

Eksamen JUS 4211 – høst 2015 – strafferett

Teorioppgave: Straffbart forsøk; øvre grense, nedre grense og tilbaketreden fra forsøk.

Strafferett

Studenten skal ha god forståelse av:

- ...
- Ansvarslæren, herunder hovedvilkårene for straff: (1) lovstridig handling, (2) fravær av straffrihetsgrunner, (3) subjektiv skyld, og (4) tilstedeværelse av personlige forutsetninger for straff.

Læringskravene refererer til gjeldende rett, og ikke anbefalt hovedlitteratur. Studentene må selv skaffe seg oversikt over på hvilke områder det er kommet ny lovgivning og rettspraksis.

Straffeloven 2005 vil tre i kraft høsten 2015. Ved eksamen legges 2005-loven til grunn, og høstens undervisning i strafferett vil bygge på straffeloven 2005.

Hovedlitteratur

ALMINNELIG STRAFFERETT:

Høsten 2015 kan man velge mellom alternativ 1 og alternativ 2.

Alternativ 1:

- **Ståle Eskeland:** Strafferett (4.utg.). Utvalgte kapitler (se nedenfor)

Litteraturhenvisninger til læringskrav i ALMINNELIG STRAFFERETT -**God forståelse:**

- ...
- Ansvarslæren: Eskeland kap. VII-XI, XII: 2.2.1 og XIII
- ...

Alternativ 2:

- **Ståle Eskeland:** Strafferett (3.utg., Oslo 2013). Utvalgte kapitler (se nedenfor)
- **Magnus Matningsdal:** Nytt i ny straffelov (Oslo 2015) kap. 1-9.

Kapittelhenvisninger til Eskelands bok for læringskrav i ALMINNELIG STRAFFERETT -**God forståelse:**

- ...
- Ansvarslæren: Eskeland kap. VII-XI, XII: 2.2.1 og XIII
- ...

Oppgaven er meget sentral og behandles hos Eskeland, uansett utgave, i kapittel VII Den straffbare atferden. 3.4 Forsøkshandlingen. Forsøk er et sentralt tema både i anbefalt lærebok

og i strafferettsundervisningen, både forelesning og kurs. Fordi studentene ikke har andre lærebøker som bygger på 2005-loven enn Eskelands bok, legger jeg meg meget tett opp til den.

Oppgaven spør etter en redegjørelse av **Straffbart forsøk; øvre grense, nedre grense og tilbaketreden fra forsøk**. For sensorer burde det ikke være nødvendig med en retterveiledning. Jeg har ikke rettet noen oppgaver og har derfor ikke kunnskap om studentenes nivå eller hvordan de ellers har besvart oppgaven.

Fra 1902 til 2005-loven

Paragraf 49 i 1902-loven om forsøk er videreført uten noen realitetsendring i § 16 første ledd. Men da straffeloven 2005 ikke har videreført sondringen mellom forsøk og forbrytelse, er straff for forsøk generelt begrenset til straffebud med en øvre strafferamme på fengsel i “1 år eller mer”.

Paragraf 50 om tilbaketreden fra forsøk er videreført i § 16 andre ledd med en forenklet ordlyd. Det er bare gjort en mindre realitetsendring, idet straffeloven 1902 § 50 for tilfeller hvor forsøket var fullendt fastsatte at tilbaketreden måtte skje “forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget”. Dette vilkåret gjelder ikke lenger.

Den viktigste endringen for forsøk er at den nye straffeloven ikke har videreført bestemmelsen i § 51 om at forsøk skal straffes mildere enn den fullbyrdete overtredelsen.

Om straffutmålingen ved forsøk fastsatte straffeloven 1902 § 51 at “[f]orsøk straffes mildere end den fuldbyrdede Forbrydelse. Straffen kan nedsættes under det for denne bestemte Lavmaal og til en mildere Strafart”. Siste del av denne bestemmelsen er videreført i § 80 bokstav b, men altså ikke regelen om lavere straff enn ved en fullbyrdet overtredelse. Etter § 78 bokstav a er det at overtredelsen ikke er fullbyrdet utelukkende en formildende omstendighet. Som følge av denne endringen er ikke § 51 andre ledd om aberratio ictus videreført.

Straffbart forsøk

For forsøksstraff kreves fullbyrdelsesforsett. Man kan si at det *ikke* mangler noe på den *subjektive* siden (subjektivt overskudd), men at det mangler noe på den *objektive* siden. Det kreves altså at fullbyrdelsen etter gjerningsmannens forutsetninger skulle skje i *noenlunde umiddelbar sammenheng med den foretatte handling*.

Det følger av strl. § 16 at også *forsøk* på forsettlig handlinger som kan medføre fengsel i ett år eller mer, er straffbart, med mindre annet er bestemt (for eksempel vegtrafikkloven § 31 første ledd). Det betyr altså at straffebud som foreskriver slik straff, alltid må leses med tilføyelsen «eller gjør forsøk på dette». Paragraf 16 utvider med andre ord straffebudets anvendelsesområde i forhold til det som følger av ordlyden.

Utjenlig forsøk.

Uttrykket utjenlig forsøk brukes om handlinger som ikke under noen omstendighet kunne ført til en fullbyrdet overtredelse, som f.eks. når «tyven» tror at den tingen han tar tilhører en annen, mens den i virkeligheten er hans egen. Handlingen lar seg helt enkelt ikke å gjennomføre på grunn

av at man bruker et utjenlig *middel* eller så er *objektet* utjenlig. Hovedregelen er at slike utjenlige forsøk er straffbare, se f.eks. Rt. 1993 s. 916 (Koffein-dommen): Tiltalte ble dømt for forsøk på grov narkotikaforbrytelse (strl. § 162 annet ledd), for bl.a. oppbevaring av et stoff som han trodde var amfetamin, men som viste seg å være koffein (omtalt i Eskeland). Andre eksempler er: Rt. 2004 s. 598 hvor tiltalte ble dømt for forsøk på bistand til hvitvasking av penger (strl. 1902 § 137) som ikke eksisterte (omtalt i Eskeland). Rt. 2011 s. 1455 (omtalt i Eskeland og er med i Doms- og kjennessamlingen som studentene kan ha med til eksamen) hvor tiltalte ble dømt for forsøk på å treffe en jente på 15 år med tanke på seksuell kontakt (strl. 1902 § 201 a, såkalt grooming), men hvor jentas mor hadde gitt seg ut for å være den mindreårige datteren.

Siden også det utjenlige forsøket (og ikke bare det som kunne ført fram) er straffbart, sier man gjerne at straffelovgivningen bygger på det *subjektive forsøksprinsippet*. Men dette gjelder ikke uten unntak. Tro på overnaturlige fenomener, som f.eks. gir seg utslag i å påkalle høyere makters død over en hatet person, kan ikke straffes som forsøk på drap.

5 punkter i reguleringen

- Krav om en påbegynt "utførelse". "Gjerningsmannens opptreden må vise at nå er forberedelsenes og overveielensens tid forbi, nå skrider han til verket."
- Krav om alvorlig handling, det vil si med en strafferamme på 1 år eller mer (Forsøk på overtredelse med strafferamme under 1 år er ikke straffbart)
- Forsøk kan være en formildende omstendighet (§ 78 bokstav a) og kan bedømmes mildere enn den fullbyrdede forbrytelse (§ 80 bokstav b)
- Bedømmes strengere enn det selve handlingen skulle gi grunnlag for. Det har jo ikke skjedd noe. (Den forbryterske vilje, det subjektive forsøksprinsippet)
- Ved frivillig tilbaketreden kan et pådratt straffansvar bortfalle (§ 16 andre ledd)

Øvre grense - fullbyrdespunktet

Grensen oppad er i prinsippet lett å trekke. Fullbyrdet er forbrytelsen når alt det foreligger som det enkelte straffebed bud krever. Hvor meget som skal til, beror på beskrivelsen i straffebed budet.

Ved de straffebed bud som retter seg mot *forvoldelsen av et skadelig resultat*, er forbrytelsen ikke fullbyrdet før resultatet er inntrådt. Og det må være inntrådt som en adekvat følge av handlingen. Er det inntrådt som følge av andre årsaker, eller er det inntrådt på helt upåregnelig måte, kan bare forsøksstraff anvendes, jfr. Rt. 1947 s. 346. Ved *faredeliktene* kreves det derimot ikke mer enn at det skal være inntrådt en fare som en adekvat følge av handlingen.

Enkelte straffebed bud beskriver lovovertrædelsen slik at den er fullbyrdet ved en forsøkshandling. Således § 265, «Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som ved trusler *søker* å påvirke ...». Et praktisk viktig eksempel som gjelder mindre alvorlige handlinger (tidligere forseelsenes område) er vegtrafikklovens § 22 («Ingen må føre eller forsøke å føre motorvogn når han er påvirket av alkohol ...»). I disse tilfellene blir det ikke tale om å skjelve mellom forsøk og fullbyrdet overtredelse. I og med at gjerningsmannen er kommet ut over stadiet for den straffrie forberedelse, foreligger allerede fullbyrdet overtredelse. Spørsmålet har særlig betydning for adgangen til å oppnå straffrihet ved tilbaketreden.

Nedre grense – forsøkspunktet

Å anskaffe redskaper eller å foreta undersøkelser på åstedet, er etter norsk rett straffrie forberedelseshandlinger. Også løfte eller tilbud om å utføre en forbrytelse er i alminnelighet bare forberedende handling. Å bryte opp et vindu for å komme inn og stjele, må som regel bedømmes som forsøk på innbruddstyveri. Men det er bare forberedende handling hvis det er hensikten å gjøre alt klart i dag og så komme igjen og utføre tyveriet i morgen. Sentrale avgjørelser som samtlige er omtalt av Eskeland om grensen mellom straffri forberedelse og straffbart forsøk:

- Rt 1939 s 890: Tilstrekkelig til straffbart forsøk er når tiltaltes opptreden er kommet *"så langt frem mot forbrytelsens utførelse at det ikke reiser sig grunnet tvil om at han i umiddelbar forbindelse med de allerede utførte handlinger vilde ha bragt forbrytelsen til utførelse hvis han ikke var blitt hindret ved tredjemanns inngripen"*
- Rt 1995 s 17 (Parykk)
- Rt 1996 s 766 (Parykk II)
- Rt 1995 s 1738 (Torp flyplass, forsøk på drap eller trussel?) Denne er også med i Doms- og kjennelsessamlingen som studentene kan ha med til eksamen
- Rt 1991 s 95 (Brevsjekker)

I Doms- og kjennelsessamlingen som er lov å ha med på eksamen nevnes Rt. 2008 s. 867 – Forsøkets nedre grense. Den gjelder en avtale om sex med en jente. Hun trakk seg og tiltalte godtok det. Høyesterett la vekt på at det var betydelig kvalitativ og psykologisk forskjell på det tiltalte hadde gjort og det som gjensto. Grensen for straffbart forsøk var ikke overtrådt.

Grensedragningen mellom straffri forberedelse og straffbart forsøk er skjønnsmessig. Dette er også klart uttrykt av Høyesterett i Rt. 1991 s. 95 (Sjekk-kjennelsen – nevnt av Eskeland). Høyesterett uttalte bl.a.: «Vurderingen av hvor grensen mellom straffrie og forberedende handlinger og straffbart forsøk ligger ... vil i noen grad være skjønnspreget og både objektive og subjektive momenter vil kunne ha betydning for grensedragningen.»

Dersom studenter nevner, og får noe ut av det, at det finnes noen handlinger som er straffbare allerede på forberedelsesstadiet (for eksempel å inngå forbund, strl. § 279 eller å delta i en terrororganisasjon, § 136a) er det positivt.

Vurderingstemaer som inngår i den skjønnsmessige vurderingen av forsøkets nedre grense, nevnt av Eskeland:

- intensiteten og omfanget av det arbeid/den innsats gjerningspersonen har gjort
- hvor mye som gjenstår, og hvilken innsats det krever for gjerningsinnholdet i straffebudet er berørt
- subjektive forhold hos gjerningspersonen, men neppe – iallfall ikke normalt – at han tidligere er straffet
- den «psykologiske barrieren» mellom fullendt forsøk og fullbyrdet gjerningsinnhold av det aktuelle straffebudet og
- om gjerningspersonen tidsmessig i nokså umiddelbar sammenheng med de forberedende skritt har ment å skulle påbegynne iverksettelsen av gjerningsinnholdet.

Tilbaketreden fra forsøk (§ 16 andre ledd)

Etter strl. § 16 annet ledd kan et pådratt straffansvar for forsøk falle bort fordi gjerningspersonen bidrar til at fullbyrdelse ikke skjer fordi han foretar såkalt tilbaketreden. Med en forenklet utforming viderefører denne bestemmelsen stort sett den tidligere rettstilstanden (strl. 1902 § 50).

Tilbaketreden er en opphørsgrunn for pådratt straffansvar. Det er altså et pådratt straffansvar som faller bort på grunn av den handlendes senere opptreden. Hvis han ennå ikke er kommet ut over forberedelsesstadiet, har han i det hele ikke pådratt seg noe ansvar.

Straffbortfall er betinget av at gjerningspersonen faktisk avverger at lovbruddet blir fullbyrdet. Mislykkes forsøket av andre grunner, straffes vedkommende for forsøk. Det kreves en positiv handling fra gjerningsmannens side.

Lovgrunnen for regelen er først og fremst at den som trer tilbake, dermed har vist at han ikke har et fast forbrytersk forsett. Verken individual- eller allmennpreventive hensyn gjør det i alminnelighet betenkkelig å ta pent på den angrende synder. Dessuten kommer et annet kriminalpolitisk moment til. Tilsagnet om straffrihet kan gi gjerningsmannen et positivt motiv til å tre tilbake.

Straffriende tilbaketreden er utelukket fra det øyeblikk forbrytelsen er fullbyrdet.

Loven sonderer mellom *ufullendt* og *fullendt* forsøk.

- *Ufullendt forsøk* foreligger når gjerningspersonen *ikke* har gjort alt som trengs for at forbrytelsen skal bli fullbyrdet. Han trenger ikke foreta seg noe mer for å hindre fullbyrdelse (alternativet «avstår fra» i § 16 annet ledd).
- *Fullendt* er forsøket når gjerningsmannen har foretatt alt som han regnet for nødvendig fra sin side, uten at resultatet likevel er inntrådt. Det kan skyldes at forsøket har slått feil (skudd som bommer). Alternativet «avverger at det [dvs. lovbruddet] blir fullbyrdet» betyr at gjerningsmannen av egen fri vilje forebygger den følge ved hvis inntredelse forbrytelsen ville være fullbyrdet.

Fordi Eskeland ikke omtaler sentrale avgjørelser, kan det ikke kreves at studentene skal kjenne til dem. Men de som nevner Rt. 1988 s. 18 (Den redde voldtekstmannen) eller Rt. 1992 s. 1495 (Tysterkjennelsen), bør honoreres for det.

Det kan oppstå tvil om tiltalte frivillig har trådt tilbake fra forsøket. I så fall gjelder vanlige bevisregler. Den som kommer inn på dette bør honoreres ekstra.

Dersom noen studenter har skrevet lange innledninger om generelle spørsmål i strafferetten (f.eks. alle straffbarhetsvilkårene) bør dette trekkes for.

Dersom studenter stort sett bare skriver av loven og fyller på med referater fra avgjørelser i Doms- og kjennelsessamlingen, som studentene kan ha med til eksamen, uten noen selvstendige analyser, bør dette trekkes for.

Tillegg etter sensormøte:

Øvre grense/nedre grense: Eskeland skriver mye mer om den nedre grensen enn om den øvre. Det kan derfor ikke forventes av studentene at begge grensene behandles like inngående. Det skal derfor ikke trekkes mye hvis drøftelsen av den øvre grensen er noe mangelfull så lenge drøftelsen av den nedre grensen er fyldig. En god drøftelse av den ene grensen kan derfor kompensere for en noe mangelfull drøftelse av den andre grensen.

Den onde viljen: Et vilkår for å straffe for forsøk er at gjerningspersonen har hatt fullbyrdelsesforsett, forbrytersk eller «ond» vilje. Den som i drøftelsen av den nedre grensen skriver godt om den «onde viljens» betydning bør honoreres for det.

Rene forberedelseshandlinger er som hovedregel straffrie. Men den som skriver godt om at en straffri forberedelse til en handling (klatre oppover en stige for å ta seg inn gjennom et vindu for å drepe) likevel kan være et straffbart forsøk i forhold til en annen handling (klatre oppover en stige for å ta seg inn gjennom et vindu for å stjele) bør honoreres for det.

Blant de vurderingstemaer som inngår i den skjønsmessige vurderingen av forsøkets nedre grense viser Eskeland, men henvisning til Kjell Andorsen, blant annet til «subjektive forhold hos gjerningspersonen, men neppe – iallfall ikke normalt – at han tidligere er straffet». Dette bør ikke tolkes som om at det foreligger et klart «likhetsprinsipp» i bunn ved vurderingen av tidligere domfelte «forberedelses-/forsøks-handlinger». Merk ordene «skjønsmessige vurdering» og «iallfall ikke normalt». Den som leser Eskeland slik at det skulle foreligge et klart likhetsprinsipp bør ikke trekkes for det.

I tillegg til en ryddig teoretisk beskrivelse av straffbart forsøk; øvre grense, nedre grense og tilbaketreden fra forsøk bør de studenter som gir gode eksempler som på en pedagogisk måte illustrerer teorien honoreres.

18. desember 2015

Ulf Stridbeck