

# Provokasjon og retorsjon som straffritaksgrunn

## JUS4211 - Høst 2014

Sensorveiledningen skrives uten at noen besvarelser er lest. Den er dels basert på tidligere sensorveiledninger om samme tema.

### 1. Oppgavens tema

De sentrale bestemmelsene vil først og fremst være strl. §§ 228 tredje ledd og § 250, i noe mindre grad § 127 andre ledd, § 390 andre ledd og militær straffelov § 48. De fire siste bestemmelsene inngår ikke i læringskravene. Det er naturlig å drøfte relevant straffeprosess.

Emnet provokasjon under etterforskningen, som når politiet fremprovoserer en straffbar handling for å få bevis mot gjerningsmannen, faller klart utenfor oppgaven. Det bør likevel ikke trekkes så mye hvis en kandidat behandler også slik provokasjon, dersom provokasjon og retorsjon som straffritaksgrunn ellers er behandlet tilfredsstillende.

Opgaven er relativt sentral og bør ikke komme overraskende på studentene.

### 2. Læringskrav

Opgaven er innenfor den spesielle strafferett. Det fremgår av hovedlitteraturlisten at det i den spesielle strafferetten kreves «god forståelse» av blant annet strl. § 228. Når det gjelder strl. § 250, strl. § 127, strl. § 390 og mil. strl. § 48, inngår disse ikke i læringskravene, og det kan ikke forventes mye kunnskap.

### 3. Litteratur

Sentral hovedlitteratur er *Johs. Andenæs v. Kjell Andorsen: Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, Oslo 2008, kap. 6-8; kap. 7 har en tittel identisk med oppgaveteksten. Provokasjon og retorsjon er også grundig behandlet i den relativt nye boka til Magnus Matningsdal, *Norsk Spesiell strafferett*, Bergen 2010, kap. 8. Boka er oppgitt som tilleggslitteratur, og de studentene som har lest i denne vil nok ha en liten fordel. Til sammen gir hoved- og tilleggslitteraturen en grundig innføring i strl. § 228 tredje ledd.

Strl. §§ 127 og 390 er så vidt nevnt i hovedlitteratur, men svært lite utdypet.

Noen straffeprosessuelle spørsmål er naturlig å ta opp, men her kan det ikke kreves så mye.

### 4. Undervisning

Det har vært undervist grundig i strl. § 228.

### 5. Disponering av besvarelsen

Det er vel mest fornuftig å starte med en generell innledning og deretter behandle provokasjon for seg og deretter retorsjon. Noen vil likevel kanskje behandle de aktuelle

bestemmelsene helt atskilt. Virkningene av provokasjon og retorsjon er vel mest naturlig å behandle samlet. Det samme gjelder straffeprosessuelle spørsmål.

## 6. Oversikt – begreper m.v.

Det bør innledningsvis sies noe om hva som ligger i begrepene provokasjon og retorsjon, gjerne med eksempler. Ved provokasjon er det spørsmål om straffnedsettelse eller fullt straffritak på grunn av en forutgående krenkelse. Retorsjon forutsetter en etterfølgende gjengjeldelse som gjør at den opprinnelige legemsfornærmelsen lates straffri eller straffen nedsettes. Sammenhengen kan illustreres slik: A slår B etter å ha blitt ærekrenket av ham. Dersom B slår igjen, kan A påberope seg både provokasjon og retorsjon. As legemsfornærmelse mot B kan også begrunne at B fritas for straff etter provokasjon.

Kandidatene må få frem at felles for provokasjon og retorsjon er at loven bare gir en adgang til straffritak. Handlingen er ulovlig og straffbar, men retten kan - hvis den finner grunn til det - fritas for straff.

Det er en fordel om kandidatene får fram at straffeloven ikke har noen generell regel om straffnedsettelse eller straffrihet ved provokasjon/retorsjon. I straffelovens spesielle del har man imidlertid fire aktuelle bestemmelser:

§ 228 tredje ledd (legemsfornærmelse), § 250 (ærekrenkelse), § 390 andre ledd (krenkelse av privatlivets fred) og § 127 andre ledd (vold mot offentlig tjenestemann). Videre inneholder mil. strl. § 48 (som nok ikke så mange vil finne fram til) en tilsvarende bestemmelse som strl. § 127 andre ledd. De to sistnevnte bestemmelsene står i en særstilling: De gir som regel bare adgang til nedsatt straff; fullt straffritak krever at det foreligger særdeles formildende omstendigheter. De to bestemmelsene inneholder heller ikke noe om retorsjon.

Det må sies noe nærmere om lovgrunnen for provokasjon og retorsjon. Her gis de flinke kandidatene anledning til å markere seg. Det kan nevnes at provokasjon som straffrihetsgrunn er en videreføring av prinsippet i strl. § 56 bokstav b om straffnedsettelse på grunn av berettiget harme. Provokasjon er også beslektet med nødverge; begge regulerer svar på en krenkelse. Nødverge gjelder avvergelsen, mens provokasjon gjelder gjengjeldelse. En viktig forskjell er at en nødvergehandling automatisk er lovlig og straffri, men provokasjon er en mulig straffritaksgrunn.

Videre kan det som begynte med nødverge, gå over i gjengjeldelse. Andenæs nevner som eksempel at den som blir overfalt og i forsvar slår overfallpersonen ned, er straffri etter strl. § 48. Gir han derimot i sinne vedkommende et spark i tillegg, er man over i området for strl. § 228 tredje ledd. I praksis kan avgjørelsen av om det er nødverge eller gjengjeldelse by på vanskelige bevisspørsmål.

Det kan også hevdes at strl. § 48 fjerde ledd om overskridelse av nødvergeretten kan sees som en videreføring av provokasjonsinstituttet; her får den angrepnes "overtramp" et unnskyldelig preg.

Lovgrunnen for retorsjon er ikke like opplagt som for provokasjon, men kandidatene bør kunne si noe fornuftig også om dette. Gjerningspersonen er like mye å bebreide enten den fornærmede lar seg provosere eller ikke. I forarbeidene er regelen om retorsjon begrunnet med at den som har tatt seg til rette og gjengjeldt en krenkelse med en legemsfornærmelse, ikke har det samme "behovet" for å se angriperen straffet. Dette resonnementet kan imidlertid kritiseres.

## **7. Strl. § 228 tredje ledd – innledning**

Noen kandidater kan tenkes å bomme på hvilket alternativ i § 228 tredje ledd som regulerer henholdsvis provokasjon og retorsjon. Hvis det skjer, og forplanter seg til den videre drøftelsen, kan det lett bli misvisende på enkelte punkter.

Kandidaten må forventes å redegjøre for innholdet i uttrykket "legemsfornærmelse" i § 228 tredje ledd. Det er ikke bra dersom kandidater legger til grunn at provokasjon/retorsjon kan være aktuelt for den som har overtrådt strl. § 229. Å gå nærmere inn på hva som er legemsfornærmelse og legemsbeskadigelse og den nærmere grensdragning her, er derimot utenfor oppgaven.

## **8. Provokasjon som straffritaksgrunn**

*Provokasjonshandlingen:* Den handlingen som kan gi grunnlag for straffritak for den provoserte, er i loven beskrevet som en legemsfornærmelse eller ærekrenkelse. Bestemmelsen kan ikke anvendes hvis man lar seg provosere av andre typer rettsbrudd, f.eks. en person bryter seg inn eller gjør hæververk. Her kan gjerne nevnes at § 56 bokstav b kan gi nedsatt straff, men en inngående behandling av denne bestemmelsen må trekke ned.

Det er videre viktig å merke seg at krenkelse av legemets integritet i loven er beskrevet som "legemsfornærmelse". Begrepet kan her ikke tas i samme tekniske betydning som etter bestemmelsens første ledd, men må tas i utvidet betydning, som identisk med legemskrenkelse, omfattende legemsfornærmelse, legemsbeskadigelse og grov sådan.

Lovens uttrykk "legemsfornærmelse" eller "ærekrenkelse" må forstås med det forbehold at det dreier seg om en objektivt rettsstridig handling. Man kan således ikke med straffriende virkning gjengjelde en rettmessig krenkelse av legemet eller æren, for eksempel ved en nødvergehandling. Her må man imidlertid være klar over at ikke alle sanne utsagn går klar av ærekrenkelsesreglene, idet også sanne utsagn kan være urettmessige (utilbørlige), jf. strl. § 49 nr. 2, og således utgjøre en provokasjon. Se også nedenfor om faktisk villfarelse. Videre gjelder at den forutgående legemsfornærmelsen eller æreskrenkelsen må være begått med den fornødne skyld og strafferettslig tilregnelighet.

Et problem som kan drøftes er om faktisk villfarelse kan komme gjerningspersonen til gode når "provokasjonshandlingen" ikke er en rettsstridig handling, men for gjerningspersonen fortonte seg slik. Dette har det vært uenighet om i teorien, men spørsmålet ble avklart i Rt. 1983 s. 1968. Her var en lett beruset kvinne på vei hjem da hun ble krenket med ukvemsord av en meget beruset person. Det kom til et håndgemeng, og en annen kvinne sa til førstnevnte kvinne at hun måtte kutte ut, slutte e.l. Denne misforsto situasjonen og trodde hun ble kalt et ludder, og hun påførte den andre kvinnen en legemsfornærmelse. Tiltalte ble

frifunnet i herredsretten. Påtalemyndigheten anket saken og hevdet blant annet at herredsretten hadde tatt fell vedrørende spørsmålet om provokasjon. Høyesterett fant imidlertid at en innbilt provokasjon måtte kunne sidestilles med en reell, jf. strl. § 228 tredje ledd, og at provokasjonen i dette tilfellet etter en helhetsvurdering burde lede til frifinnelse.

*Gjengjeldelseshandlingen:* Denne må være en legemsfornærmelse som kan subsumeres under hele § 228. Begrepet "legemsfornærmelse" er dermed brukt i forskjellig betydning i lovens bestemmelse om provokasjon, mht. provokasjonshandlingen (legemskrenkelse) og med hensyn til gjengjeldelseshandlingen, en snevrere "legemsfornærmelse". Forsettlig legemsbeskadigelse etter provokasjon kan altså ikke lates straffri på grunnlag av provokasjon. Det kan videre spørres om gjengjeldelseshandlingen må være begrenset til første ledd eller om den også kan være av en slik karakter som omfattet av andre ledd, legemsfornærmelse med uforsettlig følge. At det siste er riktig, må sies å følge av ordlyden.

*Sammenhengen mellom provokasjons- og gjengjeldelseshandlingen:* I kravet om at krenkelsen skal være "gjengjeldt" ligger at de to krenkelsene må stå i kausalt forhold til hverandre. Den etterfølgende handlingen må være en "gjengjeldelse" av den første handlingen. Det normale er at gjengjeldelsen skjer på stedet, men det er i og for seg ikke nødvendig. Andenæs' klassiske eksempel er personen som får et ærekrenkende brev og svarer med en ørefik ved første påfølgende møte. Det som må kreves, er en klar sammenheng mellom de to handlingene. At det har gått noen tid etter krenkelsen, kan dog være et viktig moment ved vurderingen av om straffrihet bør gis.

## **9. Retorsjon som straffritaksgrunn**

*Handlingen det er spørsmål om straffrihet for:* Etter loven er det en legemsfornærmelse som kan lates straffri på grunn av retorsjon. Uttrykket må her tas i teknisk betydning, i motsetning til legemsbeskadigelse, på samme måte som for straffrihet etter provokasjon.

*Gjengjeldelseshandlingen:* Også den gjengjeldende handling er beskrevet som en legemsfornærmelse, men her er det den vide betydning som må legges til grunn. Det ville det være urimelig om angriperen skulle kunne bli straffri hvis handlingen blir gjengjeldt med en ørefik, men ikke hvis den blir gjengjeldt med en legemsbeskadigelse.

*Sammenhengen mellom de to handlingene:* Også her gjelder et krav om naturlig sammenheng mellom den forutgående og den gjengjeldende handling. Prinsippene blir som når det gjelder provokasjon.

## **10. Strl. § 250**

Det kan som nevnt ikke forventes særlig kunnskap om § 250. Likevel bør kandidatene få frem at den forutgående krenkelsen (ved provokasjon) er beskrevet som «utilbørlig adferd», og vise at dette er forstått. Den «utilbørlige adferd» trenger ikke nødvendigvis å være straffbar.

En god kandidat vil kanskje også vite at hvis man ærekrenker på vegne av en helt utenforstående, kan man bli hørt etter § 250 men ikke etter § 228 tredje ledd.

## **11. Strl. § 127 andre ledd og § 390**

§ 390 henviser til § 250. Det kan vel ikke kreves særlig mye om denne bestemmelsen.

Om § 127 er det heller ikke mye som kan forventes, men det bør presiseres at den provoserende handlingen er beskrevet som «utilbørlig forhold», og at betydningen av dette er forstått, altså noe mer enn bare en henvisning til ordlyden.

## **12. Virkningen av provokasjon/retorsjon**

Det kan ikke kreves så veldig mye på dette punktet. Men det må komme klart frem at loven ikke gir krav på straffrihet. Retten skal foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering der spørsmålet om forholdsmessighet tillegges stor vekt. Den tiltaltes yrkesmessige stilling er også et viktig moment; for eksempel må en politimann tåle mer enn andre.

Hvis provokasjon/retorsjon ikke fører til straffritak, kan resultatet i stedet bli mildere straff enn ellers, eventuelt betinget straff i stedet for ubetinget straff. Dette må det forventes at kandidatene gjør rede for. Videre bør kandidatene på en eller annen måte få fram at provokasjon/retorsjon etter omstendighetene ikke behøver å få noen betydning i det hele tatt. Noen kandidater vil kanskje ikke ha forstått at etter strl. § 228 tredje ledd, § 250 og § 390 kan provokasjon/retorsjon tillegges en virkning fra «null» til full frifinnelse. Her er det derfor ikke nødvendig å gå veien om strl. § 56 bokstav b.

## **13. Prosessuelle spørsmål**

Det kan heller ikke kreves så altfor mye om de prosessuelle spørsmålene. Kandidatene bør få frem at hvis provokasjon/retorsjon fører til straffritak, skal domsslutningen lyde på frifinnelse. Man må altså gå til premissene for å finne begrunnelsen.

Kandidatene bør også få frem at spørsmålet om det foreligger provokasjon/retorsjon hører til skyldspørsmålet, mens spørsmålet om virkningen hører til reaksjonsfastsettelsen. Noen vil kanskje drøfte tilleggsspørsmål til lagretten, jf. strpl. § 367 om «særlige omstendigheter som etter loven vil bringe forholdet inn under en strengere eller mildere straffebestemmelse». Det skal dog en del til for at dette blir aktuelt, jf. vilkåret om mulighet for fengsel i mer enn seks år for behandling med lagrette. Men det kan være aktuelt dersom det er anket for flere straffbare forhold hvorav ett eller flere skal behandles med lagrette, jf. strpl. §§ 352 og 353.

## **14. Vurderingen av besvarelsen**

For å få en A bør en kandidat ha skrevet en fornuftig og dekkende innledning, gitt en solid fremstilling av strl. § 228 tredje ledd, gjerne fått med hovedpunkter i § 250, § 127 andre ledd og/eller § 390, samt behandlet virkning og prosess på en grei måte. Om ikke alle disse punktene er behandlet, må det kunne kompenseres med en spesielt solid drøftelse ellers som gjør at kandidaten totalt sett skiller seg klart ut i positiv forstand og dermed gis en A.

Temaet provokasjon/retorsjon er i prinsippet ikke spesielt komplisert, men det er mange tråder som skal flettes sammen og begreper som skal holdes fra hverandre. Den som klarer å gi en ryddig og velstrukturert fremstilling, bør derfor honoreres for det.

### Tilføyet etter eksamen:

Oppgaven ble gitt som én av to oppgaver ved en sekstimers eksamensdag og anslått til å ta ca. 1/3 av eksamenstiden, altså to timer. Eksamenssituasjonen ble spesiell, da det på eksamensdagen – etter at kandidatene hadde tatt plass – viste seg at eksamen av tekniske grunner ikke lot seg gjennomføre digitalt som planlagt. De kandidater som ikke umiddelbart foretrakk en utsatt prøve, fikk i stedet levere oppgavesvarene med bruk av penn og papir. Det kan ikke utelukkes at dette kan ha gitt enkelte dårligere tid under eksamen, og det bør derfor vises større forsiktighet enn ellers ved å trekke for stoff som ikke er blitt behandlet i besvarelsen.

Jo Stigen, november 2014