵ Legalitetsprinsippet stiller imidlertid krav til en viss presisjon av lovgiver ved utformingen av lovtekster- *lex clara*. Høyesterett har om dette uttalt at gjerningsbeskrivelsen i straffebudene må "være så klar at det i de fleste tilfeller

¹¹ Thomas Frøberg, "Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015, s. 46-71, s. 49.

¹² Thomas Frøberg, "Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015, s. 46-71, s. 49.

¹³ HR-2016-1458-A avsnitt 8.

¹⁴ Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018 s. 133.

¹⁵ Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018 s. 133.

ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen".¹⁶ Lovtekster som overlater vesentlige sider ved fastleggelsen av innholdet til dommeren omtales gjerne som "rettslige standarder". Disse kan være problematiske sett i sammenheng med forutberegnelighetshensyn til borgerne som jeg kommer tilbake til senere, og må således "tolkes med varsomhet".¹⁷

Det siste aspektet av legalitetsprinsippet retter seg mot rettsandvendere. Dette er temaet for avhandlingen; de grenser som gjelder for utvidende tolkning av straffebud (analogiforbudet). Det avgrenses således mot de øvrige aspektene av legalitetsprinsippet i det følgende.

1.3 Problemstilling og videre opplegg

Ved nærmere øyesyn ser man at rekkevidden av analogiforbudet har variert over tid. Et skille kan identifiseres ved to avgjørelser i 2009 som gjerne omtales som Derivat-avgjørelsene. Problemstillingen for denne avhandlingen er hvorvidt Høyesterett følger egne presiseringer av analogiforbudet etter dette skillet i 2009.

Jeg vil først i punkt 2 redegjøre for analogiforbudets begrunnelse, både etter Grl. § 96 og EMK art. 7 for å danne et teoretisk bakteppe for avhandlingen. Videre i punkt 3 vil jeg behandle rettsstilstanden før 2009 for å belyse analogiforbudets rettsutvikling. Her analyserer jeg sentrale avgjørelser som illustrer den tidligere praktiseringen av analogiforbudet hos Høyesterett. Deretter vil jeg i punkt 4 behandle rettsutviklingen fra 2009 og frem til i dag. På bakgrunn av analysen i punkt 4 vil jeg i punkt 5 behandle problemstillingen hvorvidt Høyesterett konsekvent følger opp sin egen rettssetning om analogiforbudet i praksis. Til slutt vil jeg i punkt 6 foreta noen rettspolitiske vurderinger basert på funnene i denne avhandlingen. Jeg vil trekke noen linjer mellom de ulike punktene, og drøfte hvorvidt dagens rettsstilstand er hensiktsmessig og konsekvensene av praktiseringen av dette.

2 Analogiforbudenes begrunnelse

2.1 Grunnloven § 96

Analogiforbudet ivaretar først og fremst demokratihensynet. Det går ut på at straffebestemmelsene skal vedtas av det organet som representerer folkestyret. Borgerne skal

¹⁶ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21.

¹⁷ Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 16.

selv bestemme hva som skal være straffbart gjennom Stortinget. Dette hensynet er også fremhevet av Høyesterett.¹⁸

I nær sammenheng med dette er kravet om legalitet. Analogiforbudet krever at straff ilegges i tråd med lovgivning vedtatt av Stortinget.¹⁹ Det er følgelig ikke adgang til å ilegge straffeansvar basert på andre rettskilder. Høyesterett har blant annet bekreftet gjentakende ganger at folkeretten ikke utgjør tilstrekkelig grunnlag for ileggelse av straffeansvar i Norge.²⁰

Videre sikrer analogiforbudet hensynet til maktfordeling.²¹ Stortinget skal vedta lovene og danner således de rettslige rammene for den utøvende- og dømmende makts virksomhet. Den utøvende makt skal dermed iverksette lovgivningen som vedtas av Stortinget. Dette er påtalemyndigheten på strafferettens område. Videre skal domstolene håndheve reglene overfor borgerne. På strafferettens område er makten til å straffe fordelt mellom alle tre statsmaktene. Hvis domstolen tolker lovteksten sterkt utvidende, vil det skje en maktforskyvning fra Stortinget til domstolene.

Maktfordelingsprinsippet bygger på to grunnleggende målsettinger som er maktspredning og maktbalanse.²² En virkning av maktfordelingsprinsippet er å forhindre *vilkårlig maktmisbruk* ved å spre makten på flere organer. Dette er også påpekt av Høyesterett.²³ Statsmaktene har også en utfyllende- og kontrollerende funksjon overfor hverandre som opprettholder maktbalansen i rettssystemet.

Et annet sentralt hensyn bak analogiforbudet er hensynet til forutberegnelighet.²⁴ Høyesterett uttalte allerede i 1933 at "[s]ærlig hvor det gjelder den almindelige straffelov maa landets borgere ha krav paa at faa klar beskjed om, hvad de kan straffes for."²⁵ Dette er fulgt opp av

¹⁸ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

¹⁹ Rt. 2014 s.238 avsnitt 18.

²⁰ Rt. 2010 s. 1445 avs. 133 og Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter 1*, 1.utgave, Fagbokforlaget 2022 s. 178-179.

²¹ HR-2016-1458-A avsnitt 16

²² Arnulf Tverberg, "Grunnloven og maktfordeling", 2014, Lovdata pro, avsnitt 1 (lest 19. mars 2023).

²³ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

²⁴ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

²⁵ Rt. 1933 s. 212 s. 213.

Høyesterett i nyere tid, og domstolen uttalte blant annet i 2014 at "[l]ovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg."²⁶

I tilfeller hvor den påberopte hjemmelen benyttes utenfor sitt naturlige område, "sviktes hensynet til forutberegnelighet".²⁷ På strafferettens område bør ordlyden i straffebestemmelsene ut ifra forutberegnelighetshensyn danne en yttergrense for hva som er kriminalisert. I hvert fall bør ikke mer enn det som rammes av ordlyden, omfattes av straffeansvaret. På denne måten vil borgerne ha en reell mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og innrette seg etter gjeldende lovgivning. Dette er særlig viktig på strafferettens område, sett i lys av at straff er det største virkemiddelet staten har for å forhindre- og straffe uønsket atferd. Bergo er enig i denne betraktningen, og har uttalt at "[d]et formelle lovkravet betyr at det ikke er forutsigbart at en straffelov anvendes utenfor ordlyden; utvidende tolkning vil da bryte både med "lex stricta" og "lex clara"."²⁸

2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 7

EMK art. 7 krever ikke at rettsgrunnlaget kommer fra en folkevalgt forsamling, parlamentet. Rettsgrunnlaget kan komme fra den utøvende makt, og ulovfestet rett utviklet av domstolen tilfredsstillende også kravet til "law" etter EMK art. 7.²⁹ På denne bakgrunn ivaretar ikke EMK art. 7 hensynet til demokrati og maktfordeling slik som Grl. § 96. EMK er et internasjonalt verktøy som skal tilpasses flere ulike rettssystemer, og følgelig er det vanskelig å operere med et så strengt lovkrav.

EMD har i flere dommer fremhevet forbudet mot utvidende tolkning, ved uttalelsen at "it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment [...]".³⁰ I den forbindelse fremheves hensynet til forutberegnelighet for borgerne, som skal ha mulighet til å forutse sin rettsstilling. Domstolen har for øvrig oppstilt

²⁶ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

²⁷ Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018 s. 141.

²⁸ Knut Bergo, "Tolkning av lovkravene i Grl. §§ 96 og 113- noen kommentarer til Thomas Midttun Tobiassen, *Lov og Rett vol. 62, 2023*, s. 119-130, s. 126.

²⁹ Sunday Times mot UK [P] 1979, no. 6538/74 avsnitt 47.

³⁰ Coeme and others mot Belgia [J] 2000, no. 32492/96 avsnitt 145.

"foreseeability"³¹ som et kvalitativt krav til rettskildene. Det bærende hensynet bak analogiforbudet etter EMK art. 7 er følgelig forutbergenelighet.

Tatt i betraktning at det er flere hensyn som skal ivaretas ved anvendelsen av analogiforbudet etter Grl. § 96 sammenliknet med analogiforbudet etter EMK art. 7, kan det tenkes at forbudet vil håndheves strengere etter nasjonal rett, som jeg kommer tilbake til i punkt 4.3.

3 Rettstilstanden før 2009

3.1 Innledning

I denne delen skal jeg undersøke hva som var rettstilstanden før 2009, ved hjelp av å analysere sentrale avgjørelser fra Høyesterett. Spørsmålet som behandles er følgelig hvilke begrensninger som gjaldt i praksis for utvidende tolkning av straffebud før 2009.

3.2 Rt. 1973 s. 433 (Passbåt)

Saken gjaldt en privatperson som kjørte en plastbåt i beruset tilstand på fritiden. Spørsmålet var hvorvidt en privatperson som kjørte en 17 fots plastbåt på fritiden med motor på 115k kunne straffes etter daværende strl. § 422 som kriminaliserte å føre "skip" i beruset tilstand "under tjeneste".

Høyesterett viser først til Rt. 1996 s. 916 som gjaldt en lignende avgjørelse. Deretter la Høyesterett vekt på formålet med lovbestemmelsen som fremkom i forarbeidene, herunder uttalelser fra straffelovrådet i likhet med ovennevnte avgjørelse. Høyesterett oppsummerte formålet med bestemmelsen som "å skape sikkerhet og avverge fare i trafikken til sjøs".³² Videre fremkom det i uttalelsene fra straffelovrådet om vilkåret "skip" at "[s]om bemerket foran i avsnittet om en legaldefinisjon av begrepet skip, bør uttrykket skip forstås som omfattende alle fartøyer uansett størrelse, såfremt ikke noe annet fremgår av sammenhengen eller bestemmelsens formål."³³ Uttalelsene gjaldt vel og merke ikke strl. § 422 men førstevoterende "anser det klart at de har gyldighet også for denne bestemmelse".³⁴

³¹ S.W. mot UK [J] 1995, no. 20166/92 avsnitt 35 og C.R mot UK [J] 1995, no. 20190/92 avsnitt 33.

³² Rt. 1973 s. 433 s. 434.

³³ Rt. 1973 s. 433 s. 434.

³⁴ Rt. 1973 s. 433 s. 434

Majoriteten av domspremissene beskriver derfor hva straffelovutvalget har uttalt i sin innstilling i forbindelse med endringer va bestemmelsen i straffeloven.

Det utslagsgivende i denne saken ble formålet med straffebestemmelsen. Resultatet kan neppe falle inn under en naturlig objektiv forståelse av ordlyden "skip" og "i tjeneste" etter bestemmelsen, og argumentasjonsmønsteret illustrer at Høyesterett ikke følte seg særlig bundet av ordlyden i rettsanvendelsen. Høyesterett foretok verken en nærmere ordlydsfortolkning, eller viste for øvrig til Grl. § 96. Det ble følgelig foretatt en utvidende tolkning i strid med analogiforbudet.

3.3 Rt. 1975 s. 12 (Skipsfører)

Saken gjaldt et lignende tilfelle som ovennevnte. En skipsfører hadde drukket alkohol tidligere på dagen, og valgte deretter å bruke fiskefartøyet M/S "Mercano" på 50 fot i et privat anliggende senere. Spørsmålet i saken var hvorvidt vedkommende kunne straffes etter den tidligere strl. 1902 § 422 som kriminaliserte den som "beruser seg under tjenesten eller når denne forestår".

Høyesterett fastslo innledningsvis i avgjørelsen at bestemmelsen syntes å ramme et slikt tilfelle som denne saken, til tross for at "[d]et kan hevdes at det motsatte resultat støttes av ordlyden i bestemmelsen."³⁵ Høyesterett påpekte derfor uttrykkelig at en slik fortolkning ikke falt innenfor en naturlig objektiv forståelse av ordlyden. Resultatet baserte Høyesterett på formålsbetraktninger som fremkom i forarbeiderne og øvrige systembetraktninger.

Høyesterett sammenlignet i denne sammenheng strl. § 422 som gjaldt overordnetes beruselse med strl. § 426 nr.4 som gjaldt underordnetes beruselse. Systembetraktningene tilsa at bestemmelsen om skipsføreres beruselse neppe skulle ramme snevrere enn bestemmelsen om underordnetes beruselse. Dette ble sett i sammenheng med forarbeideruttalelser utslagsgivende i denne saken.

I denne saken konkluderte Høyesterett med at vedkommende kunne holdes strafferettslig ansvarlig etter strl. § 422. Denne saken skiller seg ut fra ovennevnte avgjørelse med tanke på at Høyesterett uttrykkelig sir at resultatet ikke faller innenfor en naturlig objektiv forståelse av

³⁵ Rt. 1975 s. 12 s. 13.

ordlyden. Høyesterett foretok derfor bevisst en utvidende tolkning i strid med analogiforbudet etter Grl. § 96.

3.4 Rt. 1994 s. 1414 (Biltyv)

Saken gjaldt en biltyv som overlot bilen til en alkoholpåvirket person. Vedkommende ble dømt for bilbrukstyveri etter tidligere strl. § 260, og spørsmålet videre var hvorvidt vedkommende kunne straffes etter vegtrafikkloven § 17 andre ledd. Det fremkom av bestemmelsen at:

"Eier av motorvogn eller den som på eierens vegne har rådighet over den, plikter å forvise seg om at den som han lar bruke motorvognen, fyller vilkårene for å kjøre den."

Høyesterett synes i denne avgjørelsen å legge avgjørende vekt på sterke reelle hensyn og at det neppe kan være lovgivers intensjon at en biltyv som overlater kjøringen til en alkoholpåvirket person skal dømmes annerledes enn en som har lovlig hånd om den. I den forbindelse uttalte Høyesterett uttrykkelig også i denne saken at i et slikt tilfellet passer ordlyden "ikke helt godt".³⁶

Høyesterett foretok i likhet med saken ovenfor bevisst en utvidende tolkning av straffebestemmelsen til tiltaltes ugunst på bakgrunn av sterke mothensyn som gjorde seg gjeldende. I dette tilfelle var det ansvarssubjektet etter bestemmelsen som ble utvidet, og ikke selve handlingen som de øvrige avgjørelsene illustrerer.³⁷

3.5 Rt. 1952 s. 989 (Telefonsjikane)

Saken omhandlet en mann som trakasserte ei dame over tid ved gjentatte oppringninger, hvor vedkommende blant annet lagde stønnelyder. Spørsmålet i saken var hvorvidt forholdet falt innenfor dagjeldende straffelov § 350 for å forstyrre "a) den alminnelig fred og orden".

Høyesterett foretok en ordlydsfortolkning av den aktuelle straffebestemmelsen og konkluderte med at bestemmelsen ikke rammet tilfellet til tross for at straffverdighensyn tilsa det motsatte. Ifølge førstevoterende kunne ikke ordlyden "den alminnelig fred og orden" bli tolket dit hen

³⁶ Rt. 1994 s. 1414 A s. 1415.

³⁷ Se likedan Rt. 1929 s. 330 og Rt. 1980 s. 1342.

at den omfattet slike forstyrrelser på et privat område som ikke påvirker "utover et beboelsesværelses fire vegger eller eventuelt til naboværelset".³⁸

I denne avgjørelsen dannet altså ordlyden en ytre ramme for hvilke tilfeller som kunne straffes etter bestemmelsen i motsetning til sakene som er redegjort for ovenfor.

Analogiforbudet ble ikke uttrykkelig nevnt, men uttalelsene viser essensen av rettssetningen.

3.6 Rt. 1994 s. 1610 (Datakriminalitet)

De tiltalte i denne saken hadde produsert og omsatt filtre som gjorde det mulig å motta fjernsynssendinger fra Tv 1000, uten betaling og uten samtykke fra rettighetshaver. Det avgjørende spørsmålet i saken var hvorvidt slike filtre kunne regnes som "data" i henhold til tidligere straffelovens § 195.

I den forbindelse uttalte Høyesterett at "[r]ent språklig ligger det nærmest å forstå uttrykket data slik at det omfatter faktiske opplysninger og informasjon. Det var ikke naturlig å forstå det slik at det omfattet fjernsynsprogrammer."³⁹ Høyesterett åpnet imidlertid for muligheten at forarbeider kan tale for en utvidende tolkning av ordlyden, men at forarbeidene ikke ga grunnlag for det i denne saken.⁴⁰ Ordlyden fremsto dermed ikke som en absolutt og unntaksfri skranke.

Høyesterett kom i denne avgjørelsen til at tilfellet falt utenfor ordlyden og kunne derfor ikke straffes etter bestemmelsen. Høyesterett erkjente imidlertid at "reelle hensyn taler for at markedsføring av dekodere og filtre for å ta inn fjernsynssendinger på irregulært vis bør være belagt med straff".⁴¹

Ordlyden dannet utgangspunktet for drøftelsen til førstevoterende. Det var ikke tilstrekkelig at straffverdighetsbetraktninger tilsa straff så lenge tilfellet falt utenfor ordlyden.⁴² Ordlyden fremstår imidlertid ikke absolutt, sett i sammenheng med vurderingen hvorvidt forarbeidene kunne gi grunnlag for utvidende tolkning. Denne avgjørelsen ble avsagt med dissens 3-2. Uenigheten knyttet seg til ordlydsfortolkningen. Annenvoterende vurderte ikke muligheten

³⁸ Se Rt. 1952 s. 989 A s. 989.

³⁹ Rt. 1994 s.1610 s. 1612.

⁴⁰ Rt. 1994 s.1610 s. 1612.

⁴¹ Rt. 1994 s.1610 s. 1613.

⁴² Rt. 1995 s. 1734 trekker i samme retning.

for utvidende tolkning, men tvert imot for innskrenkende tolkning som er i tråd med analogiforbudet.

3.7 Sammenfatning

Hovedtendensen før 2009 synes å være at Høyesterett ikke anser seg særlig bundet av ordlyden i straffebestemmelsene. Høyesterett foretar utvidende tolkninger basert på øvrige rettskilder, herunder særlig forarbeider og reelle hensyn. Dette kan imidlertid nyanseres noe. I enkelte tilfeller er det holdepunkter i forarbeidene for at det er lovgivers intensjon at tilfellet skal rammes av straffebestemmelsen, selv om formuleringen ikke er vellykket i det henseende. Det kan stilles spørsmål hvorvidt demokratihensynet er ivarettatt ved bruk av forarbeider som grunnlag for utvidende tolkning av ordlyden. En forutsetning for dette er at lovgiver, samtidig som loven vedtas, også "vedtar" forarbeidene. En liknende tankegang blir tilsynelatende lagt til grunn av Høyesterett i båtavgjørelsene overfor. I disse avgjørelsene vektla Høyesterett formålet med lovgivningen som fremkom i forarbeidene, som ga uttrykk for lovgivers intensjon. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til i punkt 4.2. Det store bildet viser imidlertid en praksis som i stor grad åpner for utvidende tolkninger basert på øvrige rettskilder enn selve ordlyden. Høyesterett problematiserer i liten grad denne rettstilstand i lys av analogiforbudet og legalitetsprinsippet for øvrig.

4 Etablerer Høyesterett en ny norm fra 2009 og til dags dato?

4.1 Innledning

Jeg skal nå undersøke om analogiforbudets stilling i norsk rett endret seg etter 2009, ved hjelp av å analysere et utvalg avgjørelser fra Høyesterett. Jeg skal også i den forbindelse kartlegge det nærmere innholdet- og rekkevidden av rettssetningen basert på ulike formuleringer hos Høyesterett i disse avgjørelsene.

4.1.1 Rt. 2009 s. 780 og Rt. 2010 s. 481 (Derivat I og II)

Derivat I omhandlet spørsmålet hvorvidt gammabutyrolakton (forkortet GBL) kunne anses som derivat av gammahydroksybutyrat (forkortet GHB) som ble regnet som narkotika etter

narkotikaforskriften. Spørsmålet ble regulert av narkotikaforskriften § 2 annet ledd som kriminaliserer "derivater" av de oppførte stoffene.⁴³

Høyesterett fastslo innledningsvis at "[s]pørsmålet om hvorvidt GBL skal anses som narkotika, beror på en tolkning av derivatalternativet i narkotikaforskriften § 2 andre ledd."⁴⁴ Videre fremholdt Høyesterett at "[d]a dette er en straffebestemmelse, må bestemmelsen tolkes på bakgrunn av det krav til lovhjemmel som følger av EMK artikkel 7."⁴⁵ Dette klare utgangspunktet er i seg selv en markant endring i forhold til tidligere avgjørelser hvor Høyesterett i ingen- eller liten grad viser til legalitetsprinsippet i rettsanvendelsen.

Videre redegjorde Høyesterett for det nærmere innholdet av legalitetsprinsippet.

Førstevoterende uttalte at "[e]tter EMDs praksis inneholder artikkel 7 ikke bare et forbud mot tilbakevirkende straffelovgivning, men bestemmelsen stiller også krav om at lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten, og forbyr at straffebestemmelser blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte [...]".⁴⁶

Høyesterett uttalte i sitatet overfor at legalitetsprinsippet besto av to viktige komponenter- analogiforbudet som omtales i denne fremstillingen og klarhetskrav som omhandler presisjonskrav til lovformuleringene. På denne måten knesatt dermed domstolen analogiforbudet uttrykkelig som rettssetning, i motsetning til tidligere hvor det er kommet til uttrykk mer implisitt i enkelte avgjørelser.

I denne saken la Høyesterett til grunn den kjemiske derivatdefinisjon, som ikke omfattet GBL. Høyesterett uttalte at "[d]et å tolke derivatregelen i narkotikaforskriften § 2 andre ledd slik at den omfatter GBL, vil imidlertid representere en klart utvidende fortolkning av bestemmelsen, og en slik utvidende fortolkning vil etter min mening være i strid med EMK artikkel 7."⁴⁷ Analogiforbudet utgjorde dermed en absolutt ramme for tolkningen av ordlyden i straffebestemmelsen.

⁴³ Forskrift 30 juni 1978 nr. 8 om narkotika (narkotikaforskriften) § 3 nr. 2 annet ledd.

⁴⁴ Rt. 2009 s.780 avsnitt 20.

⁴⁵ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 20.

⁴⁶ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21.

⁴⁷ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 31.

Høyesterett fulgte videre opp denne forståelsen i Derivat II-avgjørelsen. Spørsmålet var hvorvidt fenazepam var å anse som narkotika som følge av derivat-regelen i narkotikalista § 2 annet ledd. Her uttalte Høyesterett at "[f]or straffesaker gjelder det et ganske strengt lovkrav, jf. EMK artikkel 7."⁴⁸ Videre ble det lagt til grunn samme forståelse av det nærmere innholdet i analogiforbudet som i Derivat I.

Resultatet ble det samme som i Derivat I-avgjørelsen. En annen tolkning ville ikke hatt tilstrekkelig forankring i forskriftens ordlyd, og således ville det ført til en utvidende fortolkning strid med analogiforbudet.

4.1.2 Rt. 2011 s. 469 (Mishandling i nære relasjoner)

Saken omhandlet en mann som hadde mishandlet tidligere samboer etter samboerforholdets opphør. Spørsmålet var hvorvidt *tidligere samboer* måtte likestilles med *tidligere ektefelle* og således rammes av strl. § 219 bokstav a.

Strl. § 219 bokstav a omfattet etter ordlyden grov- eller gjentatt mishandling av "tidligere eller nåværende ektefelle", og følgelig falt tidligere samboer utenfor bestemmelsens ordlyd.

Høyesterett uttalte i forbindelse med å subsumere det aktuelle tilfellet under bestemmelsen at "[e]n slik utvidelse av straffeansvaret, sammenliknet med det som følger av ordlyden i § 219, må ha hjemmel i lov."⁴⁹ Videre viste Høyesterett både til Grl. § 96 og EMK art. 7. Deretter ble det fremholdt at "[s]traffverdighet eller andre reelle grunner som kan tale for å sidestille tidligere samboere med tidligere ektefeller, er ikke tilstrekkelig."⁵⁰

Uttalelsene fra Høyesterett illustrerer at ordlyden danner en ytre ramme for hvilke handlinger som kan straffes etter bestemmelsen. Dersom en bestemmelse anvendes på et tilfelle som ikke rammes etter ordlyden i straffebestemmelsen, foreligger det ikke lovhjemmel for å holde vedkommende strafferettslig ansvarlig. Det vil følgelig være i strid med analogiforbudet. Det gjaldt også i tilfeller som dette, hvor det var holdepunkter i forarbeidene for at mishandling av tidligere samboer skulle omfattes av kriminaliseringen. Det var heller ikke anledning til å

⁴⁸ Rt. 2010 s. 481 avsnitt 20.

⁴⁹ Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9.

⁵⁰ Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9.

tolke ordlyden utvidende basert på straffverdighetsbetraktninger eller andre gode grunner som tilsa motsatt resultat. Dette har gode grunner for seg.

Høyesterett konkluderte med at vedkommende ikke kunne holdes strafferettslig ansvarlig etter strl. § 219 bokstav a. Tilfellet falt utenfor bestemmelsens ordlyd og det var ikke grunnlag for en utvidelse av straffeansvaret.

4.1.3 HR-2016-1458-A (Haxi)

Saken omhandlet en person som hadde utført persontransport mot vederlag, der kontrakten ble etablert mellom sjåfør og passasjer gjennom en mobilapplikasjon kalt "Haxi".

Hovedspørsmålet var hvorvidt dette tilfellet ble rammet av yrkestransportloven § 4 første ledd andre punktum og om det således var krav om løyve. En forutsetning etter bestemmelsen var at "tilbod om transport vert retta til ålmenta på offentleg plass".

Det springende punktet i denne saken var derfor hvorvidt vilkåret kunne anses oppfylt ved bruk av en slik mobilapplikasjon, og at det følgelig forelå krav om løyve.

I denne saken fastslo også Høyesterett innledningsvis legalitetsprinsippet før det ble foretatt en nærmere tolkning av bestemmelsen. Høyesterett fulgte derfor opp tidligere avgjørelser om det nærmere innholdet av analogiforbudet, men formulerte det etter min mening mer presist. Høyesterett uttalte at "domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffeansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker".⁵¹

For å ilegge straffeansvar er det derfor en forutsetning at den aktuelle handlingen eller situasjon dekkes av ordlyden i straffebudet. Til slutt uttalte Høyesterett at "[e]n eventuell utvidelse av straffesanksjonerte løyveplikten må, av hensynet til lovkravet som jeg har vært inne på, uansett skje ved ny lovgivning, ikke gjennom analogisk anvendelse av lovregelen om løyveplikt i yrkestransportloven § 4 første ledd andre punktum."⁵² Her forankret Høyesterett forbudet mot utvidende tolkning i maktfordelingsprinsippet. Det er ikke domstolen sin oppgave å utvide straffeansvaret, men lovgiver som må vedta ny lovgivning. Dersom domstolen utvider straffeansvaret i strid med ordlyden vedtatt av lovgiver, vil domstolen gå

⁵¹ HR-2016-1458-A avsnitt 8.

⁵² HR-2016-1458-A avsnitt 16.

for langt i sin rettsskapende virksomhet. Høyesterett oppstilte også i den forbindelse en absolutt (reservasjonsløs) regel om analogiforbudet.

I denne avgjørelsen konkluderte Høyesterett i tråd med analogiforbudet at vilkåret for løyveplikt ikke var oppfylt. Dette ble begrunnet i at tilfellet ikke falt inn under en naturlig språklig forståelse av ordlyden og en utvidende tolkning ville ikke vært i tråd med Grl. § 96 og EMK art. 7.

4.1.4 HR-2020-2019-A (Bruk av mobiltelefon under kjøring)

Saken gjaldt overtredelse av vegtrafikkloven § 31 første ledd, jf. § 23 b, jf. forskrift om forbud mot førers bruk av håndholdt mobiltelefon under kjøring med motorvogn § 2.

Vedkommende hadde påbegynt en melding mens bilen sto i ro i kø, og la den deretter bort når køen begynte å bevege på seg. Spørsmålet var hvorvidt denne type bruk ble rammet av ordlyden "under kjøring" etter forskriften.

I denne saken uttalte Høyesterett at "[k]larhetskravet innebærer at domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffeansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker."⁵³ Videre at "[m]anglende støtte i ordlyden avhjelpest ikke av at lovgiver har ønsket å ramme forholdet, eller at forholdet er klart straffverdig."⁵⁴

Et fellestrekk med disse avgjørelsene, er at lovkravet som følger av Grl. § 96 og EMK art. 7 danner utgangspunktet for drøftelsen til Høyesterett, og følgelig setter analogiforbudet en absolutt grense for hvilke tilfeller som kan subsumeres under bestemmelsen.

Sitatet ovenfor illustrer et viktig poeng. Det gjelder et objektivt tolkningsprinsipp på strafferettens område, og det avgjørende er hva som følger av en naturlig objektiv forståelse av ordlyden. Dette sa Høyesterett eksplisitt først i Rt. 2014 s.238 og deretter i denne saken, selv om det fremkom som tidligere nevnt indirekte i Rt. 2011 s.469. Det er de formelle lovene som er forutberegnelig for borgerne og som innehar tilstrekkelig legalitet i tråd med Grl. § 96.

⁵³ HR-2020-2019-A avsnitt 16.

⁵⁴ HR-2020-2019-A avsnitt 16.

Høyesterett uttalte at "[d]et er likevel slik at straffebestemmelser må tolkes, og utgangspunktet ved tolkningen er alminnelig juridisk metode."⁵⁵ Med andre ord er ikke analogiforbudet til hinder for juridisk metode, men "innebærer at det endelige tolkningsresultatet må ha tilstrekkelig forankring i selve loven, slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas".⁵⁶ Dette er i tråd med Høyesteretts tidligere uttalelse som det vises til i denne avgjørelsen, om "[a]t innholdet i straffebestemmelser må kunne klarlegges fra sak til sak, er altså en naturlig del av juridisk metode. Forutsetningen er likevel at bestemmelsens kjerne etter denne tolkningsprosessen forblir den samme slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas."⁵⁷

Høyesterett konkluderte i tråd med en naturlig objektiv forståelse av ordlyden, at tilfellet rammes etter formuleringen "under kjøring" i henhold til vegtrafikkloven § 31, jf. § 23 b jf. forskriftens § 2.⁵⁸ Vedkommende ble derfor dømt.

4.2 Sammenfatning av gjeldende rettssetning om analogiforbudet

På bakgrunn av avgjørelsene overfor skal jeg nå oppsummere innholdet av gjeldende rettssetning om analogiforbudet. Jeg vil påpeke innledningsvis at Høyesterett ikke er konsekvent med terminologibruk for å beskrive forbudet mot utvidende tolkning i avgjørelsene, som kan gjøre det utfordrende å kartlegge det nærmere innholdet av rettssetningen.

Derivat-avgjørelsene i 2009 og 2010 representerer et klart skille hos Høyesterett for analogiforbudets stilling i norsk rett. Det oppstilles nå et formelt legalitetsprinsipp, herunder analogiforbud som utgjør en absolutt skranke for rettsanvendelsen.

⁵⁵ HR-2020-2019-A avsnitt 17.

⁵⁶ HR-2020-2019-A avsnitt 17.

⁵⁷ HR-2019-900-A avsnitt 32.

⁵⁸ Disse avgjørelsene følger samme linje: Rt. 2012 s. 313, Rt. 2012 s. 387, Rt. 2012 s.1211, Rt. 2014 s. 238, Rt. 2015 s. 1345, HR-2016-1836-A, HR-2017-1245-A, HR-2018-1781-A, HR-2019-1234-A, HR-2020-955-A og HR-2020-1724-A.

Frøberg tar til orde for at denne tilstrammingen ikke kan betraktes som "lyn fra klar himmel".⁵⁹ Det kan snarere beskrives som "en omlegging av argumentasjonsmønsteret som fullt ut var i tråd med en langvarig rettsutvikling".⁶⁰ Han mener derfor at det har skjedd en gradvis endring hos Høyesterett. Bergo synes å ha et annet syn enn Frøberg. Han uttaler at "Grl. § 96 ble lenge forstått slik at bestemmelsen forbød analogi, men ikke utvidende tolkninger."⁶¹ Videre sier han at "[f]ra 2009 og fremover endret Høyesterett dette."⁶² Han uttyper videre at "[m]ed referanse til EMDs tolkning av lovkravet i EMK ga Høyesterett generelle uttalelser om forståelsen av Grl. § 96 og EMK artikkel 7.1, og slo fast at det *straffbare forhold må dekkes av lovens ordlyd, med forbudet mot utvidene tolkning i tiltaltes disfavør*."⁶³

Jeg er enig i Bergo sin betraktningssmåte her. Selv om ordlyden dannet en ramme for rettsanvendelsen i Høyesterett i avgjørelsene om telefonsjikane og datakriminalitet, er dette svært få tilfeller av en rekke saker som danner et mønster hvor ordlyden i ingen- eller liten grad vektlegges. Høyesterett har siden avgjørelsen i 2009 vært helt konsekvent på det overordnede normplanet. Analogiforbudet utgjør nå et absolutt forbud mot å anvende en straffebestemmelse på atferd som faller utenfor en naturlig objektiv forståelse av ordlyden, og 2009 må følgelig betraktes som et klart skille.

Videre synes Høyesterett å ha endret metodemessig syn rundt forarbeider som rettskilde og supplement til lovgivningen. Høyesterett la det indirekte til grunn allerede i Rt. 2011 s. 469 og uttalte det videre uttrykkelig i Rt. 2014 s. 238⁶⁴ og HR-2020-2019-a⁶⁵ at manglende støtte i ordlyden avhjelpes ikke ved at forarbeider viser at lovgivers intensjon var å ramme slike

⁵⁹ Thomas Frøberg, "Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015, s. 46-71, s. 55.

⁶⁰ Thomas Frøberg, "Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015, s. 46-71, s. 55.

⁶¹ Knut Bergo, "Tolkning av lovkravene I Grl. §§ 96 og 113- noen kommentarer til Thomas Midttun Tobiassen, *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 119-130, s. 122.

⁶² Knut Bergo, "Tolkning av lovkravene I Grl. §§ 96 og 113- noen kommentarer til Thomas Midttun Tobiassen, *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 119-130, s. 122.

⁶³ Knut Bergo, "Tolkning av lovkravene I Grl. §§ 96 og 113- noen kommentarer til Thomas Midttun Tobiassen, *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 119-130, s. 122.

⁶⁴ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 24.

⁶⁵ HR-2020-2019-a avsnitt 16.

tilfeller. Det gjelder følgelig et objektivt tolkningsprinsipp, og det avgjørende er hva som faller inn under en naturlig objektiv språklig forståelse av ordlyden i bestemmelsen. En slik betraktningssmåte om forarbeidene som nevnt i punkt 3.7 kan dermed ikke anses å være riktig lenger. Selv om demokratihensynet kan sies å være til dels ivaretatt i slike tilfeller, vil problemet med en utvidende tolkning være det prinsipielle synet om at domstolene ut fra maktfordelingshensyn ikke bør foreta utvidende tolkninger av en objektiv forståelse av ordlyden. Dette synet støttes også i juridisk litteratur. Bergo har blant annet uttalt at "[v]ed tolkning av lover starter HR alltid med analyse av ordlyd og forarbeider, med mindre det foreligger prejudikat. Er det motstrid mellom disse rettskildene, følger HR nå oftest lovens ordlyd, mens man for noen tiår siden lettere viste til forarbeidene som "lovgivers mening" og fulgte dere anvisning."⁶⁶ Legalitetsprinsippet er nå et krav om rettsgrunnlag i formell lov, og det er gjerningsbeskrivelsen som setter en grense for hvilke tilfeller som rammes i henhold til analogiforbudet.

Analogiforbudet er imidlertid ikke til hinder for alminnelig juridisk metode, så fremt bestemmelsens "kjerne" forblir det samme. I tråd med juridisk metode er det normalt og viktig at det skjer en gradvis presisering av lovbestemmelsene i rettspraksis.⁶⁷

I nyere praksis har det også skjedd en tydelig endring i argumentasjonsmønsteret til Høyesterett. Nå tar Høyesterett konsekvent utgangspunkt i ordlyden. Det foretas deretter en presiserende tolkning i lys av andre rettskilde i tråd med alminnelig juridisk metode. Straffebudets grenser, slik de er fastlagt ut fra en objektiv tolkning av gjerningsbeskrivelsen danner en yttergrense for hvilke tilfeller som kan subsumeres under straffebestemmelsen. Tidligere praksis baserte seg motsetningsvis på en to-trinns modell i vurderingen hos Høyesterett. " (1) Ligger forholdet innenfor ordlyden? (2) Hvis nei, foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å tolke ordlyden utvidende?"⁶⁸ Om denne endringen uttaler Frøberg at "[i] dagens praksis synes argumentasjonen kun å følge en totrinnsmodell der gjerningsbeskrivelsen er oppfylt- og da med motsatt fortegn: Dersom handlingen dekkes av ordlyden, er spørsmålet om straffebudet bør tolkes innskrenkende på bakgrunn av andre

⁶⁶ Knut Bergo, *Retts praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022, s. 28.

⁶⁷ Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018, s. 138.

⁶⁸ Thomas Frøberg, "Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015, s. 46-71, s. 67.

rettskilder; altså en fortolkning i lys av den alminnelige rettsstridsreservasjon."⁶⁹ En slik innskrenkende tolkning er i tråd med analogiforbudet.

Bergo synes å være enig i en slik betraktning om innholdet av analogiforbudet. Han fremholder at:

"Lov- og forskriftsteksten er eneste tillate hjemmelsgrunnlag- sakstilfellet må fanges opp av ordlyden. Hva forarbeidene sier er uten betydning dersom lovens ordlyd ikke strekker til, og det spiller da heller ingen rolle om atferden anses straffverdig. Disse rettskildene kan- så lenge vi kun ser på det formelle lovkravet- begrunne valg av (presiserende) tolkning innenfor rammen av ordlyden, eller innskrenkende tolkning i tiltaltes favør. Utvidende eller analogisk tolkning av et straffebud eller innskrenkende tolkning av et annet straffbarhetsvilkår er ikke tillatt, uansett hvor mye disse rettskildene tilsier det."⁷⁰

Straffebudets grenser, slik det er fastlagt ut fra en objektiv tolkning av gjerningsbeskrivelsen, danner derfor yttergrensen for lovens anvendelsesområde. Innenfor disse grensene er det adgang til å bruke andre rettskilder for å foreta en presiserende tolkning av ordlyden.

Det er derfor skjedd en betydelig utvikling av analogiforbudet i rettspraksis etter 2009, og innholdet av rettssetningen blir i stadig større grad presisert og kartlagt.

4.3 Går Høyesterett lenger enn det som kreves etter EMK art.7?

Høyesterett anvender analogiforbudene i Grl. § 96 og EMK art. 7 side om side i nyere praksis. Jeg viser særlig til Rt. 2011 s. 469 hvor Høyesterett anvender begge hjemlene og viser samtidig til Derivat saken hvor kun EMK art. 7 ble benyttet. Gjennom fellesomtalen kan det synes som at domstolen stilltiende legger til grunn at det oppstilles samme krav etter begge hjemlene.⁷¹ Denne omtalen gjelder legalitetsprinsippet i sin helhet, men det samme må gjelde for analogiforbudet som del av legalitetsprinsippet. Dette støttes også i juridisk litteratur. Aall

⁶⁹ Thomas Frøberg, "Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015, s. 46-71, s. 67.

⁷⁰ Knut Bergo, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022, s. 368.

⁷¹ Thomas Frøberg, "Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015, s. 46-71, s. 63.

har blant annet uttalt at "[p]resisjonskravet etter Grunnloven og EMK-retten antas nå å være like strengt. Det samme gjelder holdningen til analogisk og utvidende lovanvendelse."⁷²

I det følgende skal jeg undersøke om praktiseringen av analogiforbudene er sammenfallende, eller om de kan gi grunnlag for ulikt resultat. Dette vil skape en bedre forståelse om dagens rettstilstand, og om den nærmere praktiseringen av rettssetningen i praksis.

Jeg har tidligere i avhandlingen i punkt 2.2 nevnt at EMK art. 7 opererer med et bredere lovbegrep sammenliknet med grunnloven § 96. EMD har blant annet uttalt gjentakende ganger at begrepet "law" i artikkel 7 "alludes to the very same concept as that to which the convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law".⁷³

Sitatet illustrerer at det skal legges til grunn et autonomt innhold av begrepet "law", og innholdet er følgelig sammenfallende med øvrige artikler i konvensjonen. Det avgjørende etter konvensjonen er hvorvidt rettsgrunnlaget samlet sett fremstår forutberegnelig for borgerne. Det aksepteres at innhold i straffebudet må tolkes i lys av rettspraksis og at tolkningen kan endre sett etter tid. Høyesterett påpekte om dette i Rt. 2012 s.387 at hvorvidt analogiforbudet etter EMK art. 7 er ivaretatt "beror på en konkret vurdering av bestemmelsens ordlyd, formål, forarbeider og rettspraksis om det på gjerningstidspunktet var forutsigelig at man risikerte domfellelse for forholdet [...]".⁷⁴ Deretter behandlet Høyesterett analogiforbudet etter Grl. § 96 i eget avsnitt.

Et eksempel som kan være noe illustrerende for hvordan disse ulikhetene potensielt kan slå ut i praksis er saken som omhandlet vold mot tidligere samboer etter samboerforholdets opphør. Spørsmålet saken reiste var hvorvidt mishandling i denne type relasjon falt under anvendelsesområdet til strl. § 219.⁷⁵ Bestemmelsen kriminaliserte blant annet mishandling mot "tidligere eller nåværende ektefelle" og noen i gjerningspersonens "husstand". Det avgjørende i saken var hvorvidt samboerskap kunne likestilles med ekteskap og således straffes etter bestemmelsens bokstav a.

⁷² Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018, s. 145.

⁷³ S.W. mot UK [J] 1995, no. 20166/92 avsnitt 35 og C.R mot UK [J] 1995, no. 20190/92 avsnitt 33.

⁷⁴ Rt. 2012 s. 387 avsnitt 21.

⁷⁵ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) § 219.

Den type forhold som denne saken aktualiserte fremgikk ikke uttrykkelig av lovens ordlyd som rammet "tidligere ektefelle". Stortinget hadde imidlertid tatt konkret stilling til mishandling av tidligere samboer i forarbeidene, hvor det fremgikk klart at også disse tilfellene var ment og rammes av bestemmelsens bokstav a.⁷⁶ Fra et EMK-perspektiv kan rettsgrunnlaget samlet sett fremstå som forutberegnelig for borgerne sett i sammenheng med uttalelsene fra lovgiver, og følgelig er hensynet bak EMK art. 7 ivaretatt. Høyesterett kom imidlertid i denne saken til at straffebestemmelsens ordlyd ikke omfattet vold mot tidligere samboer, og følgelig kunne ikke vedkommende straffes i tråd med analogiforbudet etter Grl. § 96.

EMK-retten har hatt stor innvirkning på utviklingen av analogiforbudet i norsk rett, og følgelig er mye av innholdet i forbudet etter EMK art. 7 og Grl. § 96 sammenfallende. Likevel er ikke analogiforbudet etter EMK art. 7 så strengt at det automatisk vil innebære en krenkelse dersom en straffebestemmelse benyttes utenfor rammene etter en naturlig objektiv forståelse av ordlyden i motsetning til Grl. § 96.

5 Følger Høyesterett konsekvent den strenge rettsregelen som er satt opp for tolkning av straffebud?

5.1 Innledning

Sakene som har aktualisert analogiforbudet siden 2009 som er behandlet i punkt 3, illustrerer at Høyesterett hovedsakelig følger opp egen rettssetning også i enkeltsaker. Dette gjenspeiles i argumentasjonsmønsteret til Høyesterett i sakene som er avgjort etter tilstrammingen. I det følgende skal jeg undersøke om denne praksisen er konsekvent, eller om det finnes unntak. Det skal jeg gjøre ved å analysere utvalgte avgjørelser fra Høyesterett i løpet av de siste tiårene, hvor konklusjon kan fremstå noe tvilsom sett i sammenheng med forbudet mot utvidende tolkning.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 113 (2004-2005) om lov om oppheving av løsgjengerloven og om endringer i straffeloven mv. (eget straffebud mot vold i nære relasjoner mv.) s. 46.

5.2 Avgjørelser

5.2.1 Rt.2012 s.387 (Stedatter)

Saken gjaldt en mann som hadde seksuell omgang med sin stedatter på 18 1/2 år under en fergetur. Spørsmålet i saken var hvorvidt seksuell omgang med stebarn over 18 år var straffbart i henhold til strl. § 199. Det fremgikk av bestemmelsen at:

"Den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt, straffes med fengsel inntil 5 år."

Det er klart at vilkåret under 18 år knytter an til "noen annen person som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt". Det tvilsomme spørsmålet i saken var om aldersvilkåret også knyttet an til "fosterbarn". Hvis spørsmålet ble besvart bekreftende, ville seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn og stebarn over 18 år ikke være straffbar. Hvis man derimot leste ordlyden som at "under 18 år" ikke viste tilbake på fosterbarn mv. ville handlingen være straffbar.

Førstevoterende foretok innledningsvis en ordlydsfortolkning, og påpekte i den sammenheng at ordet "annen" kunne tyde på at attenårsgrensen er knyttet til alle alternativene.

Motsetningsvis pekte førstevoterende på at ordlyden også kan tolkes dit hen at det refereres til andre personer enn de første alternativene, og at attenårsgrensen følgelig ikke er knyttet til disse. Førstevoterende uttalte derfor at det var et valg mellom "to alternative lovforståelser som begge dekkes av lovens ordlyd".⁷⁷

Domstolen viste deretter til lovhistorikken og forarbeidene som illustrerte at attenårsgrensen ikke var ment knyttet til de første alternativene "fosterbarn, pleiebarn, stebarn". I denne saken sto Høyesterett følgelig overfor et tilfelle hvor det var en klar lovgiverintensjon som fremkom i forarbeidene, men denne lovgiverintensjonen er ikke kommet riktig til uttrykk i lovens ordlyd.

Førstevoterende konkluderte med at attenårsgrensen ikke gjaldt vilkåret "stebarn". Det ble i den forbindelse vektlagt i stor grad forarbeidene og lovhistorikken. På slutten fremhevet førstevoterende at det ikke var i strid med legalitetsprinsippet å legge en slik forståelse til

⁷⁷ Rt. 2012 s. 387 avsnitt 10.

grunn, siden det uansett ikke var "spørsmål om å gå utenfor ordlyden i denne saken, men- ut fra alminnelig rettskildebruk- å velge en av to tolkninger som ordlyden gir grunnlag for".⁷⁸ Anken ble følgelig forkastet, og domfellelsen av tiltalte ble opprettholdt.

Annenvoterende kom derimot til motsatt resultat. Annenvoterende var enig med førstevoterende at lovbestemmelsens forhistorie i forarbeidene tilsier at lovgivers intensjon ikke var at attenårsgrensen skulle knyttes til de øvrige vilkårene. Videre uttalte annenvoterende at ordlyden uansett ikke kan tolkes annerledes "enn at det nye ordet "annen" likevel innebærer at attenårsgrensen blir gjeldende også for kategoriene tidligere i oppregningen, nemlig fosterbarn, pleiebarn og stebarn".⁷⁹ For øvrig uttalte annenvoterende at "det kan fremstå som nærliggende å forstå «barn» i uttrykket «fosterbarn, pleiebarn, stebarn» som å skulle markere en grense mot «voksen»". Det naturlige skjæringspunkt i så måte er da nettopp myndighetsalderen, altså 18 år."⁸⁰ Det vil som påpekt oppfattes moralsk forkastelig dersom en omsorgsperson har seksuell omgang med stebarn over atten år, " [m]en det fremstår ikke som opplagt at dette også skal være straffbart når det ikke foreligger en utnyttelse av et avhengighets- og tillitsforhold."⁸¹

Annenvoterende konkluderer derfor med at "[u]t fra det strenge krav til klarhet i straffebestemmelser som tilsies av grunnleggende rettssikkerhetshensyn, mener jeg på denne bakgrunn at grensen for det straffbare her må trekkes etter det som følger av ordlyden."⁸²

Jeg skal nå undersøke hvorvidt førstevoterendes konklusjon er i tråd med ordlyden i straffebestemmelsen, og følgelig analogiforbudet. I den forbindelse viser jeg til straffebestemmelsens ordlyd gjengitt overfor.

Formuleringen som ble tatt inn i 1992 noen "annen" person tilsier etter en naturlig språklig forståelse at attenårsgrensen gjelder også de øvrige kategoriene. Ordet "annen" tyder på at det er ment som en henvisning og sammenlikning i forhold til tidligere alternativer. Det vil være naturlig i denne sammenheng å tenke ordet "enn" og deretter de første kategoriene, som

⁷⁸ Rt. 2012 s. 387 avsnitt 22.

⁷⁹ Rt. 2012 s. 387 mindretallsvotum avsnitt 27.

⁸⁰ Rt. 2012 s. 387 mindretallsvotum avsnitt 29.

⁸¹ Rt. 2012 s.387 mindretallsvotum avsnitt 30.

⁸² Rt. 2012 s.387 mindretallsvotum avsnitt 32.

annenvoterende påpeker i avgjørelsen.⁸³ Dersom det ikke skulle vise tilbake til alternativene "fosterbarn" mv. ville ordet "annen" i stor grad vært overflødig.

Jeg er enig med både førstevoterende og annenvoterende at det av lovgivers intensjon fremgikk tydelig at attenårsgrensen ikke skulle gjelde for de øvrige vilkårene. Dette klarte imidlertid ikke lovgiver å formidle gjennom formuleringen i bestemmelsen. Tidligere strl. § 209 hadde formuleringen "eller noen under 18 år". Når lovgiver da endret ordlyden i forbindelse med flyttingen av bestemmelsen til strl. § 199 til å omfatte "noen annen person" kan neppe bestemmelsens innhold tolkes likt.

Jeg vil kort henviser til et sitat fra Høyesterett som jeg finner illustrerende. Dette er vel og merke uttalt i ettertid, men likevel til støtte for min analyse av denne avgjørelsen. Høyesterett uttalte at "[h]va som eventuelt måtte ha vært lovgivers intensjon, er uansett- på bakgrunn av lovkravet i Grl. § 96 og EMk art. 7 slik dette er tolket i nyere høyesterettspraksis- ikke avgjørende. Er loven ved en glipp blitt annerledes enn forutsatt, må dette rettes opp ved en lovendring."⁸⁴ Sitatet illustrer nettopp at forarbeider og lovhistorikk ikke kan tillegges betydning i den grad at bestemmelsen anvendes utenfor sin ordlyd i henhold til analogiforbudet. Det er en lovgiveroppgave å endre lovbestemmelsen dersom rettsstilstanden skal være en annen.

Jeg er for øvrig enig i annenvoterende sitt votum. Det er ikke tilstrekkelig at straffverdighetsbetraktninger tilsier en utvidende tolkning av ordlyden. Ordlyden kan i mine øyne ikke tolkes dit hen at grensen ikke gjelder de øvrige vilkårene, og følgelig er det ikke spørsmål om "å velge en av to tolkninger som ordlyden gir grunnlag for"⁸⁵ som Høyesterett sier.

På denne bakgrunn mener jeg at førstevoterende i denne avgjørelsen tolket ordlyden klart utvidende i strid med analogiforbudet. Avgjørelsen illustrer hvor viktig formuleringene av lovgiver er i praksis, og hvor vanskelig det kan være å kartlegge det nærmere innholdet av ordlyden i en bestemmelse.

⁸³ Rt. 2012 s.387 mindretallsvotum avsnitt 27.

⁸⁴ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 24.

⁸⁵ Rt. 2012 s. 387 avsnitt 22.

5.2.2 HR-2019-900-A Eksportkontroll

Saken gjaldt en ansatt i Forsvaret som var saksbehandler i salgs- og avhendingsseksjonen og hadde ansvar for salg av militært sjømateriell. Vedkommende hadde på vegne av Forsvaret stått for salget av syv demilitariserte fartøyer til et engelsk selskap. I henhold til forskriften § 7 gitt i medhold av eksportkontrollloven § 1 var det krav om lisens for tilførsel til militær bruk i krigsrammede- eller krigstruede land og land med borgerkrig. For å avgjøre hvorvidt lisensplikten ble utløst var det nødvendig å innhente en sluttbrukererklæring. Før utførelsen av fartøyene ble vedkommende klar over at det ikke var det engelske selskapet som var den reelle sluttbrukeren som erklæringen viste, men et nigeriansk selskap. Vedkommende unnlot å gjøre departementet kjent med disse opplysningene.

Tiltalte i denne saken ga på det tidspunktet angivelig riktige opplysninger, men valgte ikke å gjøre departementet kjent med at disse opplysningene senere viste seg å være uriktige.

Spørsmålet i saken var derfor om vedkommende sin unnløstelse av å korrigere sluttbrukeropplysningene overfor departementet var straffbart etter eksportkontrollloven § 5.

Det fremgikk av bestemmelsen at:

"Dersom forholdet ikke rammes av et strengere straffebud, straffes med bøter eller fengsel inntil fem år eller med begge deler den som: [...]

3. muntlig eller skriftlig gir uriktige opplysninger om forhold som er av betydning for adgangen til å utføre varer, teknologi eller tjenester når det skjer

i erklæring avgitt til bruk for offentlig myndighet eller noen som handler på vegne av offentlig myndighet, i anledning av utførsel eller søknad om tillatelse til utførsel,

i erklæring som skal sette en annen i stand til å gi slik erklæring som nevnt under punkt a".

Høyesterett startet med å vise til at eksportkontrollloven rettet seg mot selve utføringen, og at plikten til å gi korrekte opplysninger således gjaldt frem til dette tidspunktet. Deretter tolket Høyesterett ordlyden i forskriften § 7, som illustrerte at det ikke er krav om at opplysningene er gitt i forbindelse med søknad om lisens.

Høyesterett fremholdt videre at "[s]å lenge opplysningene i de tidligere sluttbrukererklæringene som A fremskaffet, ble stående ukorrigert, dreier det seg i vår sak

imidlertid ikke om rene unnlatelser."⁸⁶ Etter Høyesteretts syn "faller dette typetilfellet naturlig inn under bestemmelsens ordlyd".⁸⁷

Det ble vist til forarbeider hvor det fremkom at bestemmelsen også er ment å ramme tilfeller hvor det fra starten "forsettlig holdes eller søkes holdt tilbake opplysninger som er av betydning for adgangen til å utføre varer, tjenester og teknologi".⁸⁸ På dette grunnlag fant Høyesterett at plikten innebar "å gi både riktige og fyllestgjørende opplysninger av betydning for utførelsesadgangen".⁸⁹

Høyesterett konkluderte på bakgrunn av dette med at tilfellet ble rammet etter eksportkontrollloven § 5 nr.3, som ble fremholdt å være i tråd med EMK art. 7.

I denne avgjørelsen uttalte Høyesterett blant annet "[a]t innholdet i straffebestemmelsene må kunne klarlegges fra sak til sak, er en naturlig del av juridisk metode."⁹⁰ Sitatet illustrer at så lenge man er innenfor ordlyden i straffebudet, er det anledning til å utvikle en spesiell forståelse av bestemmelsen i praksis. På den måten gis Høyesterett en viss rettsskapende funksjon, som også er i tråd med maktfordelingsprinsippet. Domstolene skal håndheve og videreutvikle de generelle lovene gitt av Stortinget som lovgivende myndighet. Ordlyden danner imidlertid en ytre ramme, og tolkningsalternativet som er utledet i tråd med øvrige rettskilder kan derfor ikke gå lenger enn det ordlyden gir grunnlag for i henhold til analogiforbudet.

Spørsmålet er imidlertid om Høyesteretts konklusjon i denne saken er en presiserende tolkning av ordlyden i eksportkontrollloven § 5 nr.3.

Jeg viser til ordlyden som er sitert overfor. Formuleringen "gir uriktige opplysninger" tilsier etter en naturlig språklig forståelse at for og holdes strafferettslig ansvarlig kreves det en aktiv handling, i form av å gi opplysninger som du vet ikke er riktige på tidspunktet de gis. Det var ikke tilfellet i denne saken. Høyesterett mente for øvrig at det ikke var tale om en ren

⁸⁶ HR-2019-900-A avsnitt 29.

⁸⁷ HR-2019-900-A avsnitt 29.

⁸⁸ Ot.prp.nr.9 (1987-1988) om lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi s. 19.

⁸⁹ HR-2019-900-A avsnitt 30.

⁹⁰ HR-2019-900-A avsnitt 32.

unnlattelse så lenge opplysningene ble stående ukorrigert i sluttbrukererklæringen. Jeg er ikke enig i denne betraktningsmåten. Når vedkommende mottar ny informasjon i ettertid som person velger ikke å videreformidle til departementet, så kan det vanskelig sees på som noe annet enn en unnlattelse.

Jeg er enig i at det ikke er "noe krav om at opplysningene må være gitt som ledd i en søknad om lisens".⁹¹ Det er følgelig en plikt til å gi riktige opplysninger frem til utførelsestidspunktet, jf. formuleringen etter bokstav a i bestemmelsen. Det kan argumenteres for i den forbindelse at i denneplikten innebærer også å sørge for at det foreligger riktige opplysninger i saken frem til utførelsen. Dette kan søkes noe støtte av i forarbeideruttalelsene hvor det fremgår at det er straffbart i tilfeller hvor det "forsettlig holdes eller søkes holdt tilbake opplysninger".⁹² Denne uttalelsen gjelder imidlertid hvor dette er gjort bevisst fra starten, noe som i større grad kan betraktes som en aktiv handling siden vedkommende velger å holde tilbake informasjon som foreligger på det tidspunktet informasjonen utveksles.

Jeg mener at ordlyden i eksportkontrollloven § 5 tilsier at bestemmelsen er ment å ramme de som bevisst gir uriktige opplysninger til departementet, og ikke de som unnlater å videreformidle informasjon som vedkommende mottar på et senere tidspunkt. Dersom bestemmelsens virkeområde utvides til å kriminalisere rene unnlattelser også, vil det pålegges en skjerpet aktsomhetsplikt som vanskelig kan leses ut ifra ordlyden. Dette vil utvide ansvarsområdet vesentlig, og derfor være inngripende overfor borgerne. Høyesteretts tolkningsresultat kan på dette grunnlag vanskelig betraktes å bevare "bestemmelsens kjerne", og følgelig har Høyesterett gått utenfor rammene av en naturlig objektiv språkfortolkning.

Jeg bemerker i denne sammenheng at Høyesterett ikke viser til analogiforbudet etter Grl. § 96 i denne saken. Grl. § 96 går lengre enn EMK art. 7 ved at det er ordlyden i den formelle lovteksten som utgjør en absolutt ramme i rettsanvendelsen, noe som jeg ville ansett svært relevant å ha med i denne saken hvor tvilen nettopp knytter seg til selve formuleringen.

Jeg mener på denne bakgrunn at Høyesterett i denne avgjørelsen ikke forholder seg til egen regel om analogiforbudet. Det er ikke tale om en presiserende tolkning innenfor ordlyden som

⁹¹ HR-2019-900-A avsnitt 28.

⁹² Ot.prp.nr.9 (1987-1988) om lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi side 19.

ble fremholdt i avgjørelsen, men å tolke gjerningsbeskrivelsen utvidende til å omfatte tilfeller som ikke faller inn under en naturlig objektiv forståelse av ordlyden. Det er en lovgiveroppgave eventuelt å utvide straffeansvaret, og følgelig virker den rettsskapende virksomheten å gå for langt i dette tilfellet også.

Jeg vil likevel ikke betrakte denne saken som et grovt brudd på analogiforbudet. Det er vanskelig vurderinger som gjøres på et teknisk utfordrende område.⁹³

5.2.3 HR-2022-2089-U Droneflygning

Saken gjaldt en russisk og britisk statsborger som i perioden 3. august til 6. september 2022 oppholdt seg på Svalbard. Han var eier av to fritidsdroner som ble benyttet under dette oppholdet, både av han selv som pilot og av andre personer. Dronene var ikke registreringspliktige, men operatøren måtte merke dronene med operatør-id og sørge for at de hadde ansvarsforsikring. Dronene var følgelig ikke registrert i Russland. Det er ikke omstridt at vedkommende benyttet seg av dronene under oppholdet på Svalbard. Spørsmålet i saken var imidlertid om slike små droner brukt til fritidsformål ble rammet av sanksjonsforskriften § 19. Det fremgikk av forskriften at:

"Det er forbudt for alle luftfartøyer som drives av russiske luftfartsselskaper, herunder som markedsansvarlig transportør i avtaler om felles rutenummer eller reservasjon av kapasitet, eller for russiskregistrerte luftfartøyer, eller for ikke-russiskregistrerte luftfartøyer som eies, leies eller på annen måte kontrolleres av russiske fysiske eller juridiske personer å lande på, ta av fra eller fly over Norges territorium. Luftfartøyet kan om nødvendig hindres i å forlate landingsplassen."

I denne saken var det aktuelle rettsgrunnlaget bestemmelsens tredje alternativ, som kriminaliserte "ikke-russiskregistrerte luftfartøyer som eies, leies eller på annen måte kontrolleres av russiske fysiske eller juridiske personer".

Det springende punktet var hvorvidt alternativet "ikke-russiskregistrerte luftfartøyer" omfattet mindre ikke-registrerte luftfartøyer, eller om formuleringen forutsatte at luftfartøyet var

⁹³ Se nærmere om dette i punkt 5.3.2.

registrert i andre land enn Russland. I førstnevnte tilfellet ville bruken i det aktuelle tilfellet vært kriminalisert.

Høyesterett viste til den generelle normen om at "[f]or at en handling skal være straffbar må det være hjemmel i lov."⁹⁴ Videre at "[d]ette klarhetskravet er imidlertid ikke til hinder for at en straffebestemmelse tolkes i tråd med alminnelig juridisk metode så lenge kjernen i bestemmelsen forblir den samme, jf. HR-2020-2019-A avsnitt 17 med videre henvisninger."⁹⁵ Siste delen av sitatet illustrerer analogiforbudet, selv om Høyesterett benytter andre formuleringer. Det sentrale er at ordlyden ikke kan tolkes for vidt slik at bestemmelsens kjerne endrer karakter.

Høyesterett fastslo deretter at droner ble omfattet av begrepet "luftfartøy", før Høyesterett foretok en relativt kort ordlydsfortolkning av alle tre alternativene. I motsetning til lagmannsretten kom Høyesterett til at "[b]egrepet "ikke-russiskregistrerte luftfartøyer" i det tredje alternativet må forstås som en motsetning til "russiskregistrert" i andre alternativ og ikke som et krav om at luftfartøyet er registrert i et annet land enn Russland."⁹⁶ Det innebar at tredje alternativ rammer både registrerte og ikke-registrerte luftfartøy. Til støtte for dette resultatet viste Høyesterett til tolkning av særmerknaden til bestemmelsen i henhold til kongelig resolusjon av 18. mars 2022 nr. 14/6286. Her fremgikk det at "bestemmelsen er ment å omfatte luftfartøyer som er «russiskregistrerte eller eies, leies eller på annen måte kontrolleres av russiske personer». Uttrykket «eller» markerer at registrering ikke er avgjørende og viser at hensikten ikke var å begrense bestemmelsen til registrerte luftfartøyer."⁹⁷

Spørsmålet er hvorvidt denne tolkningen har tilstrekkelig forankring i ordlyden, eller om det er foretatt en utvidende tolkning basert på andre rettskilder.

Ordlyden "ikke-russiskregistrerte luftfartøyer" er tvetydig og åpner for flere tolkningsalternativer. " A) «luftfartøy registrert i andre stater enn Russland», B) «luftfartøyer

⁹⁴ HR-2022-2089-U avsnitt 12.

⁹⁵ HR-2022-2089-U avsnitt 12.

⁹⁶ HR-2022-2089-U avsnitt 19.

⁹⁷ HR-2022-2089-U avsnitt 21.

som ikke er registrert», eller C) «luftfartøyer som er uregistrert eller registrert i et annet land enn Russland»".⁹⁸

En isolert ordlydsfortolkning kan tilsi at det ikke er noe skille i formuleringen mellom registrerte og ikke-registrerte luftfartøy. Bestemmelsen kan derfor tolkes dit hen at det ikke er en forutsetning at luftfartøyet er registrert etter ordlyden, i tråd med ankeutvalgets mening.

Likevel mener jeg at en naturlig språklig forståelse av formuleringen "ikke-russisk registrerte" peker i retning av at det gjelder registrerte luftfartøy i andre land enn Russland.

Det følger videre av Høyesteretts resonnement i Rt. 2012 s. 387 at det kan være nødvendig å se ordlyden i sammenheng med resten av bestemmelsen for å kartlegge rekkevidden av bestemmelsen. Dette støttes videre i juridisk litteratur, hvor det blant annet er uttalt at "[d]et er forståelsen av straffebudets ordlyd som er avgjørende. Dersom et ord i en setning- lest isolert- er flertydig, men samtidig gitt setningen det inngår i, er ordets meningsinnhold likevel entydig".⁹⁹

Om dette uttaler Sætervadet og andre at analogiforbudet etter Grl. § 96 vil ha lite realitet "[h]vis isolert flertydighet tillegges betydning slik at straffeansvaret rekker videre enn det sammenhengen tilsier [...]".¹⁰⁰ En lovbestemmelse er vedtatt i sin helhet av lovgiver og det vil være vanskelig å håndheve den korrekt uten å se bestemmelsen i sammenheng. Dersom deler av formuleringen isolert sett blir tolket utvidende i strid med bestemmelsen for øvrig vil bestemmelsen i realiteten bli anvendt på tilfeller som ikke faller inn en naturlig språklig forståelse av straffebestemmelsen i strid med analogiforbudet.

Dersom ordlyden forstås slik at både registrerte luftfartøy i andre land og ikke registrerte luftfartøyer omfattes vil "russisk" er overflødig dersom bestemmelsen skal tolkes slik at alle

⁹⁸ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 23.

⁹⁹ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 33.

¹⁰⁰ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 33-34.

ikke-registrerte luftfartøy også rammes etter bestemmelsen.¹⁰¹ I tillegg til at det ville være mer naturlig å formulere bestemmelsen slik at luftfartøy generelt rammes dersom alternativet skulle favne så vidt, og ikke en slik spesifikk formulering som "ikke-russisk registrert".¹⁰² Det er også verdt å se på konteksten i bestemmelsen. Forbudsnormen følger innledningsvis "[d]et er forbudt for alle luftfartøyer som drives av russiske luftfartsselskaper [...]" det som deretter kommer forbindelse med formuleringen "herunder", er eksempler på forhold som rammes og anses som "luftfartøyer som rives av russiske luftfartsselskaper". Dronen er ikke et luftfartøy som drives av russiske luftfartsselskaper.

Alternativet I "alle luftfartøyer som drives av russiske luftfartsselskaper [...]" vil videre ikke ha noe selvstendig betydning dersom alternativ III omfatter i tillegg til andre registrerte luftfartøyer også alle ikke-registrerte luftfartøyer. Da vil alternativ III favne tilfellene i alternativ I også. Den helhetlige forståelsen av bestemmelsen tilsier at siste alternativ kun omfatter registrerte luftfartøyer i andre land enn Russland, og følgelig faller ikke-registrerte luftfartøyer utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.¹⁰³

I tråd med analogiforbudet er det anledning å se hen til andre rettskilder for å foreta en presiserende tolkning innenfor ordlyden. Dersom man ser den norske oversettelsen i lys av øvrige lands oversettelser, blir tolkningsalternativet om at det kun er registrerte luftfartøy som rammes "understreket i flere av språkversjonene".¹⁰⁴ I slike situasjoner hvor det foreligger ulike oversettelser med ulikt innhold herunder noen mer presise, har EU domstolen uttalt at "[u]nder disse omstendigheter er det betydningen i de mere 'præcise' sprog- versjoner, der skal anses for at være den korrekte, navnlig da denne mere præcise betydning også er en af de mulige fortolkninger i henhold til de mindre præcise sprogversjoner, hvor en mulighed er, at

¹⁰¹ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 23.

¹⁰² Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 23.

¹⁰³ Se likedan Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 23.

¹⁰⁴ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 24.

‘lovovertrædelser’ efter deres art kun er ‘straffe-’, er en mulighed".¹⁰⁵ Det er derfor de mest presise oversettelsene som skal benyttes for å kartlegge bestemmelsens innhold. Sett i sammenheng med at bruk av droner i hobbysammenheng er ikke nevnt i noen fortaler, Rådet, EU-parlamentet eller EU-kommisjonen tilsier dette at det er kun registrerte luftfartøyer som omfattes av bestemmelsens virkeområde.¹⁰⁶

Bestemmelsens karakter tilsier også at man skal utvise ekstra varsomhet ved å tillegge bestemmelsen for vidt anvendelsesområde. Bestemmelsen er relativt inngående detaljert på detaljnivå, og følgelig er det mer betenkeligheter i å tolke bestemmelsen for vidt sammenliknet med en vid og upresis hjemmel. Jeg mener på denne bakgrunn at Høyesterett har tolket ordlyden i forskriften utvidende i strid med egen rettssetning om analogiforbudet. Både Tingretten og Lagmannsretten deler denne oppfatningen om at små droner brukt til fritidsformål faller utenfor ordlyden. Begge instanser kom til samme resultat i ny behandling etter ankeutvalgets kjennelse.¹⁰⁷

5.2.4 HR-2022-2418-A IS-kvinne

5.2.4.1 Sakens faktum

Saken gjaldt ei norsk kvinne som reiste ned til Syria våren 2013 og flyttet inn til ektemannen som var tilsluttet og sverget troskap til ISIL. Ektemannen deltok i væpnede oppdrag for terrororganisasjonen, mens hun arbeidet i huset og senere oppdro deres felles barn. I 2015 døde han og hun fikk en ny ektemann og et til barn sammen med han. Den andre ektemann deltok også aktivt i væpnede konflikter og var i tillegg shariadommer i ISIL. Deretter døde han også, og hun giftet seg med en tredje ektemann i terrororganisasjonen. I mars 2019 kom tiltalte til en flykningsleir hvor hun oppholdt seg og barna til dem ble hentet ut ved hjelp av norske myndigheter.

¹⁰⁵ Sak C-439/19 (Opinion), B avsnitt 77, jf. Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62, 2023*, s.7-36, s. 25.

¹⁰⁶ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62, 2023*, s.7-36, s.24.

¹⁰⁷ TNTS-2022-152935 og LH-2023-6552.

Spørsmålet i saken var hvorvidt barnepass og husarbeid i Syria i samliv med ektefeller som var tilsluttet terrororganisasjonen ISIL, var straffbart etter straffeloven 1902 § 147 d (senere ble avløst av straffeloven 2005 § 136 a). Det fremgikk av bestemmelsen at:

"Med fengsel inntil 6 år straffes den som danner, deltar i, rekrutterer medlemmer eller yter økonomisk eller annen materiell støtte til en terrororganisasjon, når organisasjonen har tatt skritt for å realisere formålet med ulovlige midler"

Høyesterett uttalte at "[e]t hovedspørsmål i saken er om *omsorg for egne barn og arbeid i hjemmet* som utføres av en ektefelle til en deltaker i en terrororganisasjon, kan rammes som deltakelse i en terrororganisasjon."¹⁰⁸

Høyesterett gir først generelle merknader til gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen, og viste i den forbindelse til forarbeider og rettspraksis for å kartlegge det nærmere innholdet av begrepet "deltaker". Denne saken illustrer imidlertid et problem som ikke er ukjent i strafferetten, og som gir en del utfordringer i forhold til analogiforbudet. Det er et spenningsforhold mellom lovgivningen og samfunnsutviklingen. Samfunnet utvikles raskt og lovgivningen kommer etter. Da bestemmelsen ble vedtatt var det neppe et slikt tilfelle tilsiktet av lovgiver.

Høyesterett slo tidlig fast i lys av bestemmelsene og praksis nevnt ovenfor at å ramme slike tilfeller ville ikke være i strid med lovkravet.

Høyesterett oppsummerte videre rettstilstanden slik at "[d]et må dreie seg om aktive bidrag til opprettholdelse av terrororganisasjonen. Bidraget må være kvalifisert – man må over en terskel – og helt bagatellmessige eller perifere bidrag rammes ikke."¹⁰⁹ Rollen som ektefelle og husmor alene eller isolert omsorgsperson for barn kan ikke alene være kvalifisert nok til å falle inn under ordlyden "deltaker", men kan inngå som komponenter i en bredere vurdering. I den konkrete vurderingen skilte Høyesterett de ulike tidsepokene. Fra årsskiftet 2013/2014 var situasjon preget av tvang og vedkommende ønsket å reise hjem, og således ble det ikke ansett å være tilstrekkelig kvalifisert av Høyesterett til å bli rammet av ordlyden "deltaker".

¹⁰⁸ HR-2022-2418-A avsnitt 23.

¹⁰⁹ HR-2022-2418-A avsnitt 27.

Spørsmålet i saken var derfor hvorvidt tiltaltes rolle fra bestemmelsen trådte i kraft 21. juni 2013 til årsskifte 2013/2014 ble omfattet av gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen.

Høyesterett sluttet seg i stor grad til vurderingen av flertallet i lagmannsretten og konkluderte med at "[n]år tiltaltes handlinger vurderes i lys av ISILs organisering og kvinnenens rolle i den, samt i lys av tiltaltes uttalte støtte til N1, mener jeg at hun ytet et aktivt og kvalifisert bidrag til opprettholdelse av terrororganisasjonen, jf. oppsummeringen i HR-2018-1650-A avsnitt 46, og at vilkåret i § 147 d om å delta i terrororganisasjon var oppfylt i denne perioden."¹¹⁰

Det kan imidlertid stilles spørsmål hvorvidt Høyesteretts konklusjon er innenfor bestemmelsens ordlyd og således i tråd med analogiforbudet.

Formuleringen "deltar i" tilsier at det for det første kreves aktive handlinger. Ordet "deltar" er et verb som tilsier at straffesanksjonen er handlingsrettet. Videre taler "deltar i [...]" terrororganisasjon" for at det skal være en viss nærhet mellom handlingene og terrorvirksomheten.

Begrepet er imidlertid vidt og således ikke entydig. Det må følgelig sees i lys av andre rettskilder for en presiserende tolkning innenfor ordlyden. I forarbeidene fremgår det at bestemmelsen tar sikte på å ramme "kvalifisert deltakelse" i terrororganisasjoner. Videre at "[d]ette er myntet på dem som på ulikt vis bidrar til å danne og opprettholde en terrororganisasjon, for eksempel ved å verve medlemmer, styre, eller yte materiell støtte".¹¹¹

Eksemplene som er nevnt i forarbeidene har en helt annen karakter enn hva som forelå i denne saken. De har i større grad nærhet til selve terrorvirksomheten, og formuleringen "kvalifisert" tilsier at det er en relativt høy terskel.

Husarbeid og omsorg for barn kan vanskelig forenes med ordlyden og uttalelsene i forarbeidene, og dette er Høyesterett enig i. Høyesterett fremholder imidlertid at "[e]tter omstendighetene kan bidraget da bli så omfattende at den samlede aktiviteten må anses som

¹¹⁰ HR-2022-2418-A avsnitt 50

¹¹¹ Prp. 131 L (2012-2013) s. 41.

en aktiv støtte til terrorvirksomhet og et kvalifisert bidrag til å opprettholde terrororganisasjonen."¹¹²

Høyesterett vektla i den forbindelse at tiltalte reise ned til Syria med formål om å støtte fremmedkrigeren og derfor tok et aktivt valgt om å knytte seg til en terrororganisasjon.¹¹³ Videre at tiltaltes rolle i organisasjonen var å være en "viktig støttespiller for fremmedkrigeren N1 ved å utføre husarbeid og ta godt vare på han på hjemmebane".¹¹⁴ Det var etter Høyesteretts syn "treffende når lagmannsretten uttaler at "[d]ette er noe helt annet og mer enn bare å være til stede som ektefelle til en deltaker i en ulovlig organisasjon, og hvor man utfører alminnelige ekteskapelige oppgaver som husarbeid og pass av felles barn".¹¹⁵ Det er ut ifra dette resonnetet likevel vanskelig å se hva som gjorde at tiltaltes handlinger kom over terskelen vanlig arbeid i hjemmet og dermed ansett som "deltakelse". Denne rollen som "støttespiller" var å stelle huset og ta seg av barna uavhengig av type terrororganisasjon. Selv om dette var "den viktige rollen som var tiltenkt kvinnene i ISIL"¹¹⁶, må man imidlertid ikke glemme å se på hvordan hennes handlinger sto i forhold til terrorvirksomheten. Hun var knyttet til noe av terrorvirksomhetens aktiviteter eller bidro med noe form materiell støtte. Hun var utelukkende hjemme og gjorde huslige plikter og oppdro barna, som for øvrig er beskyttet etter EMK art. 8. Argumentet om selve reisen ned til Syria kan ikke vektlegges i denne vurderingen med tanke på at bestemmelsen om deltakelse i terrorvirksomheten ikke var trådt i kraft og følgelig vil det være i strid tilbakevirkningsforbudet i Grl. §97. Høyesterett la for øvrig til grunn at det å reise ned i seg selv ikke var nok, og da kan de vanskelig ha det med i et resonnement som leder til at det hun gjorde er innenfor ordlyden.

Bergo har knyttet noen interessante bemerkninger til dette. Han har uttalt at "[d]et er noe annet å yte omsorg i "hjemmebasen" enn i terrorbasen".¹¹⁷ Dette er ganske klart. Deretter stiller han imidlertid spørsmål om det samme gjelder for "statsdannende terrororganisasjoner med tungt ideologisk fokus på familien som reproduserende enhet i en hellig og evig krig

¹¹² HR-2022-2418-A avsnitt 36.

¹¹³ HR-2022-2418-A avsnitt 48

¹¹⁴ HR-2022-2418-A avsnitt 49

¹¹⁵ HR-2022-2418-A avsnitt 49

¹¹⁶ HR-2022-2418-A avsnitt 48.

¹¹⁷ Torkell Sætervaded, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 129.

sønnene skal arve og videreføre (sammen med døtrene, hver sin rolle)?"¹¹⁸ Bergo spør i den forbindelse "[e]r ektefellens bidrag da mer å ligne med våpenfolkets enn den sakesløse ektefellens eller eksisterende hjelpeorganisasjoners?"¹¹⁹ Han argumenterer for at kvinnene i større grad er knyttet til terrorvirksomheten i slike tilfeller enn i en mindre terrororganisasjon som antageligvis var mer tilsiktet av lovgiver ved vedtakelsen av lovbestemmelsen. ISIL er en omfattende statsdannet terrororganisasjon og ISIL-soldatene er avhengige av etterkommere for videre drift og rekrutteringen av kvinner er en viktig forutsetning for dette. På den ene siden er forsettet om å delta eller bidra til terrororganisasjon sterkere i slike tilfeller. På den andre siden fremstår det i objektivt henseende ganske fjernt fra deltakelse i selve terrororganisasjon å få barn som mange år etterpå skulle bli ISIL-kriger.

Jeg mener at uavhengig formål er det vanskelig å se at dette kan være tilstrekkelig til å kvalifiseres som deltakelse etter bestemmelsen, og i hvert fall oppfylle den høye terskelen om "kvalifisert deltakelse" etter forarbeidene. Ordlyden "deltar i" setter også en nedre grense for hvilke handlinger som kan rammes i henhold til analogiforbudet, og for øvrig mangler hennes handlinger nærheten til terrorvirksomheten som ordlyden krever.

Konklusjon min er derfor at Høyesterett har foretatt en utvidende tolkning i strid med deres egen rettsregel om analogiforbudet i denne saken. Dette finner jeg imidlertid som en vanskelig vurdering, med tanke på organisasjon omfattende virksomhet og ideologi, som skiller seg noe ut fra øvrige tilfeller.

Dette er imidlertid ikke en konklusjon som er et helt klart brudd på analogiforbudet, noe som illustreres av at Høyesterett betrakter tiltaltes handling å være "i det nedre sjikt av hva som rammes av § 147 d".¹²⁰

¹¹⁸ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 129.

¹¹⁹ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 129.

¹²⁰ HR-2022-2418-A avsnitt 53.

5.3 Hovedfunn

5.3.1 Følger Høyesterett egne presiseringer om analogiforbudet?

Nå er tiden inne for å trekke en konklusjon hvorvidt Høyesterett gjør som de sier. Analysen i punkt 4 illustrerer at Høyesterett er konsekvent ved redegjørelsen av hvilke rammer analogiforbudet utgjør i de generelle uttalelsene, og innholdet blir i stadig større grad kartlagt. Dette følges i hovedsak opp av Høyesterett også i enkeltsaker, se i den sammenheng analysen i punkt 4. Dette gjenspeiles både i argumentasjonsmønsteret i avgjørelsene og konklusjonene til Høyesterett.

Analysen i punkt 5 viser imidlertid at dette bildet ikke er helt klart og entydig. I enkelte saker har vi sett at det kan identifiseres et avvik mellom hva Høyesterett sier de gjør, og hva de faktisk gjør i den konkrete rettsanvendelsen. I de generelle uttalelsene i disse avgjørelsene er Høyesterett klare på den absolutte skranken analogiforbudet utgjør i rettsanvendelsen, men likevel synes domstolen å anvende straffebestemmelser utenfor en naturlig objektiv forståelse av ordlyden. Det blir derfor i realiteten foretatt en utvidende tolkning i strid med analogiforbudet.

Sakene illustrerer at det gjerne er tale om marginale grenser for hva som faller innenfor- og utenfor ordlyden. Det er derfor ikke foretatt store utvidelser i likhet med avgjørelsene som er analysert i punkt 3. Sett i sammenheng med det store antall avgjørelser som har aktualisert analogiforbudet de siste tiårene er det imidlertid få saker hvor det identifiseres slike utvidelser av straffeansvaret. Jeg skal i det følgende prøve å analysere særtrekk ved avgjørelsene hvor Høyesterett har foretatt utvidende tolkninger, og på den bakgrunn hva som er årsaken til at dette har skjedd.

5.3.2 Særtrekk ved avgjørelsene

Det kan identifiseres visse særtrekk ved avgjørelsene hvor jeg har konkludert med at Høyesterett har foretatt utvidende tolkninger av straffebestemmelsene.

En første årsaksfaktor som kan forklare at det skjer en utvidende tolkning er saker som har en politisk undertone.

I slike saker kan det oppstå et spenningsforhold mellom den alminnelige opinion (den alminnelige rettsbevissthet) og politikken på den ene siden og det juridiske grunnlaget på den andre siden. Det kan være vanskelig å forene det juridiske med sterke politiske strømninger-

og oppfatninger i samfunnet. På bakgrunn av den anspente politiske situasjon med Russland, ble et forbud mot russisk luftfartøy vedtatt i sanksjonsforskriften.¹²¹ Det var ønskelig med konsekvenser for Russland etter invaderingen av Ukraina. Det kan derfor oppstå en vanskelig situasjon når en slik russisk drone blir oppdaget, selv om det var til fritidsformål. I slike tilfeller kan det også være behov for et forbud. Riktignok er spionasje forbudt, men med et slikt droneforbud slipper man å bevise en eventuell spionasje. Det er i så fall tilstrekkelig at dronen styres av en russisk statsborger. Effektivitetshensyn taler derfor med styrke for denne tolkningen, og med sterkt politisk press øker ønsket om effektivitet.

Det har videre vært omdiskutert hvorvidt regjeringen skulle bidra med å hente hjem kvinner som frivillig dro ned til Syria og giftet seg med fremmedkrigere tilsluttet ISIL. Det kan umiddelbart være i strid med den alminnelige rettsbevissthet dersom disse kvinnene som eventuelt hentes hjem, ikke blir holdt strafferettslig ansvarlig for sine handlinger. Straffeutmålingen i avgjørelsen kan synes å ha sammenheng med dette, da den fremstår noe symbolsk sett i sammenheng med bestemmelsens strafferamme og karakter.

I en rettsstat er det likevel slik at dersom det ikke foreligger juridisk grunnlag for å holde vedkommende strafferettslig ansvarlig, er det ikke i tråd med rettsstatlige prinsipper å dømme vedkommende. Her er det altså et spenningsforhold mellom borgernes tillit til det norske rettssystemet og den enkelte borgers rettssikkerhet.

En annen årsaksfaktor er saker hvor samfunnsutviklingen og lovgivningen ikke opptrer side om side. Jeg viser i den forbindelse særlig til saken om IS-kvinnen i punkt 5.2.4. Når bestemmelsen om deltakelse i terrororganisasjon ble vedtatt var det neppe tilsiktet av lovgiver at slike omfattende og til dels statsdannede terrororganisasjoner ble siktemålet til bestemmelsen. Det var heller ikke en praktisk problemstilling at kvinner reiste ned for å gifte seg med fremmedkrigere. Dette er noe som har skjedd de senere årene. Høyesterett påpekte i den forbindelse at "[I]ovgiver hadde derfor ingen foranledning til å drøfte problemstillingene som dette reiser."¹²² Dersom dette var vanlig ved vedtakelsen av loven har det gode grunner for seg å gå ut ifra at lovgiver hadde ønsket å ramme slike tilfeller også. Høyesterett stilles

¹²¹ Forskrift 15 august 2014 nr.1076 om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territoriale integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet.

¹²² HR-2022-2418-A avsnitt 26.

derfor i en vanskelig situasjon ved håndhevelsen av lovverket, på bakgrunn av at samfunnsforholdene tilsier at nettopp slike tilfeller også bør straffeforfølges.

En tredje årsaksfaktor som kan forklare at det er foretatt utvidende tolkninger er saker med et særlig moralsk preg. I slike saker tilsier moralske hensyn at straff burde pådømmes.

En illustrerende sak i den sammenheng er stedatter-avgjørelsen. De fleste vil betrakte en slik handling som like moralsk forkastelig og feil uavhengig av om vedkommende er 17 1/2 år eller 18 1/2 år basert på den familiære relasjonen. I slike saker hvor moralske hensyn og det juridiske grunnlaget ikke er sammenfallende, står Høyesterett ovenfor et vanskelig dilemma. Det vil være i strid med alminnelige moraloppfatninger dersom vedkommende ikke blir holdt strafferettslig ansvarlig for en slik handling. Likevel er det juridiske grunnlaget også avgjørende i slike tilfeller.

En fjerde årsaksfaktor som kan forklare at det er foretatt utvidende tolkning er saker hvor internasjonale forpliktelser er involvert. Det kan gjøre rettsanvendelsen mer utfordrende og komplisert. Sætervadet og andre har blant annet uttalt at "Norges tette integrasjon med EU reiser utfordringer for norsk rettsanvendelse."¹²³ Dette kommer jeg tilbake til senere.

Et nyere eksempel som illustrerer utfordringen ved internasjonale forpliktelser er dronesaken. Sanksjonsforskriften ble vedtatt med bakgrunn i sanksjonsloven § 2, som er en fullmaktslov som gir regjeringen adgang til å vedta forskriftsbestemmelser for et nærmere bestemt formål i tråd med internasjonale forpliktelser. Spørsmålet hvorvidt en fritidsdrone ble omfattet av forbudet berodde på en tolkning av ordlyden i forskriftsbestemmelsen som var vedtatt i tråd med en rådsforordning fra EU.

I dette tilfellet gjorde naturligvis bestemmelsens bakgrunn det mer utfordrende for Høyesterett å kartlegge bestemmelsens virkeområde siden bestemmelsens struktur og innhold stammer fra en forordning fra EU. I en slik vurdering må det både tas hensyn til den nasjonale retten, men også hva som følger av relevant EU-rett. Det er derfor et mye større rettskildegrunnlag som skal vurderes. Det er EU-retten som danner rammer for den nasjonale retten ved at en forordning må oversettes og tas direkte inn i loven. Det er ikke rom for

¹²³ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 35.

nasjonale løsninger. Alt skal innlemmes likt i samtlige EU og EØS-land. Det kan likevel oppstå nyanseforskjeller ved de ulike nasjonale oversettelser. Denne saken gjaldt nettopp et slikt tilfelle.¹²⁴ Noen språkversjoner kan være utformet noe mer presist enn andre, og da kan det oppstå nyanseforskjeller som kan være til dels avgjørende i den enkelte sak.

Sætervadet og andre uttalte at "[n]år det gjelder russeres droneflygning i Norge, har Høyesteretts ankeutvalg ved to anledninger unnlatt å foreta selvstendige vurderinger av om utvalgets tolkning av den norske sanksjonsbestemmelsen går lenger enn de rammene som EUs sanksjonsforordning setter for den norske bestemmelsen, jf. sanksjonsloven § 2."¹²⁵ Sanksjonsloven § 2 gir grunnlag for å vedta forskrifter som i dette tilfellet er i tråd med EU-retten, og følgelig må forskriften ikke gå lenger enn hva som følger av EUs sanksjonsforordning. Den vil i så fall mangle legitimitet. Videre uttales det at "Høyesterett har heller ikke i premissene tolket sanksjonsbestemmelsen om stenging av luftrom på bakgrunn av internasjonal og europeisk luftrett."¹²⁶ På bakgrunn av dette mente de at tolkningsresultatet fremstår "som frakoblet de sentrale rettslige forutsetningene som sanksjonsbestemmelsen bygger på".¹²⁷

En annen side av utfordringene ved internasjonale forpliktelser, er tilfeller hvor domstolen vurderer materiell rettsstrid opp mot grunnleggende internasjonale menneskerettigheter. Dette kan gjøre at det oppstår vanskelige avveininger i forhold til ordlydens rekkevidde. Saken om IS-kvinne er illustrerende hvor retten til privatliv etter EMK art. 8 var svært sentral sett i sammenheng med hennes handlinger som i utgangspunktet er beskyttet etter artikkelen. En bestemmelse kan ikke tolkes slik at den tilsidesetter grunnleggende menneskerettigheter. Dette kan skape utfordringer ved tolkningen av en straffebestemmelse sett i sammenheng med analogiforbudet.

¹²⁴ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 24-25.

¹²⁵ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 36.

¹²⁶ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 36.

¹²⁷ Torkell Sætervadet, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 7-36, s. 36.

En siste årsaksfaktor er tilfeller hvor den straffbare atferden er regulert i spesiallovgivningen og ikke den alminnelige strafferetten. Spesiallovgivningen har ofte en annen regelstruktur enn den alminnelige strafferetten, og følgelig kan det være noe utfordrende å kartlegge det nærmere gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen.

Gjennom spesiallovgivningen er det ofte vedtatt handlingsregler som sier hva som er korrekt i de ulike situasjonene og senere i loven er det vedtatt en straffebestemmelse. Bestemmelsene er ikke tenkt utformet som straffebud fra lovgivers side, men som handlingsnormer- hva som krever for korrekt opptreden. Med andre ord er gjerningsbeskrivelsen ikke omhyggelig utformet som de tradisjonelle straffebestemmelsene i straffeloven med legalitetsprinsippet som rettesnor.

I disse tilfellene er Høyesterett satt til å håndheve teknisk vanskelig og detaljert forvaltningslovgivning. Dette kan gjøre det særlig utfordrende å kartlegge virkeområde til den aktuelle bestemmelsen. Det foreligger et stort omfang spesiallovgivning som i stor grad krever inngående kompetanse for å forstå disse tekniske sidene. Innenfor spesiallovgivningen er det også ulike hensyn som gjør seg gjeldende, som gjør det mer komplisert i håndhevelsen av disse. Dette er i motsetning til alminnelig strafferett hvor hensynene i stor grad er sammenfallende og følgelig gjør det enklere å praktisere slike ensartete og strenge rettssetninger.

Eksportkontrollavgjørelsen omhandlet våpentransport som er et område hvor det er sterkt behov for kontroll. Formålet med loven er at våpen som eksporteres ikke skal havne i gale hender. Dette er ganske sterke samfunnsinteresser som gjør seg gjeldende.

Tiltalte hadde imidlertid ikke utført en straffbar handling etter bestemmelsen, men en unnløst som ikke åpenbart falt innenfor ordlyden som kriminaliserte etter sin art handlinger. I slike tilfeller kan det være vanskelig for Høyesterett å håndheve analogiforbudet, nettopp på grunn av at spesiallovgivningen ikke er lik den alminnelige straffelovgivningen verken i oppbygging eller regelstruktur. Det er ikke tale om ren strafferett, men inngående handlingsnormer som gjerne baseres på særlige hensyn. Høyesterett er i likhet med lavere instanser en alminnelig domstol som ikke innehar inngående kompetanse på ethvert område i spesiallovgivningen.

Drone-saken kan også nevnes i denne sammenheng. Luftfartøy generelt er regulert både nasjonalt og internasjonal, og er en del av spesiallovgivningen. Det er et omfattende regelverk

og krever til dels en god forståelse for å kunne kartlegge innholdet særlig ved en slik forskriftsbestemmelse som er gitt i denne sammenheng. Det kan derfor sett i sammenheng med det internasjonale perspektivet nevnt tidligere, være særlig utfordrende å kartlegge innholdet i gjerningsbeskrivelsen.

Disse enkelte sakene som jeg har analysert hvor det kan synes som at Høyesterett foretar en utvidende tolkning av ordlyden er imidlertid ikke ensbetydende med at Høyesterett ikke håndhever lovkravet strengt. Majoriteten av avgjørelser etter innstramningen i 2009 viser en streng tolkning i tråd med ordlyden. Bergo uttaler "[e]tter mitt syn viser dommene at HR ikke tar lett på lovkravet."¹²⁸ Det kan imidlertid som Bergo også påpeker "være delte meninger hva som er den rette språklige tolkning- lovkravet løser ikke det."¹²⁹ Det er ikke en enkel øvelse å tolke ordlyden etter en naturlig språklig forståelse. Det er utfordrende, og det vil kunne forekomme nyanseskjeller ved slike tolkninger ettersom egne preferanser kan spille en ubevisst rolle. En naturlig konsekvens av slike nyanseskjeller er at det oppstår grensetilfeller som disse sakene illustrerer, hvor grensen mellom presiserende tolkning innenfor ordlyden og utvidende tolkning er marginal.

6 Rettspolitiske betraktninger

Et helt grunnleggende spørsmål som kan stilles omkring analogiforbudet er hva som er årsaken til den skjerpene utviklingen som har foregått i praksis de siste tiårene.

Bergo skriver at "[i] norsk rettstenking har myndighetene lenge vært hovedpersonene, mens EMK- og EØS retten tar utgangspunkt i individenes rettigheter og friheter."¹³⁰

Menneskerettighetenes økende fokus i samfunnet både nasjonalt og internasjonalt, satte individenes rettigheter på dagsorden på en helt annen måte enn tidligere. Det ble et nytt fokus og et styrket vern for det enkelte individ. Analogiforbudet begrenser myndighetsutøvelsen overfor individene, herunder motvirker det vilkårlig maktutøvelse, og er dermed en viktig del av individenes rettsvern. Nærmest parallelt med menneskerettighetenes økte fokus i nasjonal rett, fikk de internasjonale traktatene og avtalene større innflytelse i norsk rett.

¹²⁸ Knut Bergo, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022, s. 370.

¹²⁹ Knut Bergo, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022, s. 370.

¹³⁰ Knut Bergo, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022, s. 7 (forord).

Menneskerettsloven førte til "at HR tok praksis fra EMD mer på alvor, og ett av utslagene var at Grl. § 96 ble omfortolket i lys av EMD praksis om EMK artikkel 7. Det startet i Rt-2009-780 (derivat) og ble fulgt opp i en rekke saker [...]".¹³¹ Dette var til stor forskjell fra tidligere hvor Grl. § 96 ikke utgjorde noe nevneverdig skranke for rettsanvendelsen.¹³²

Analogiforbudet som ble utformet i 2009 i takt med den skjerpene utviklingen av legalitetsprinsippet, må derfor anses å ha en klar sammenheng med fokuset på å styrke individenes rettsvern og den økte innflytelsen fra internasjonal rett. For øvrig bidrar slike generelle rettssetninger til å fremme en lik- og ensartet praksis hos Høyesterett ved at rettssetningen praktiseres med samme innhold innenfor alle strafferettssakene som domstolen behandler. Dette vil fremme forutberegnelighet for borgerne, som i større grad vil kunne forutsi konsekvensene av handlingene sine. Det vil følgelig skape en form for sikkerhet for borgerne og forhindre muligheten for varierende domsutslag.¹³³ En slik praksis er ønskelig i en rettsstat som Norge.

Analogiforbudet og lovkravene for øvrig slik de er utformet i praksis utfordrer som Bergo sier "den tradisjonelle rettskildelæren".¹³⁴ Bakgrunn for dette er at "[d]e er til hinder for en tilnærming der forarbeider, formål, reelle hensyn og forvaltningspraksis kan "veie tyngre" enn lovens ordlyd".¹³⁵ Rettspraksis illustrerer som nevnt tidligere at andre rettskilder ble brukt i stor grad for å tolke lovens ordlyd utvidende før skiftet i 2009.¹³⁶ I dag er også disse rettskildene en sentral del av juridisk metode, men de anvendes kun innenfor en presiserende- eller innskrenkende- tolkning av ordlyden.¹³⁷

Dagens rettstilstand er et tilsynelatende absolutt forbud mot å anvende en straffebestemmelse utenfor en naturlig objektiv forståelse av ordlyden. Det kan imidlertid identifiseres grensetilfeller hvor Høyesterett synes å være noe mer tilbøyelig i ordlydsfortolkningen. Dette

¹³¹ Knut Bergo, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022, s. 366.

¹³² Se nærmere om dette i punkt 4.3.

¹³³ Johs Andenæs, *Straffbar unnløstelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Oslo 1942 s. 227

¹³⁴ Knut Bergo, "Tolking av lovkravene i Grl. §§ 96 og 113- noen kommentarer til Thomas Midttun Tobiassen", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 119-130, s. 129.

¹³⁵ Knut Bergo, "Tolking av lovkravene i Grl. §§ 96 og 113- noen kommentarer til Thomas Midttun Tobiassen", *Lov og Rett vol. 62*, 2023, s. 119-130, s. 129.

¹³⁶ Se nærmere i punkt 3.

¹³⁷ Punkt 4.2 illustrerende i denne sammenheng.

er gjerne tilfeller hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende som taler mot en restriktiv tolkning av ordlyden. Høyesterettspraksis illustrerer at dette gjerne er saker som aktualiserer politikk, moralske hensyn og internasjonale forpliktelser. I tillegg synes Høyesterett å foreta utvidende tolkninger i saker som faller innenfor den strafferettslige spesiallovgivningen.

Det kan i denne sammenheng stilles spørsmål om dagens rettstilstand er hensiktsmessig- *de lege ferenda*. Nærmere bestemt om det er hensiktsmessig av Høyesterett å operere med en absolutt regel og ikke alltid følge den?

Svaret her er vel ganske åpenbart. Det er lite hensiktsmessig av Høyesterett å operere med en absolutt regel som ikke følges konsekvent i praksis. Det er klart at det vil oppstå tilfeller hvor sterke mothensyn taler mot en slik restriktiv tolkning som analogiforbudet tilsier, og det er nettopp i disse tilfellene at den virkelige testen av rettsstaten består. Det er vanskelig å akseptere i samfunnet at for eksempel IS-kvinnen skal slippe unna uten noen form for rettslige konsekvenser for det hun har gjort, som mange vil betrakte som en moralsk forkastelig handling. Det kan til og med svekke tilliten til det norske rettssystemet når det avsies avgjørelser som strider mot den alminnelige opinionen. Likevel er det en naturlig konsekvens av et slikt prinsipielt syn. Det vil forekomme avgjørelser som kan i det ytre fremstå for mange som urimelige og formalistiske. Disse konsekvensene er det imidlertid lovgiver som må korrigere senere, enten ved å endre eksisterende lovgivning eller vedta ny lovgivning slik at man oppnår en mer riktig og hensiktsmessig rettstilstand. Det er slik rettsstaten fungerer. Den går bak og regulerer, og ligger ikke foran utviklingen. Her kan det trekkes linje til krigsoppgjøret hvor det ble brukt dødsstraff med bakgrunn i tilbakevirkende lovgivning¹³⁸, og ikke minst til pandemien hvor det i ettertid kan stilles spørsmål om tiltakene gikk for langt sett i sammenheng med kravet til forholdsmessighet.¹³⁹

Det kan imidlertid stilles spørsmål hvorvidt det er hensiktsmessig å operere med et slikt absolutt og svært strengt analogiforbud innenfor hele strafferettslovgivningen.

Strafferettslovgivningen i Norge er organisert slik at den favner vidt, og brukes i stor grad som forvaltningsanksjongsrett. Utenfor den alminnelige strafferetten, er det et stort antall

¹³⁸ Rt. 1946 s.196 s. 196 (uttalelse fra Andenæs og Castberg).

¹³⁹ Hans Petter Graver, "Pandemirestriksjoner og retten til liv"; Lov og rett vol. 6, 2022, s.349-370, herunder særlig s.370.

lover innenfor forvaltningslovgivningen og næringslivet for øvrig, som i første rekke regulerer korrekt atferd på det aktuelle område for å oppnå ønsket praksis. Et virkemiddel for at oppnå dette er at det gjerne er vedtatt en straffebestemmelse for eventuelle brudd på slike handlingsnormer. Dette er typisk mindre bøter eller lignende. Analogiforbudet skal derfor anvendes på et bredt spekter av strafferettslig lovgivning og vil derfor ha et stort og til dels uoverskuelig nedslagsfelt.

Etter min vurdering kan et relevant synspunkt være at kjernen av analogiforbudet er den alminnelige strafferetten. I slike tilfeller må det forventes tilstrekkelig god presisjon av lovgiver ved utformingen av straffebestemmelsene, og at ordlyden følgelig håndheves strengt i tråd med analogiforbudet. Stedatteravgjørelsen og avgjørelsen om IS-kvinnen befinner seg nettopp innenfor kjerneområdet av rettssetningen.

Saken stiller seg imidlertid annerledes i den strafferettslige spesiallovgivningen. Dette gjelder særlig tilfeller hvor det er kriminalisert forholdsvis "vanlige" forvaltningsrettslige handlingsnormer. Med dette menes handlingsnormer, som ikke kriminaliserer skade på grunnleggende rettsgoder som liv, fysisk integritet, eiendomsrett, rikets selvstendighet mv. Avgjørelsene om eksportkontroll og avgjørelsen om russisk drone er illustrerende i denne sammenheng. Det er tilnærmet umulig for lovgiver i slike tilfeller å ha krav om legalitet i strafferettslig sammenheng i tankene ved utformingen av all forvaltningsrettslig reguleringslovgivning som kan straffes. Denne lovgivningen er etter sin art og karakter vanskeligere å håndheve på et slikt prinsipielt plan, på bakgrunn av reglenes struktur og de omfattende og svært differensierte områdene som den strafferettslige spesiallovgivningen regulerer.¹⁴⁰

Andenæs påpekte allerede i 1942 at "[h]vis en straffetrussel i spesiallovgivningen måtte medføre en streng tolkning i alle saker, ville det være å ofre det store godet (lovens funksjon) for det lille (den strikte forutberegnelighet)".¹⁴¹ Det kan på denne bakgrunn tenkes at analogiforbudet bør nyanseres innenfor den strafferettslige spesiallovgivningen.

¹⁴⁰ Se nærmere om dette i punkt 5.3.

¹⁴¹ Thomas Midttun Tobiassen, "Rett praksis, men på hvilket grunnlag?", *Lov og rett vol.61, 2022*, s. 646-665, s. 662, jf. Johs Andenæs, *Straffbar unnløstelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Oslo 1942 s. 226.

Et skille mellom kjernestrafesaker og andre mindre alvorlige straffesaker finnes i andre rettssystemer.

Straffebegrepet i EMK art. 6 ut fra Engalkriteriene omfatter saker som er klassifisert som straffesaker etter nasjonal rett, "hard core criminal law". Men straffebegrepet er vidt, og omfatter ogs a saker som ikke er klassifisert som straffesaker etter nasjonal rett. For eksempel saker om pønalt motiverte økonomiske sanksjoner. For norsk retts vedkommende gjelder dette blant annet overtredelsesgebyr og tilleggsskatt.

EMD uttaler i "Guide on Article 6 of the European Convention of human rights" at "[h]owever, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency in all cases, in particular those that do not belong to the traditional categories of criminal law such as tax surcharges proceedings (Jussila v. Finland [GC], 2006, § 43), minor road traffic offences proceedings (Marćan v. Croatia, 2014, § 37) or proceedings concerning an administrative fine for having provided premises for prostitution (Sancaklı v. Turkey, 2018, §§ 43-52)."¹⁴² Sitatet illustrerer at det kan være legitimt   skille mellom hva som er innenfor- og utenfor kjernestrafretten i forbindelse med rettssikkerhetsgarantier.

EMD uttalte nylig i en sak i fjor høst at "[f]urthermore, in accordance with the case-law of the Court, as tax surcharges differ from the hard core of criminal law, the guarantees of Article 6 do not necessarily apply with their full stringency".¹⁴³ I denne avgjørelsen og andre lignende avgjørelser ble det gjort klare begrensninger i rettssikkerhetsgarantiene etter EMK art. 6, sammenliknet med hva som gjelder for saker som er innenfor "hard core criminal law",¹⁴⁴ Etter EMDs praksis er det derfor klart at rettssikkerhetsgarantiene i saker som ligger utenfor kjernestrafretten står betydelig svakere.

Jeg mener dette har en overføringsverdi til å nyansere analogiforbudet ut ifra om man befinner seg innenfor- eller utenfor kjernestrafretten. Det kan være fornuftig og velbegrunnet å skille mellom analogiforbudet i kjernestrafretten og i

¹⁴² The registry, "Guide on Article 6 of the European Convention of human rights- Right to a fair trial" (criminal limb) s. 7.

¹⁴³ Vegotex International S.A mot Belgia [GC] 2022, no. 49812/09 avsnitt 76. Se likedan Jussila mot Finland [J] 2006, no. 73053/01 avsnitt 43.

¹⁴⁴ Se likedan De Leg  mot Nederland [J] 2022, no. 58342/15.

forvaltningssanksjonsretten. På den måten kan det tenkes at man oppnår en mer balansert rettssetning som i større grad ivaretar lovens funksjon, samtidig som rettssikkerheten til borgerne beskyttes.

Det er basert på ovennevnte redegjørelse to ulike normative grunner til at det strenge analogiforbudet bør kunne relativiseres. For det første er det vanskelig å opprettholde et slik absolutt forbud fordi kriminalisering brukes svært mye, og for mange ulike typer handlinger. Det blir derfor et stort og meget variabelt område rettssetningen skal benyttes innenfor. For det andre dersom det ikke er tale om konkret sterkt inngripende sanksjoner, som fengsling av fysiske personer, tilsier ikke sakens alvorlig nødvendigvis et svært strengt analogiforbud. Dette gjelder for eksempel saker hvor det ilegges mindre bøter eller foretaksstraff.

Ulempen med et slikt nyansert analogiforbud er at det kan være en vanskelig og skjønnsmessig rettssetning å håndheve i praksis for domstolene. En grense mellom en "tillatt" utvidende tolkning og en "for" utvidende tolkning, og videre til en "analogisk" tolkning kan være svært vanskelig å fastsette i de konkrete sakene. Det kan også være utfordrende å skape en enhetlig praktisering rundt analogiforbudet med en slik regel. Det kan i den forbindelse trekkes linje til diskusjon i litteraturen om hvorvidt EMK art. 7 i henhold til EMDs-praksis utgjør et absolutt forbud utvidende tolkning, som blant annet Bergo tar til orde for, eller hvorvidt det godtas visse utvidende tolkninger av ordlyden, som Frøberg fremholder. Sistnevnte opererer med ulike grader av utvidende tolkninger, men ikke basert på skillet mellom kjernestrafretten og den alminnelige strafferetten. Utfordringene vil imidlertid forbli det samme. Det er derfor ikke en åpenbar løsning rundt praktiseringen av analogiforbudet. Det vil være både fordeler og ulemper med et absolutt- og et nyansert analogiforbud. Svaret må imidlertid søkes i den løsningen som er mest holdbar i lengden, og som vil balansere lovens funksjon og borgernes rettssikkerhet på best mulig måte.

Referanseliste

Lovregister

Lov 17. mai 1815 Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 22. mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven 1902) (*opphevet*).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

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

Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter

Ot.prp.nr.9 (1987-1988) om lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi.

Ot.prp. nr. 113 (2004-2005) om lov om oppheving av løsgjengerloven og om endringer i straffeloven mv. (eget straffebud mot vold i nære relasjoner mv.).

Prp. 131 L (2012-2013) Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m.).

Forskrifter

Forskrift 30 juni 1978 nr. 8 om narkotika.

Forskrift 15 august 2014 nr.1076 om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territoriale integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet.

Konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953).

International Covenant on Civil and Political rights, 16 December 1966 (entered into force 3 March 1976).

Litteratur

- All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 1*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022.
- Andenæs, Johs, *Straffbar unnlatelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Oslo 1942.
- Bergo, Knut, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk Metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022.
- Eskeland, Ståle og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utgave, Cappelen Damm 2018.
- Mestad, Ole og Dag Michalsen, *Grunnloven- Historisk kommentarutgave 1814-2020*, 1. utgave Universitetsforlaget 2021.
- ## Artikler
- Bergo, Knyt, "Tolkning av lovkravene i Grl. §§ 96 og 113- noen kommentarer til Thomas Midttun Tobiassen", *Lov og Rett vol. 62*, 2023 s. 119-130.
- Frøberg, Thomas, "Nyere praksis om det Strafferettslige legalitetsprinsippet", *Jussens venner*, 2015 s. 46-71.
- Graver, Hans Petter, "Pandemirestriksjoner og retten til liv", *Lov og rett vol. 6*, 2022 s.349-370.

| | |
|------------|---|
| Tobiassen | Tobiassen, Thomas Midttun, "Rett praksis, men på hvilket grunnlag?", <i>Lov og rett vol. 61</i> , 2022 s. 646-655. |
| Sætervadet | Sætervadet, Torkell, Karin M. Bruzelius, Christoffer C. Eriksen, Anders Løvlie, Nils Gunnar Skretting og Bård S. Tuseth, "Sanksjoner, flyforbud og droner", <i>Lov og rett vol. 62</i> , 2023 s.7-36. |
| Tverberg | Arnulf Tverberg, "Grunnloven og maktfordeling", 2014, Lovdata pro. |

Andre kilder

The registry, "Guide on Article 6 of the European Convention of human rights- Right to a fair trial" (criminal limb), Hudock.

Domsregister

Norsk Retstidende

Rt. 1929 s. 330.

Rt. 1933 s. 212.

Rt. 1946 s.196

Rt. 1952 s.989 "Telefonsjikane"

Rt. 1973 s. 433. "Passbåt"

Rt. 1975 s. 12. "Skipsfører"

Rt. 1980 s. 1342.

Rt. 1994 s. 1414. "Biltyv"

Rt. 1994 s.1610. "Datakriminalitet"

Rt. 2005 s. 1628.

Rt. 2009 s. 780. "Derivat I"
Rt. 2010 s. 481. "Derivat II"
Rt. 2010 s. 1445.
Rt. 2011 s. 469. "Mishandling i nære relasjoner"
Rt. 2011 s. 1455.
Rt. 2012 s. 313.
Rt. 2012 s. 387.
Rt. 2012 s. 752.
Rt. 2012 s. 1211.
Rt. 2014 s. 238.
Rt. 2014 s. 1105.
Rt. 2015 s. 1345.

Høyesterettsavgjørelser

HR-2016-1354-U.
HR-2016-1458-A. "Haxi"
HR-2016-1836-A.
HR-2017-1245-A.
HR-2017-1840-A.
HR-2018-875-A.
HR-2018-1781-A.
HR-2018-1784-A.

HR-2019-563-A.

HR-2019-1234-A.

HR-2019-900-A. "Eksportkontroll"

HR-2019-1675-A.

HR-2019-1788-A.

HR-2019-2205-A.

HR-2020-1723-A.

HR-2020-1343-A.

HR-2020-2019-A. "Bruk av mobiltelefon under kjøring"

HR-2020-2020-A.

HR-2021-1780-A.

HR-2022-1271-A.

HR-2022-2089-U. "Drone "

HR-2022-2418-A. "IS-kvinne"

Lagmannsretten

LH-2023-6552.

Tingretten

TNTS-2022-152935.

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

S.W. mot UK [J] 1995, no. 20166/92, ECHR:1995:1122JUD002016692

C.R. mot Uk [J] 1995, no. 20190/92, ECHR:1995:1122JUD002019092

Sunday Times mot UK [P] 1979, no. 6538/74, ECHR:1980:1106JUD000653874

Coeme and others mot Belgiua [J] 2000, no. 32492/96, ECHR:2000:0622JUD003249296

Jussila mot Finland [J] 2006, no. 73053/01, ECHR:2006:1123JUD007305301

Vegotex international S.A mot Belgia [GC] 2022, no. 49812/09, ECHR:2022:1103JUD004981209

De Legé mot Nederland [J] 2022, no. 58342/15, ECHR:2022:1004JUD005834215

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-439/19 (Opinion), B

