

Forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff

«Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædel- sen, i den hensikt at han skal føle det som et onde» (Rt. 1977 s. 1207; Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77). Denne beskrivelsen av straff som fenomen har vært og er den samme i et stort antall rettssystemer.

Bruk av straff er det sterkeste inngre- pet staten kan gjøre i en borgers retts- sfære. Derfor stiller rettsstaten strenge *prosessuelle* krav ved bruk av straff. Grunnloven har siden 1814 bestemt at ingen kan straffes uten etter dom, jf. § 96 første ledd. Ved grunnlovsreformen i 2014 ble uskyldspresumsjonen grunn- lovsfestet i § 96 annet ledd, og kravet til en rettferdig rettergang i § 95. EMK opp- stiller en rekke rettsstatlige prosessuelle krav ved bruk av straff.

Det gjelder også *formelle* rettsstatlige grenser for bruk av straff, jf. legalitets- prinsippet i Grunnloven § 96 første ledd og EMK artikkel 7. Legalitetsprinsippet stiller flere krav til lovgiver ved kriminali- sering. Blant annet gjelder det grenser for bruk av vage og vidt formulerte straffe- bud (*lex certa*). Og på strafferettens område gjelder det et absolutt forbud mot tilbakevirkende lovgivning (jf. bl.a. Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 84). Høyesterett har siden 2009 klart skjerpet kravet til legalitet ved ileggelse av straff (jf. bl.a. Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15).

Hvilke *materielle* rettsstatlige grenser gjelder ved bruk av straff? Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 krever at inn- grep i borgernes privatliv må være for- holdsmessige. Nærmere bestemt må inn- grepet vareta et legitimt formål, det må ikke gå lengre enn nødvendig, og det må være proporsjonalt (jf. bl.a. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28; HR-2018-104-A avsnitt 23 og HR-2018-699-A avsnitt 32).

Siden bruk av straff er et omfattende inngrep i privatlivet, må det stilles strenge krav til at bruk av straff er forholdsmessig. Hva gjelder *kriminalisering* er utgangs- punktet at det er opp til borgerne selv, gjennom indirekte demokratisk repre- sentasjon, å ta stilling til hva som skal kri- minaliseres. Det finnes likevel grenser. Som ved alle andre inngrep må en krimi- nalisering tilfredsstillende grunnleggende krav til forholdsmessighet. Det må her- under kreves at forholdsmessigheten er tilstrekkelig vurdert av lovgiver.

Ved utarbeidelsen av straffeloven opp- stilte lovgiver tre hovedprinsipper for kri- minalisering: skadefølgeprinsippet, sub- sidiaritetsprinsippet og hensiktsmessig- hetsprinsippet. Prinsippene har i noen grad samme funksjon som forholdsmes- sighetsprinsippet i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Innholdsmessig er det ulikheter mellom forholdsmessighets- prinsippet og kriminaliseringsprinsip-

pene. Ytterligere en forskjell er at kravet om forholdsmessighet er konstitusjonelt forankret, mens kriminaliseringsprinsippene ikke er det.

Verken kriminaliseringsprinsippene eller forholdsmessighetsprinsippet har i dag en særlig fremskutt posisjon ved kriminalisering. I stedet fokuseres det ofte på behov for at kriminaliseringen går langt nok, samt på straffverdighet, klanderverdighet, allmennpreventive hensyn mv. Det ferskeste eksempelet er Justis- og beredskapsdepartementets forslag til kriminalisering av bilder som er «særlig egnet til å krenke privatlivets fred» (Snr. 18/3556, juni 2018). Lovforslaget er til behandling i departementet. Både ved vurderingen av om handlingene som her beskrives bør kriminaliseres, og ved vurderingen av hvordan gjerningsinnhold og skyldkrav eventuelt bør utformes, hadde utredningen tjent på å ha mer fokus på kravene om nødvendighet og proporsjonalitet. Nærmere bestemt bør det påvises et særlig behov hvis en kriminalisering skal utformes videre enn det legitime formålet med kriminaliseringen tilsier.

Også ved *ileggelse av straff* kreves det at inngrepet er forholdsmessig. Kravet varetas i dag gjennom lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunner, herunder den generelle ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Eksempelvis vil det legitime formålet med bruk av straff ikke slå til dersom en handling er utført i nødverge. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 krever at det alltid vurderes om bruk av

straff er forholdsmessig i hvert enkelt tilfelle. Jo mindre kravene til forholdsmessighet er varetatt ved kriminalisering og utforming av straffebudet, desto større behov vil det være for en vurdering av forholdsmessighet ved ileggelse av straff. Rt. 2012 s. 686 viser det.

Ut fra bl.a. dogmatiske og pedagogiske hensyn kan det reises spørsmål om det ville vært hensiktsmessig å oppstille et krav om materiell rettsstrid som vilkår for straff, i stedet for å operere med lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunner som flankeres av en vag og ubestemt, ulovfestet generell rettsstridsreservasjon. Et krav om materiell rettsstrid ved bruk av straff vil knytte strafferetten nærmere til dens rettsstatlige og konstitusjonelle forankring og legitimitet. Det er heller ikke utenkelig at en tydeliggjøring av at det alltid må gjøres en forholdsmessighetsvurdering ved ileggelse av straff, vil kunne få betydning for den faktiske bruken av statens sterkeste virkemiddel. Et sterkere fokus på forholdsmessighet ved ileggelse av straff er neppe svært kontroversielt. Vurderinger av forholdsmessighet ved statlige inngrep i borgernes rettssfære er godt innarbeidet i rettssystemet ellers, hvor det er tale om langt mindre inngrep enn ileggelse av straff. Det er for øvrig ikke enestående for strafferetten at staten griper inn i ett individs frihet for å beskytte andre borgers frihet.

Jon Petter Rui