

# Uaktsomt forsøk

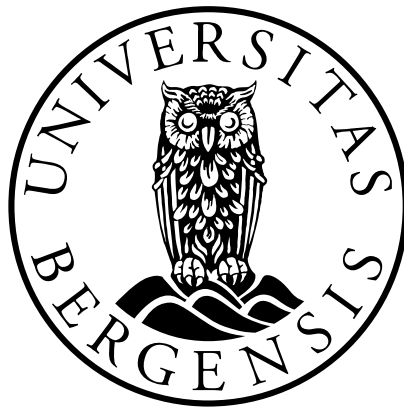
*Forsøk på overtredelse av straffebud som i relasjon til  
ett enkelt gjerningselement kun krever uaktsomhet*

Kandidatnummer:

32

Antall ord:

13508



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Del I.....	3
1.1 Prolog.....	3
1.2 Tema og problemstilling.....	3
1.3 Metode og rettskildebilde .....	4
1.4 Avgrensning.....	5
1.5 Videre fremstilling.....	6
2 DEL II .....	7
2.1 De aktuelle bestemmelsene .....	7
2.1.1 Menneskehandel - straffeloven §§ 257 og 258 .....	7
2.1.2 Inngåelse av ekteskap med barn under 16 år - straffeloven § 262 annet ledd.....	7
2.1.3 Seksuallovbrudd - straffeloven §§ 295 bokstav c, 299-306, 309 og 310 jf. § 307 .....	8
2.1.4 Bakgrunnen for unntaket om uaktsomhet i relasjon til alderen .....	8
2.2 Forsøk .....	9
2.2.1 Utgangspunkt .....	9
2.2.2 Historisk tilbakeblikk – objektivt og subjektivt grunnsyn .....	11
2.2.3 Hvordan kan forsøksansvar etter § 16 begrunnes i dag?.....	12
2.2.4 «[F]orsett om å fullbyrde et lovbrudd» .....	16
2.2.5 «[F]oretar noe som leder direkte mot utføringen» .....	17
3 DEL III .....	19
3.1 Ordlyd.....	19
3.2 Forarbeider.....	20
3.2.1 Forarbeidene til § 16 .....	20
3.2.2 Forarbeidenes begrunnelse for forsøksansvaret .....	21
3.2.3 Forarbeidene til de aktuelle bestemmelsene.....	24
3.3 Rettspraksis.....	25
3.3.1 Analyse av Rt. 2011 s. 1455.....	26
3.4 Sammenfatning av rettskildebildet – hva er gjeldende rett?.....	30
4 DEL IV .....	32
4.1 Komparativ del .....	32

4.1.1	Utgangspunkt .....	32
4.1.2	Dansk rett .....	33
4.1.3	Svensk rett .....	35
4.2	Avsluttende bemerkninger.....	38
Kilder.....		43

# 1 Del I

## 1.1 Prolog

På sin dagligdagse handletur kommer Peder Ås i kontakt med en kvinnelig butikkansatt, som han umiddelbart får et godt øye til. Etter flere handleturer blir de bedre kjent, og jenta godtar Peder Ås' venneforespørsel på Facebook. De utveksler flere meldinger og samtalen får etter hvert et seksuelt innhold. Peder Ås og jenta avtaler omsider å møtes hjemme hos henne, ettersom foreldrene er bortreist. I mellomtiden får jentas foreldre nyss om datterens planer, og kontakter politiet.

Idet Peder Ås og jenta er på vei inn på soverommet, stormer politiet huset. Peder Ås blir pågrepet og senere tiltalt for forsøk på overtredelse av strl. § 302, jf. § 307, jf. § 16.<sup>1</sup> Peder Ås hevder sin uskyld. Han hadde riktignok planer om seksuell omgang med jenta, men på tidspunktet han ble pågrepet hadde han ingen anelse om at hun var under 16 år. Han mener derfor at han ikke kan dømmes for forsøk fordi han ikke hadde forsett. Påtalemyndighetene mener på sin side at Peder Ås burde forstått at jenta var mindreårig. Ettersom det for fullbyrdet overtredelse av § 302 er tilstrekkelig med uaktsomhet i relasjon til fornærmedes alder, jf. § 307, mener påtalemyndighetene at Peder Ås' uaktsomhet også er tilstrekkelig for straffansvar etter forsøksbestemmelsen i strl. § 16.

## 1.2 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er forsøk på overtredelse av straffebud som i relasjon til ett enkelt gjerningselement kun krever uaktsomhet som skyldform. I denne sammenheng står forsettskravet ved forsøk i strl. § 16 sentralt: «forsett om å fullbyrde et lovbrudd». Den alminnelige oppfatning har vært at Peder Ås i eksemplet over ville blitt frifunnet fordi det for forsøksansvar må kreves forsett også i relasjon til gjerningselement som for fullbyrdet overtredelse kun krever uaktsomhet.<sup>2</sup>

Spørsmålet kom på spissen i Rt. 2011 s. 1455. Tiltalte var i lagmannsretten dømt for forsøk på straffeloven 1902 § 201a (nå § 306, jf. § 307), som retter seg mot forutgående avtale om å

---

<sup>1</sup> Lov om straff (straffeloven), lov 20. mai 2005 nr. 28

<sup>2</sup> Se f.eks. Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 364

møte et barn under 16 år med forsett om å begå seksuelt overgrep. Etter strl. § 201a kreves kun alminnelig uaktsomhet med hensyn til barnets alder. Lagmannsretten la til grunn at tiltalte hadde utvist grov uaktsomhet i relasjon til alderen. Tiltalte anket saken til Høyesterett, og anførte at forsøksansvaret ikke kunne komme til anvendelse, fordi daværende forsøksbestemmelse i strl. § 49 krevde forsett. Høyesterett forkastet anken, og uttalte generelt at det «klart» ikke kunne være til hinder for forsøksansvar at man har utvist uaktsomhet i relasjon til et straffbarhetsmoment som ikke krever forsett.<sup>3</sup>

Etter dommen foreligger det en endring i rettskildebildet. Den overordnede problemstillingen for oppgaven lyder i forlengelsen av dette slik:

Er forsøk på overtredelse av straffebud, som i relasjon til ett enkelt gjerningselement bare krever uaktsomhet, straffbart etter gjeldende rett når gjerningspersonen ved forsøket kun har utvist uaktsomhet i relasjon til dette elementet?

### 1.3 Metode og rettskildebilde

Oppgaven vil som utgangspunkt følge tradisjonell juridisk metode.<sup>4</sup> Etersom oppgavens overordnede problemstilling befinner seg på strafferettens område, vil det primære rettsgrunnlaget være lov. Grunnloven § 96 (heretter Grl.) slår fast det såkalte legalitetsprinsipp som innebærer at «ingen kan dømmes uten lov eller straffes uten etter dom». I dette ligger for det første et krav til formelt lovgrunnlag.<sup>5</sup> Videre begrenser Grl. § 96 fortolkningen av det formelle lovgrunnlaget ved at den setter skranker for utvidende tolkning i tiltaltes disfavør.<sup>6</sup>

Norge har dessuten forpliktet seg til den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK) gjennom menneskerettsloven.<sup>7</sup> Det følger av EMK art. 7 at:

*“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed.”*

---

<sup>3</sup> Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 29-31 sammenholdt med avsnitt 33.

<sup>4</sup> Slik den, med ulike innfallsvinkler, er fremstilt i f.eks. Eckhoff (1997) og Nygaard (2004)

<sup>5</sup> Se f.eks. Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 65

<sup>6</sup> Jf. f.eks. Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9

<sup>7</sup> Lov av 21. mai 1999 nr 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

På samme måte som Grl. § 96, krever EMK art. 7 hjemmel i lov for å ilegge straff.<sup>8</sup>

Tilsvarende setter EMK art. 7 skranker for utvidende tolkning, samt også analogisk tolkning til skade for tiltalte.<sup>9</sup>

Oppgaven vil etter dette måtte ta utgangspunkt i de aktuelle bestemmelsene som omfattes av den overordnede problemstilling, sammenholdt med forsøksbestemmelsen i § 16. De aktuelle bestemmelsene vil bli omtalt i punkt 2.1.

Videre vil lovforarbeidene til § 16 og de aktuelle bestemmelsene som omfattes av problemstillingen, være av interesse. For forsøksbestemmelsen sin del vil forarbeidene også ha betydning for å utlegge hvilke grunnleggende hensyn som begrunner forsøksansvaret. Dette kan gi et bedre grunnlag for å besvare oppgavens problemstilling.

Som vist i punkt 1.2 har vi inntil nylig ikke hatt rettspraksis hvor problemstillingen har vært aktualisert. Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2011 s. 1455 vil derfor utgjøre en sentral del av oppgaven. Ettersom dommen er ny, vil behandlingen bestå av en analyse som tar sikte på å utlede dommens rettskildemessige relevans og vekt for den overordnede problemstillingen.

## 1.4 Avgrensning

Oppgavens overordnede problemstilling tar utgangspunkt i straffeloven av 2005. Straffebud i spesiallovgivningen som inneholder slike gjerningselement faller således utenfor. Det samme gjør såkalte forsøksfaredelikter hvor uaktsomhet er straffbart.

Oppgavens ordlyd vil også omfatte forsøk på medvirkning, men det er imidlertid ikke rom for å behandle dette i oppgaven.

Tilsynelatende omfattes strl. § 379 om grovt skattesvik av problemstillingen. Strl. § 379 tredje ledd senker skyldkravet til grov uaktsomhet med hensyn til momentene som gjør skattesvik etter bestemmelsen grovt. Likevel ligger bestemmelsen noe på utsiden av problemstillingen. Den unndrar ikke bare ett, men samtlige momenter som gjør handlingen grov fra forsettskravet. Dette gjelder momentene som det «særlig» skal legges vekt, men også de øvrige momenter som etter en helhetsvurdering kan gjøre forholdet grovt. I realiteten er

---

<sup>8</sup> Riktignok omfatter «law», ifølge den Europeiske menneskerettighetsdomstols praksis i forbindelse med EMK art. 7, også «unwritten law» jf. Case of C.R. v. the United Kingdom. The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. oktober 1995. avsnitt 33.

<sup>9</sup> Se særlig Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21

bestemmelsen nærmest som en uaktsomhetsbestemmelse å regne, og den skiller seg fra de øvrige bestemmelsene som omfattes av problemstillingen. Oppgaven avgrenser derfor mot strl. § 379.

Bestemmelsene som er aktuelle for oppgavens overordnede problemstilling er strl. §§ 257 og 258 om menneskehandel, § 262 annet ledd om brudd på ekteskapsloven og §§ 295 bokstav c, 299-306, 309 og 310, jf. § 307 om ulike seksuallovbrudd.

## **1.5 Videre fremstilling**

Oppgavens overordnede problemstilling tar for seg et krevende spørsmål: er forsøksansvaret anvendelig der vedkommende ikke har hatt forsett i relasjon til alle elementene i straffebudet? I Del II vil jeg derfor gjennomgå de aktuelle straffebudene, samt bruke en del plass på forsøksansvaret, særlig forsøksansvarets historiske bakgrunn og begrunnelse. Dette vil gi et nødvendig grunnlag for drøftelsene i Del III og IV.

I Del III vil jeg med utgangspunktet i det foreliggende rettskildebildet – lov, forarbeider og rettspraksis – drøfte den overordnede problemstillingen.

I Del IV vil jeg sammenlikne den norske rettstilstanden i relasjon til den overordnede problemstillingen med rettstilstanden i svensk og dansk rett. Sammenlikningen vil kaste lys over rettstilstanden i norsk rett, men også fungere som et nyttig bakteppe for drøftelsen under punkt 4.2. Her skal jeg si noe kort om hvilke problemstillinger som oppstår dersom man legger Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2011 s. 1455 til grunn som et prejudikat. I tillegg vil jeg drøfte hvordan rettstilstanden i relasjon til den overordnede problemstillingen bør være, slik forsøksansvaret er regulert i strl. § 16.

## 2 DEL II

### 2.1 De aktuelle bestemmelsene

#### 2.1.1 Menneskehandel - straffeloven §§ 257 og 258

I strl. §§ 257 og 258 er henholdsvis menneskehandel og grov menneskehandel gjort straffbart. Etter § 257 kan man straffes etter første og annet ledd, «uavhengig av om vold, trusler, misbruk av sårbar situasjon eller annen utilbørlig atferd er anvendt», dersom fornærmede er under 18 år, jf. tredje ledd annet punktum. Etter § 258 skal det ved grovhetsvurderingen «særlig legges vekt på om den som ble utsatt for handlingen var under 18 år».

Skyldkravet for bestemmelsene er i utgangspunktet forsett, jf. strl. § 21. Skulle gjerningspersonen derimot være uvitende om at fornærmede var under 18 år, kan han likevel straffes etter begge bestemmelsene «hvis han på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet». Bestemmelsene er innholdsmessig ment å videreføre straffeloven 1902 § 224.<sup>10</sup> Det følger av forarbeidene til nevnte strl. § 224 at aktsomhetskravet er det samme som straffeloven 1902 § 196 tredje ledd, og at det «således [er] en meget streng bedømmelse som skal legges til grunn».<sup>11</sup> Etter strl. § 196 tredje ledd krevdes den letteste graden av uaktsomhet for å bli holdt ansvarlig.<sup>12</sup> Tilsvarende uaktsomhetskrav vil da gjelde for strl. §§ 257 og 258.

#### 2.1.2 Inngåelse av ekteskap med barn under 16 år - straffeloven § 262 annet ledd

Bestemmelsen i strl. § 262 viderefører straffeloven 1902 § 220 første ledd.<sup>13</sup> Lovgivers intensjon ved innføringen av bestemmelsen var å styrke vernet mot tvangsekteskap.<sup>14</sup>

Som utgangspunkt krever bestemmelsen forsett jf. strl. § 21, men dersom gjerningspersonen er «uvitende» med hensyn til fornærmedes alder straffes han likevel «hvis han på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet». Uaktsomhetsvilkåret er formulert på samme måte som i

---

<sup>10</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 421

<sup>11</sup> Ot.prp.nr.50 (2005-2006) s. 11. Om det nærmere innhold i aktsomhetskravet etter straffeloven 1902 § 296 tredje ledd, se f.eks. Rt. 2005 s. 833 og Rt. 2008 s. 867

<sup>12</sup> Ot.prp.nr.28 (1999-2000) s. 52-53. Se i denne sammenheng også Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 446 til § 307 som viderefører skyldkravet til § 296 tredje ledd.

<sup>13</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 423

<sup>14</sup> Se Ot.prp.nr.51 (2002-2003), særlig på s. 5



straffebudene om menneskehandel, og det kreves dermed også her bare den letteste graden av uaktsomhet for å bli holdt ansvarlig.<sup>15</sup>

### **2.1.3 Seksuallovbrudd - straffeloven §§ 295 bokstav c, 299-306, 309 og 310 jf. § 307**

Felles for strl. §§ 295 bokstav c, 299-306, 309 og 310, jf. § 307 er at de gjør ulike seksuelle handlinger hvor mindreårige er involvert straffbare. I all hovedsak viderefører bestemmelsene gjeldende rett etter straffeloven 1902, men med visse endringer.

Skyldkravet etter strl. §§ 295 bokstav c, 299-306, 309 og 310 er som utgangspunkt forsett, jf. strl. § 21. Dersom gjerningspersonen etter §§ 299-306 ikke har kjennskap til barnets alder, følger det imidlertid av § 307 første punktum at gjerningspersonen likevel straffes dersom han «på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet». I likhet med strl. §§ 257, 258 og 262 annet ledd videreføres altså samme aktsomhetsnorm som i straffeloven 1902 § 196 tredje ledd.<sup>16</sup>

Skyldkravet er derimot noe annerledes for § 295 bokstav c og §§ 309 og 310. Der gjerningspersonen etter disse bestemmelsene ikke har forsett med hensyn til barnets alder, er det etter § 307 annet punktum tilstrekkelig for straffansvar at gjerningspersonen «kan klandres for sin uvitenhet». Med andre ord gjelder det bare et alminnelig aktsomhetskrav om fornærmedes alder etter disse bestemmelsene.<sup>17</sup>

### **2.1.4 Bakgrunnen for unntaket om uaktsomhet i relasjon til alderen**

For bestemmelsene om menneskehandel var det tidligere et krav om forsett også i relasjon til fornærmedes alder. Skyldkravet for fornærmedes alder ble senket til den letteste graden av uaktsomhet ved lov 30. juni 2006 nr. 48. Bakgrunnen for endringen var å gi «saklig sammenheng» regelverket, ettersom seksuallovbruddene hadde slike regler.<sup>18</sup> Videre begrunnet departementet endringen med hensynet til straffebudets effektivitet.<sup>19</sup>

Ved innføringen av den eldre bestemmelsen om straff for inngåelse av ekteskap med barn under 16 år, ble det foreslått å innføre et rent objektivt straffbarhetsvilkår i relasjon til barnets

---

<sup>15</sup> Se Ot.prp.nr.51 (2002-2003) s. 49 som i likhet med forarbeidene til §§ 257 og 258 uttaler at aktsomhetskravet skal forstås på samme måte som etter straffeloven 1902 § 196 tredje ledd.

<sup>16</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 259

<sup>17</sup> Se også Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 259

<sup>18</sup> Ot.prp.nr.50 (2005-2006) s. 3

<sup>19</sup> Ot.prp.nr.50 (2005-2006) s. 9

alder. Dette ble begrunnet med at man da kunne avskjære enhver form for bevisførsel omkring kunnskap om alderen.<sup>20</sup> Departementet valgte imidlertid bort et rent objektivt ansvar til fordel for uaktsomhet, blant annet fordi de mente det neppe ville oppstå noen særlige bevismessige utfordringer, ettersom de fleste som gifter seg burde kjenne den andre parts alder.<sup>21</sup>

For seksuallovbruddene om barn under 14 år og mellom 14 og 16 år var barnets alder tidligere et objektivt straffbarhetsmoment, hvor villfarelse ikke hadde betydning for skyldspørsmålet. Begrunnelsen for regelen var at den styrket barns rettigheter, fordi det kunne være vanskelig å føre bevis for at overgriperen var kjent med barnets alder og fordi bevisførselen kunne medføre en belastning for den mindreårige.<sup>22</sup>

I ettertid har bestemmelsene blitt moderert, blant annet ved lov av 15. februar 1963 nr. 2. I dag er det kun krav om uaktsomhet i ulik grad. Det har imidlertid blitt fremholdt at i de tilfeller der kravet til aktsomhet i relasjon til barnets alder er strengt, vil spørsmålet om gjerningspersonens kunnskap ikke utgjøre et mer sentralt bevistema enn da reglene var objektive.<sup>23</sup>

Med andre ord kan det synes som at begrunnelsen for kravet til uaktsomhet som skyldgrad i relasjon til barnets alder for seksuallovbruddene også er begrunnet i bevismessige hensyn. Et krav om forsett i relasjon til et faktisk forhold vil naturligvis kunne skape bevisproblemer, og man vil vanskelig klare å ramme såkalt skjult forsett.

## **2.2 Forsøk**

### **2.2.1 Utgangspunkt**

Som vist under punkt 1.3 krever legalitetsprinsippet, slik det er nedfelt i GrL § 96, hjemmel i formell lov for å ilegge borgere straff. I utgangspunktet retter gjerningsbeskrivelsen i de aktuelle bestemmelsene i punkt 2.1 og de øvrige straffebud i straffeloven seg mot fullbyrdede overtredelser. Det som derimot er karakteristisk for forsøk i strafferettslig sammenheng er at

---

<sup>20</sup> Ot.prp.nr.51 (2002-2003) s. 30

<sup>21</sup> Ot.prp.nr.51 (2002-2003) s. 36

<sup>22</sup> NOU 1997: 23 s. 94

<sup>23</sup> NOU 1997: 23 s. 94

lovbryterens handlemåte ikke oppfyller straffebudets gjerningsbeskrivelse.<sup>24</sup> Straffansvar for forsøk utvider i realiteten ansvarsområdet til de aktuelle straffebudene, og straffebudene i straffelovens spesielle del gir derfor i utgangspunktet ikke grunnlag for forsøksansvar.<sup>25</sup>

Derimot gir strl. § 16 den nødvendige lovhjemmel:

*«Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som kan medføre fengsel i 1 år eller mer, og som foretar noe som leder direkte mot utføringen, straffes for forsøk, når ikke annet er bestemt.»*

Slik bestemmelsen er utformet er forsøk gjort straffbart i relasjon til straffebud i både straffeloven og i spesiallovgivningen.<sup>26</sup> To kumulative vilkår må være oppfylt for å ilegge forsøksansvar. For det første må lovbryteren ha hatt «forsett om å fullbyrde et lovbrudd». For det andre må lovbryteren ha foretatt seg «noe som leder direkte mot utføringen».

Kravet til forsett er det samme som det er for fullbyrdet overtredelse, slik at forsettet må dekke straffebudets gjerningsbeskrivelse. Forskjellen er at vurderingen av forsettet etter § 16 knytter seg til et tidligere tidspunkt.<sup>27</sup> I tillegg til viljen til å begå et straffbart forhold, er handlingene gjerningspersonen har foretatt for å realisere forsettet avgjørende for spørsmålet om man har med et straffbart forsøk å gjøre.<sup>28</sup> Slik Andenæs skriver, må man i denne sammenheng sondre mellom tre stadier: *fullbyrdet forbrytelse, straffbart forsøk og straffri forberedelse.*<sup>29</sup>

Forsøksansvaret avgrenses altså av den *fullbyrdede overtredelse* oppad, og den *straffrie forberedelse* nedad.

Overtredelse av et straffebud er *fullbyrdet* når gjerningspersonen oppfyller gjerningsbeskrivelsens innhold. Hva som kreves beror på en konkret tolkning av hvert enkelt straffebud. Der handlingene ikke oppfyller innholdet i det aktuelle straffebuds gjerningsbeskrivelse, blir spørsmålet om de «leder direkte mot utføringen» av overtredelsen,

---

<sup>24</sup> Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 413 og f.eks. formuleringen i Straffeloven av 1902 § 49: «Straffbart Forsøg foreligger, naar en Forbrydelse ei er fullbyrdet» (min kursivering)

<sup>25</sup> Med unntak av straffebud som retter seg mot forsøkshandlinger, se f.eks. strl. §§ 155, 160 (3) og 236.

<sup>26</sup> Med mindre ikke «annet er bestemt i eller i medhold av lov eller følger av tolking» jf. strl. § 1

<sup>27</sup> Se punkt 2.2.4 nedenfor

<sup>28</sup> Se for øvrig betydningen av subjektive moment under punkt (et eller annet) i vurderingen av målestokken for nærhetsvurderingen

<sup>29</sup> Andenæs (2004) s. 345. For ordens skyld må det nevnes at Andenæs bruker begrepet «forbrytelse» som følge av skillet mellom forbrytelser og forseelser i straffeloven 1902. Etter straffeloven 2005 er skillet opphevet, og jeg vil derfor i det følgende benytte begrepet «overtredelse».

slik at den nedre grense for forsøk er passert. Er den nedre grense ikke passert, må handlingene anses som straffrie forberedelser.

Med unntak av at straffansvaret for forsøk avgrenses til en øvre strafferamme, er § 16 (1) ment å videreføre dagens rettstilstand.<sup>30</sup> Derfor vil juridisk teori og rettspraksis tilknyttet den tidligere forsøksbestemmelsen i straffeloven av 1902 fremdeles ha betydning. Før jeg går nærmere inn på bestemmelsens innhold og begrunnelsen for forsøksansvaret, er det hensiktsmessig å undersøke forsøksansvarets historiske bakgrunn. Den historiske utviklingen kan bidra til å gi en bedre forståelse for hva som begrunner forsøksansvaret i dag. Dette vil igjen kunne belyse hvilke grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende for spørsmålet om forsøk er straffbart etter gjeldende rett når gjerningspersonen ikke har forsett i relasjon til samtlige straffbarhetslementer i gjerningsbeskrivelsen.

## 2.2.2 Historisk tilbakeblikk – objektivt og subjektivt grunnsyn

Historisk sett har to ulike grunnsyn for forsøksansvaret vært rådende motpoler i norsk rett: det *subjektive* og det *objektive*.

Det *subjektive* grunnsyn, som var det rådende i tiden frem til Kriminalloven (1842) trådte i kraft, hevdet at det var den forbryterske vilje hos gjerningsmannen som begrunnet straff for forsøk, uavhengig av hvilke handlinger som var blitt foretatt.<sup>31</sup> Ørsted uttalte blant annet at «enhver til en Forbrydelses Udførelse sigtende Bestreæbelse, der er traadt ind i Udenverdenen, allerede er Gjenstand for Straf.»<sup>32</sup> En konsekvens av et slikt grunnsyn, der forsettet alene er det avgjørende, er at også forberedelser er straffbart.

Da Kriminalloven (1842) trådte i kraft, hadde det *objektive* grunnsyn i større grad overtatt for det subjektive, og det avgjørende for forsøksansvaret måtte være de ytre rettskrenkelsene.<sup>33</sup> I bresjen for et slikt grunnsyn gikk den tyske filosofen Feuerbach. Han mente at statens funksjon var å beskytte individets frihet, og at det kun var handlinger som krenket friheten - ikke den onde vilje.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 413/414

<sup>31</sup> Husabø (1999), s. 275 med videre henvisninger

<sup>32</sup> Ørsted, AfR III, s. 187-188.

<sup>33</sup> Husabø (1999), s. 275

<sup>34</sup> Wennberg (2010) s. 41 med videre henvisninger.

Det objektive grunnsyn påvirket også norsk rett, og etter Kriminallovens kapittel 3 § 1 skulle straff anvendes når «Nogen forsætligen [har] begyndt paa at iverksætte en Forbrydelse». Med «iverksætte» mente lovmotivene at handlingene måtte «udgjøre en Deel af det, som udfordres til Forbrydelsens Fuldbrydelse». <sup>35</sup> Det ble dermed stilt krav til de ytre handlinger som var blitt foretatt, ved at de måtte utgjøre en «Deel af» forbrytelsens gjerningsskildring. Likevel fulgte ikke loven konsekvent det tradisjonelle objektive grunnhensyn, ettersom såkalte utjenlige forsøk også var straffbare.<sup>36</sup>

I arbeidet med straffeloven av 1902, ønsket straffelovkommisjonen å videreføre kriminallovens forsøkskriterium, og begrunnet dette med at «det som Regel ei kan forsvares at lade Straffbarheden inntræde, saalenge den forbryderske Villie ei er traadt frem på den Maade, der lader antage, at den besidde den til Forbrydelsens Udførelse fornødne Styrke og Bestemthed.»<sup>37</sup> Forsøk ble gjort straffbart etter strl. 1902 § 49 «naar en Forbrydelse ei er fuldbrydet, men der er foretaget Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt».

Straffelovkommisjonen ga uttrykk for at man ikke kan la straffbarheten inntre før de ytre handlingene manifesterer det forbryterske forsettet. Med andre ord kan det se ut som de ytre handlinger i hovedsak var tiltenkt en bevismessig funksjon i relasjon til gjerningsmannens forsett, og at det først og fremst var den kriminelle innstilling som begrunnet forsøksansvaret.<sup>38</sup>

Til tross for forsøksansvarets etter straffeloven 2005 § 16 har fått en noe annerledes formulering, er bestemmelsen som nevnt i all hovedsak ment som en videreføring av rettstilstanden etter straffeloven 1902 § 49.<sup>39</sup> Som vi skal se under, skiller imidlertid departementet begrunnelse for kriminalisering av forsøk seg fra den Straffelovkommisjonen gav uttrykk for.

### **2.2.3 Hvordan kan forsøksansvar etter § 16 begrunnes i dag?**

I det følgende vil de grunnleggende hensyn som ligger bak forsøksansvaret etter strl. § 16 gjennomgås. De bakenforliggende hensyn vil kunne gi en bedre forståelse av forsettskravet §

---

<sup>35</sup> Jf. Motiver 1835 s. 53

<sup>36</sup> Jf. Kriminalloven 1842 kap. 3 § 4.

<sup>37</sup> Jf. SKM 1896 s. 90

<sup>38</sup> Se her også blant annet Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 358 og Jacobsen (2009) s. 94-95.

<sup>39</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

16 oppstiller. I tillegg vil de tjene som utgangspunkt for drøftelsen under punkt 4.2 om hvordan forsøksansvaret bør begrunnes og således utformes.

Som et prinsipp for kriminalisering generelt, har departementet ved utformingen av den nye straffeloven lagt til grunn at kun handlinger som er egnet til å medføre skade eller fare for skade bør gjøres straffbare.<sup>40</sup> I det følgende vil dette omtales som skadefølgeprinsippet.

Til tross for skadefølgeprinsippets betydning for kriminalisering, er det forsettet om å fullbyrde et lovbrudd – den forbryterske vilje – som fremdeles synes å være den overordnede begrunnelsen for forsøksansvaret. Departementet uttaler blant annet at «det er fullbyrdelsesforsettet som begrunner bruk av straff på forsøk»,<sup>41</sup> og at det er «den kriminelle innstillingen som begrunner kriminaliseringen av handlinger som ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet».<sup>42</sup> Uttalelsene gir umiddelbart inntrykk av at forsøksansvaret ligger nærmest et subjektivt grunnsyn.

Likevel fremholder departementet at et kriminelt sinnelag i seg selv ikke er tilstrekkelig, og at kriminalisering av forsøkshandlinger ikke vil være i strid med skadefølgeprinsippet, ettersom slike handlinger ofte vil kunne volde fare for skade.<sup>43</sup> Dermed kan det synes som at departementet også begrunner forsøksansvaret med den fare for skade de handlinger som «leder direkte mot utføringen» av en forbrytelse medfører for rettsgodet. Med andre ord gir de klart uttrykk for at de ytre handlingene ikke utelukkende har en bevismessig betydning, slik som Straffelovkommisjonen gav uttrykk for ved utformingen av strl. 1902 § 49. Forarbeidene utdyper imidlertid ikke farebegrepet nærmere. Så hva ligger i begrepet «fare for skade»?

I straffeloven finner vi en del straffebud som retter seg mot fare og som derfor kan gi veiledning. Typisk for disse er at handlingen «kan skade» (§ 121), «kan volde fare» (§ 126), «lett kan medføre tap av menneskeliv» (§ 355), eller «er egnet til å volde fare» (§ 188). Hva som konkret ligger i disse uttrykksformene vil naturligvis variere, men det som i all hovedsak kjennetegner slike farestraffebud, er at de retter seg mot situasjoner hvor den forutgående

---

<sup>40</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 89

<sup>41</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

<sup>42</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 98

<sup>43</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 101

handling er *utenfor handlerens kontroll*, og det er denne faktoren som innebærer en mulighet - eller fare - for skade.<sup>44</sup>

Overført til det generelle forsøksansvaret gir en slik forståelse god mening der gjerningspersonen ikke har kontroll over det videre hendelsesforløp – for eksempel idet han har trukket av pistolen mot sitt utvalgte offer.<sup>45</sup> Imidlertid kan en slik forståelse av farebegrepet i relasjon til det generelle forsøksansvaret vanskelig forenes med de situasjoner hvor gjerningsmannen har kontroll over det videre hendelsesforløp.<sup>46</sup>

Gröning/Jacobsen/Husabø synes å mene at straffansvar for forsøk bør fungere som en buffersone mot potensielle krenkelser, hvor utstrekningen av forsøksansvaret må vurderes i lys av behovet for å beskytte rettsgodene i de aktuelle straffebudene.<sup>47</sup> De tar derfor delvis avstand fra farebegrepet departementet knytter forsøksansvaret til. Videre avviser de at det er gjerningspersonens sinnelag som begrunner forsøksansvaret, men «den negative betydningen som også en forsøkshandling, ut fra et tredjepersonsperspektiv, har for de interesser som straffebudet skal beskytte».<sup>48</sup>

Det kan virke som at departementet gjør et noe anstrengt forsøk på å knytte forsøksansvarets begrunnelse til skadefølgeprinsippet. Samtidig går Gröning/Jacobsen/Husabø noe langt når de mener gjerningspersonens sinnelag overhode ikke begrunner forsøksansvaret. Selv om det stilles krav til de ytre handlingene, er det liten tvil om at det subjektive elementet – den forbryterske vilje – har en svært fremtredende rolle. Illustrerende er såkalte utjenlige forsøk, som etter norsk rett er straffbare.<sup>49</sup> For det første straffes handlinger som kunne ført til fullbyrdet overtredelse, men som av ulike uforutsette eller tilfeldige grunner ikke fører frem – *relativt utjenlig forsøk*. I tillegg straffes imidlertid også handlinger som ikke under noen

---

<sup>44</sup> Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 181, som mener en slik forståelse er forenlig med Høyesteretts tolkning av farestraffebud i straffeloven 1902.

<sup>45</sup> Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 359

<sup>46</sup> Illustrerende er Rt. 1996 s. 776 hvor de tiltalte ble dømt for forsøk på ran. De hadde blant annet sminket seg, tatt på seg parykk og tåregass, og sto med uladd avsagd hagle utenfor senteret hvor de ventet på offeret. På tidspunktet politiet oppdaget dem, hadde de fremdeles kontroll over det videre hendelsesforløp, og kunne valgt å avstå fra ransplanene.

<sup>47</sup> Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 360

<sup>48</sup> Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 361

<sup>49</sup> Forarbeidene til straffeloven 2005 tar ikke direkte stilling til spørsmålet, men ettersom § 16 i all hovedsak er ment som en videreføring av § 49, og i denne sammenheng, at den nedre grense for forsøk må trekkes slik den er trukket i teori og rettspraksis, jf. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414, er klart at utjenlig forsøk er gjeldende rett også etter § 16.

omstendighet er egnet til å fullbyrde den tenkte forbrytelse – *absolutt utjenlig forsøk*. Særlig for de absolutt utjenlige forsøkene kan man vanskelig si at det foreligger noen fare.<sup>50</sup>

Det kan kanskje være naturlig å koble begrunnelsen for forsøksansvaret opp mot straffelovgivningens formål. Som departementet uttaler er «det grunnleggende formålet med straff er å hindre uønsket atferd og å styre borgernes atferd i ønsket retning».<sup>51</sup> I denne sammenheng er opprettholdelse av den sosiale ro viktig, som er en av straffens tre tilsiktede virkninger.<sup>52</sup> Blant annet «handlinger som krenker private interesser, vil ofte skape en følelse av urett, frykt eller aggresjon hos den eller dem som direkte er rammet. Avhengig av lovbruddenes art og omfang kan liknende følelser oppstå i en videre krets, for eksempel nabolaget, byen eller hele befolkningen.»<sup>53</sup>

Dermed er Grønning/Jacobsen/Husabøs uttalelse om «den negative betydningen som også en forsøkshandling, ut fra et tredjepersonsperspektiv, har for de interesser som straffebudet skal beskytte», på mange måter treffende. Ved de utjenlige forsøk vil imidlertid ikke handlingene alene ha en negativ betydning for de interesser straffebudene beskytter. Om en mann skyter mot en stubbe, med visshet om at det han skyter mot rent faktisk er en stubbe, vil situasjonen naturligvis ikke ha noen negativ betydning for vernet av menneskers liv, som strl. § 275 søker å beskytte. Tror mannen derimot at stubben er den plagsomme naboen han så gjerne skulle ha tatt av dage, vil situasjonen imidlertid kunne skape både aggresjon og frykt hos naboen, så vel som resten av befolkningen. I de skisserte tilfellene er handlingen den samme, men gjerningspersonens sinnelag er vidt forskjellig. Når sistnevnte situasjon i utgangspunktet er straffbar, kan man vanskelig komme utenom at det er den forbryterske viljen bak handlingen som fra et tredjepersonsperspektiv skaper frykten og harmen – og at det er denne som begrunner handlingens straffverdighet.

Det synes å være en bred oppfatning i teorien om at forsøksansvaret etter straffeloven 1902 § 49 i all hovedsak bygger på et subjektivt grunnsyn.<sup>54</sup> Når § 16 er ment som en videreføring av gjeldende rett etter nevnte § 49, samtidig som departementet ved flere anledninger uttaler at det er forsettet, eller den kriminelle innstilling, som begrunner forsøksansvaret, er det liten tvil

---

<sup>50</sup> Illustrerende for utjenlige forsøk er Rt. 1947 s. 346 hvor en kvinne ble dømt for forsøk på overtredelse av straffeloven 1902 § 245, da hun trodde hun var gravid og startet fosterfordrivende behandling, men hvor det viste seg at hun aldri på noe tidspunkt hadde vært gravid.

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 82

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 78

<sup>53</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 80

<sup>54</sup> Se blant annet Røstad (1993) s. 229, Eskeland (2015) s. 222, Andenæs (2004) s. 353



om at det subjektive grunnsyn fremdeles begrunner forsøksansvaret. At departementet mener at kriminalisering av forsøk også er i tråd med skadefølgeprinsippet, kan derfor vanskelig tillegges den vekt at forsøksansvaret alene bygger på farebetraktninger. Med andre ord synes den overordnede begrunnelse fremdeles å være gjerningspersonens subjektive forhold – den forbryterske vilje.

#### **2.2.4 «[F]orsett om å fullbyrde et lovbrudd»**

Vilkåret om «forsett» etter strl. § 16 må i lys av straffelovens system forstås som en henvisning til den alminnelige forsettsbestemmelsen i § 22.

Det følger av forarbeidene at det ikke kreves hensiktsforsett og at «vanlig forsett» er tilstrekkelig, såfremt det er skyldformen i straffebudet.<sup>55</sup> Hva departementet mener med «vanlig forsett» er ikke helt klart, men det er naturlig å forstå forsøksbestemmelsen slik at forsettskravet omfatter alle de tre forsettsformene i § 22. Dette er også lagt til grunn i teorien.<sup>56</sup> Med andre ord må vilkårets nærmere innhold avgjøres etter en tolkning av de ulike forsettsformene hensiktsforsett (bokstav a), visshet- og sannsynlighetsforsett (bokstav b) og eventuelt forsett (bokstav c).

Ettersom gjerningspersonen etter § 16 må ha forsett om å «fullbyrde et lovbrudd», må forsettet dekke alle sidene av gjerningsbeskrivelsen (dekningsprinsippet). Som en konsekvens av dette, vil man ved anvendelse av § 16 på straffebud som oppstiller krav om hensiktsforsett i relasjon til et enkelt element også måtte kreve hensikt for dette elementet ved forsøksansvar.<sup>57</sup> På samme måte må man, ved straffebud som krever et videregående forsett, for eksempel § 321 om underslag, tolke § 16 slik at man ved forsøk på en slik bestemmelse krever tilsvarende intensjon, i § 321 forsett om «uberettiget vinning». Dersom gjerningspersonen ikke har forsett om «uberettiget vinning», har han heller ikke forsett om å «fullbyrde» dette lovbruddet, jf. § 16.

Som vi ser, er det dermed ingen forskjell på det subjektive planet mellom et forsøk og en fullbyrdet overtredelse, med unntak av at forsettet ved forsøk ikke knytter seg til

---

<sup>55</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

<sup>56</sup> Se blant annet Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 363.

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

fullbyrdelsestidspunktet, men til det gjerningspersonen hadde forsett om å gjøre da han foretok seg «noe som lede[t] direkte mot utføringen», jf. § 16.

### 2.2.5 «[F]oretar noe som leder direkte mot utføringen»

Vilkåret om at gjerningspersonen må ha foretatt «noe som leder direkte mot utføringen», gir anvisning på at handlingene må rette seg mot den overtredelse gjerningspersonen har forsett om å fullbyrde. Hva som leder tilstrekkelig «direkte mot utføringen» kan man vanskelig lese ut av ordlyden.

Det fremgår av forarbeidene til § 16 at gjerningspersonen «må ha kommet så nær gjennomføringen av lovbruddet, at det er rimelig og naturlig å si at grensen for det straffbare er overtrådt», og at grensen «anses å være rimelig og hensiktsmessig slik den i dag er fastlagt i teori og praksis».<sup>58</sup>

I Rt. 2008 s. 867 på avsnitt 20 oppsummerte Høyesterett kriteriene for grensedragningen av den nedre grense på følgende måte:

*«Hvorvidt den handling som tiltalte har foretatt, viser at han er i ferd med å skulle påbegynne realiseringen av forsettet, beror på en sammensatt vurdering. Ved denne vurderingen må det blant annet legges vekt på den tidsmessige nærhet mellom det som er gjort, og det som gjenstår, handlingenes karakter og den psykologiske forskjell mellom dem»*

Som Høyesterett uttaler, vil man måtte vurdere momentene i lys av gjerningspersonens realisering av forsettet. Dette kan leses som at det ikke tilstrekkelig å vurdere momentene opp mot fullbyrdelsen av straffebudet, men at momentene må vurderes i lys av hvordan gjerningspersonen *så for seg* å realisere fullbyrdelsen.<sup>59</sup>

Ettersom oppgavens tema verken gir rom for eller nødvendiggjør en utfyllende analyse av momentene for grensedragningen av forsøksansvaret, vil jeg i det følgende nøye meg med en kort og ikke-uttømmende gjennomgang av det som i rettspraksis synes å være avgjørende ved grensedragningen.

---

<sup>58</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

<sup>59</sup> Husabø presenterte dette som gjerningspersonens «gjennomføringsplan» i Husabø (1999) s. 281-284, som synes å ha fått tilslutning fra departementet gjennom henvisningen i Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414.

Et moment som gjennomgående synes å være av betydning, er den *tidsmessig nærhet* til fullbyrdelsen, jf. for eksempel Rt. 1939 s. 890 og Rt. 1948 s. 531. Det samme gjelder *omfanget av de foretatte handlinger* sammenliknet med hvor mye som rent faktisk gjenstår, jf. eksempelvis Rt. 1925 s. 670, Rt 1948 s. 531, Rt. 1995 s. 17 og Rt. 2010 s. 1011. Videre er *handlingens «karakter»*, herunder om det allerede er foretatt *ulovlige handlinger*, av betydning, jf. blant annet Rt. 1991 s. 95 og Rt. 2010 s. 1011. Tilslutt har den *psykologiske forskjell* mellom det som er gjort og det som gjenstår blitt vektlagt i rettspraksis, jf. Rt. 1995 s. 17 og Rt. 1996 s. 766.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Se også Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 415. Se imidlertid Husabø (1999) s. 292-294 og Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 371-372 som synes å stille seg kritisk til vektleggingen av momentet.

## 3 DEL III

### Gjeldende rett

Utgangspunktet for den overordnede problemstillingen, og således gjennomgangen under, er liknende situasjoner som eksemplet om Peder Ås. Gjerningspersonen har altså ikke fullbyrdet overtredelsen av de aktuelle straffebudene. Han har imidlertid forsett om det, men har ikke kunnskap om barnets alder. Likevel har gjerningspersonen opptrådt uaktsom i relasjon til dette elementet, i den forstand at han kan klandres for sin uvitenhet. Med dette som bakgrunn ønsker jeg i det følgende å trekke slutninger fra det foreliggende rettskildebildet, med sikte på å besvare den overordnede problemstillingen.

#### 3.1 Ordlyd

Ettersom gjerningspersonen ikke har oppfylt de aktuelle bestemmelsenes gjerningsbeskrivelse, er spørsmålet om han likevel kan straffes for forsøk etter strl. § 16.

Ser man ordlyden av «forsett om å fullbyrde et lovbrudd», jf. § 16, i sammenheng med de aktuelle straffebudene, kan den isolert åpne opp for to ulike forståelser, som begge ligger innenfor de skranker som legalitetsprinsippet oppstiller.

Fullbyrdelsesforsett kan for det første forstås som et krav til tilsvarende forsett som det aktuelle straffebudet krever for fullbyrdet overtredelse. For det andre kan fullbyrdelsesforsett forstås som et krav til at gjerningspersonen må ha kunnskap om samtlige elementer i gjerningsbeskrivelsen til det aktuelle straffebudet.

Når det gjelder den *første ordlydsforståelse* gir den umiddelbart god mening når vi punkt 2.2.4 har sett at der straffebudet krever hensikt eller et videregående forsett om enkelte element, må det kreves tilsvarende hensikt eller videregående forsett for å ilegge forsøksansvar. Ettersom de aktuelle straffebudene for den overordnede problemstillingen ikke krever forsett i relasjon til alder, vil uaktsomhet da være tilstrekkelig som skyldform også for forsøksansvar med hensyn til dette elementet, såfremt gjerningspersonens forsett dekker resten av gjerningsbeskrivelsen.

På den annen side gir også den *andre ordlydsforståelsen* god mening. Når de aktuelle straffebudene ikke er fullbyrdet, gir de, som nevnt under punkt 2.2.1, heller ikke rettsgrunnlag for å straffe forsøk – dette må søkes i strl. § 16. Kravet som stilles til gjerningspersonens skyld følger da av § 16. Når bestemmelsen krever at gjerningspersonen må ha «forsett» om å «fullbyrde et lovbrudd», er det nærliggende å forstå «forsett» som et krav til kunnskap om alle elementer i gjerningsbeskrivelsen, også de elementer som for fullbyrdet overtredelse kun krever uaktsomhet.

En konsekvens av en slik forståelse er imidlertid at den skiller seg fra det vi i punkt 2.2.4 har sett om at det ikke er noen forskjell på det subjektive planet mellom et forsøk og en fullbyrdet overtredelse, ettersom man krever større grad av skyld for forsøket enn for den fullbyrdede overtredelsen. Likevel blir det noe unaturlig å si at gjerningspersonen har «forsett om å fullbyrde» lovbruddet om for eksempel voldtekt av barn under 14 (§ 299 a), når han ikke har positiv kunnskap om at vedkommende han forsøker å skaffe seg seksuell omgang med er under 14 år. Det eneste gjerningspersonen da har «forsett om å fullbyrde» er den seksuelle omgangen, og seksuell omgang alene gjør ikke gjerningen til «et lovbrudd».

Den mest nærliggende forståelsen av § 16 sammenholdt med de aktuelle bestemmelsene synes derfor å være at det av gjerningspersonen må kreves kunnskap om samtlige forhold som gjør gjerningen et lovbrudd. Kun da har han «forsett om å fullbyrde et lovbrudd», jf. § 16.

## **3.2 Forarbeider**

### **3.2.1 Forarbeidene til § 16**

Spørsmålet i det følgende er om forarbeidene til forsøksbestemmelsen i § 16 kan gi tolkningsbidrag til bestemmelsens ordlyd.

Departementet uttaler om fullbyrdelsesforsettet at «det stilles de samme krav til dette forsettet som til forsettskravet ved fullførte lovbrudd.»<sup>61</sup> Tar man uttalelsen på ordet, kan den gi støtte for å legge til grunn den *første ordlydsforståelsen* skissert over. I så fall vil det være tilstrekkelig med uaktsomhet i relasjon til barnets alder, fordi det ved fullført lovbrudd av de aktuelle straffebudene ikke er et krav til forsett om dette elementet.

---

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

Uttalelsene blir imidlertid fulgt opp, og departementet skriver at «forsettet må dekke alle forholdene i gjerningsbeskrivelsen i straffebudet». <sup>62</sup> Videre fremgår det at «ettersom det kreves forsett, er uaktsomhet ikke tilstrekkelig til å bli domfelt for forsøk selv om straffebudet rammer uaktsomhet». <sup>63</sup>

Som det følger av det siterte tar ikke departementet i Ot.prp.nr.90 (2003-2004) direkte stilling til spørsmålet om forsøk på overtredelse av straffebud som i relasjon til ett enkelt gjerningselement kun krever uaktsomhet. For sondringen mellom forsett og uaktsomhet, kan det synes som de kun sikter til straffebud som fullt ut regulerer forsettlige og uaktsomme handlinger. Derfor kan de nevnte uttalelsene vanskelig tas til inntekt verken for eller imot at det er tilstrekkelig med uaktsomhet i relasjon til ett enkelt gjerningselement for forsøksansvar.

I Ot.prp.nr.22 (2008-2009) på side 397 begrunner departementet at den siste endringen av § 16 ble foretatt for tydeligere å få frem at passusen «og som foretar noe som ...» ikke er et subjektivt, men et objektivt vilkår. <sup>64</sup> I den forbindelse uttales det at det subjektive vilkår – fullbyrdelsesforsettet – «omfatter alle elementene i den objektive gjerningsbeskrivelsen». <sup>65</sup> Til tross for at uttalelsen er kort og kun knytter seg til endringsvedtaket, kan den tas til inntekt for at departementet med «forsett om å fullbyrde et lovbrudd», har ment at forsettet nettopp må dekke alle elementene i den objektive gjerningsbeskrivelsen til de aktuelle straffebudene. Det kan imidlertid ikke utelukkes at departementet også her kun har hatt straffebud som fullt ut regulerer forsettlige og uaktsomme handlinger i mente. Samlet sett gir ikke forarbeidene til § 16 særlig veiledning for den overordnede problemstillingen.

### **3.2.2 Forarbeidenes begrunnelse for forsøksansvaret**

I punkt 2.2.3 om forsøksansvarets begrunnelse har vi på et generelt plan sett at forarbeidene til straffeloven av 2005 gir uttrykk for at det er forsettet som begrunner forsøksansvaret. Spørsmålet er om departementets begrunnelse for kriminalisering av forsøk kan gi bidrag til forståelsen av kravet om fullbyrdelsesforsett i § 16.

---

<sup>62</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

<sup>63</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 414

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

<sup>65</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 397

Departementets uttalelse om at «når forsøk er kriminalisert, skyldes det at lovbrysteren har utvist et kriminelt sinnelag; man straffer den forbryterske vilje» og at «det er fullbyrdelsesforsett som begrunner bruk av straff på forsøk», kan begge sies å gi uttrykk for at forsettskravet i § 16 bør forstås slik at forsettet også må dekke elementet som for fullbyrdet overtredelse bare krever uaktsomhet.<sup>66</sup> Det samme gjør uttalelsen om at «kravet om fullbyrdingsforsett medfører at et uaktsomt forsøk ikke er straffbart, her mangler den kriminelle innstillingen som begrunner kriminaliseringen av handlinger som ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.»<sup>67</sup>

I denne forbindelse kan det imidlertid være hensiktsmessig å skille de aktuelle straffebudene i to kategorier: straffebud hvor det er gjerningselementet som krever uaktsomhet – alderen – som gjør handlingen klanderverdig og således straffbar, og straffebud som består av handlinger som i seg selv er klanderverdige, og muligens straffbare, hvor alderen gjør handlingene ytterligere klanderverdige.

I *førstnevnte kategori* inngår § 262 og §§ 295 bokstav c, 299, 300, 302, 304 jf. § 307 samt § 306 jf. 307 hvor gjerningspersonen har forsett om å begå en handling med barnet som nevnt i §§ 299, 300, 302 og 304. Det samme gjør i utgangspunktet også § 310 jf. § 307.

Ved overtredelse av f.eks. § 262 annet ledd, kreves at gjerningspersonen har inngått «ekteskap» med noen «under 16 år». Inngåelse av ekteskap er i seg selv fullt ut lovlig. Det er alderen alene som gjør forholdet klanderverdig, og dermed straffbart.

Der gjerningspersonen har forsett om å fullbyrde ekteskap med et barn under 16 år, har han helt klart en kriminell innstilling, og viser manglende respekt for rettsgodet straffebudet søker å beskytte. At gjerningsmannen etter § 16 straffes for forsøk, harmonerer med forsøksansvarets begrunnelse. Er gjerningspersonen derimot uaktsom, og således ikke har kunnskap om barnets alder, har han heller ikke «den kriminelle innstillingen som begrunner kriminaliseringen av handlinger som ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.»<sup>68</sup>

Med andre ord vil konstatering av straffansvar i slike tilfeller harmonere dårlig med forsøksansvarets begrunnelse.

---

<sup>66</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 97 og s. 414

<sup>67</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 98

<sup>68</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 98

Noe annerledes kan det derimot stille seg for *sistnevnte kategori*. Her inngår strl. §§ 257 og 258, delvis §§ 301, 303, 305, samt § 309 og § 306 jf. 307 hvor gjerningspersonen har forsett om å begå en handling med barnet som nevnt i strl. §§ 301, 303 og 305b.

Det karakteristiske ved disse, eller deler av disse, straffebudene er som nevnt at handlingene vedkommende har forsett om i seg selv er straffbare etter andre straffebud. Ved overtredelse av for eksempel § 309, har gjerningspersonen allerede forsett om å skaffe seg seksuell tjeneste mot vederlag. Kjøp av seksuelle tjenester er i seg selv straffbart som fullbyrdet overtredelse etter § 316. Om gjerningspersonen av visse årsaker ikke fullbyrder overtredelsen av § 309, og kun er uaktsom med hensyn til fornærmedes alder, kan det likevel hevdes at han har «den kriminelle innstillingen som begrunner kriminaliseringen av handlinger som ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet», fordi han uansett hadde forsett om å kjøpe seksuelle tjenester.<sup>69</sup> Det samme gjelder for eksempel enkelte momenter som etter §§ 301, 303 og 305 gjør overtredelsen grov, og som vil kunne være straffbare etter andre bestemmelser i straffeloven.

Dette viser at forsøksansvar i disse tilfellene i større grad vil kunne forenes med begrunnelsen forarbeidene gir, fordi gjerningsmannen, uavhengig av kunnskapen om barnets alder, uansett viser et kriminelt sinnelag.

Ser man imidlertid på straffebudene i straffeloven som angir høyere strafferamme for grov overtredelse, kreves det i utgangspunktet forsett med hensyn til momentene som gjør handlingen grov. I disse tilfeller er det altså kunnskapen som gjør handlingen mer klanderverdig, og strafferammene tilsvarende høyere. Det er nettopp barnets alder som gjør handlingen så klanderverdig at lovgiver for eksempel har valgt å separere kjøp av seksuelle tjenester av barn fra § 316, og plassere forholdet i et eget straffebud med høyere strafferamme (§ 309). Skal gjerningspersonen dømmes for forsøk etter dette straffebudet, bør det derfor også kreves en kriminell innstilling i relasjon til barnets alder, noe gjerningspersonen ikke har om han kun er uaktsom.

I forlengelse av dette synes det derfor å være mest forenlig med forarbeidenes begrunnelse at man også for straffebudene som faller under *sistnevnte kategori* krever forsett i relasjon til barnets alder.

---

<sup>69</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 98



### 3.2.3 Forarbeidene til de aktuelle bestemmelsene

Spørsmålet i det følgende er om det kan søkes ytterligere veiledning i forarbeidene til de aktuelle bestemmelsene for besvarelsen av den overordnede problemstillingen.

For strl. §§ 257 og 258 om *menneskehandel*, ble uaktsom villfarelse om alder tilføyd den tidligere straffeloven 1902 § 224 tredje og fjerde ledd ved lov 30. juni 2006 nr. 48.<sup>70</sup> I forkant av lovendringen drøftet departementet tilføyelsen i Ot.prp.nr.50 (2005-2006), men er tilsynelatende taus i relasjon til spørsmålet om forsøk.

Også forarbeidene til strl. § 262 annet ledd om *tvangsekteskap med barn* er tilsynelatende tause, med unntak av Ot.prp.nr.22 (2008-2009) som på s. 423 kun generelt uttaler at forsøk er straffbart.<sup>71</sup>

Når det gjelder de aktuelle bestemmelsene i kapittelet om *seksuallovbrudd*, fremgår det som nevnt av § 307 at uaktsomhet med hensyn til alder ikke fritar for straffansvar. Forarbeidene til bestemmelsen sier imidlertid ingenting om forsøk.<sup>72</sup>

Forarbeidenes spesielle merknader til §§ 295c, 299 - 306, 309 og 310 vurderer heller ikke forsøksansvaret utover at departementet i relasjon til §§ 295c, 299, 302, 304 – 306, 309 og 310 kort bemerker at forsøk er straffbart jf. § 16.<sup>73</sup>

I arbeidet med den nye «grooming»-bestemmelsen i § 306 (daværende § 201a), vurderte departementet forsøksansvaret forholdsvis inngående. I forarbeidene uttaler departementet at «det alminnelige forsøksansvaret etter straffeloven § 49 vil gjelde». <sup>74</sup> Om forsettskravet ved forsøk på overtredelse av § 306 uttaler de videre at «tiltalte på forsøksstadiet [må] ha forsett om å møte opp til avtalt tid og sted for å treffe barnet og forsett om å begå en handling som nevnt i straffeloven §§ 195, 196 og § 200 annet ledd». <sup>75</sup>

At departementet ikke nevner forsett med hensyn til barnets alder, kan forstås som at de ikke har ment at det er krav om forsett for dette vilkåret. Det er imidlertid neppe rom for å lese

---

<sup>70</sup> Lov om endringer i straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 mv. (straff for å utnytte eller forlede noen til å tigge mv.)

<sup>71</sup> Ot.prp. nr. 51 (2002-2003) kap. 3.3 s. 28-37 til straffeloven 1902 § 220 som §262 annet ledd viderefører uten realitetsendring.

<sup>72</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 446

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009)

<sup>74</sup> Ot.prp.nr.18 (2006-2007) s. 18

<sup>75</sup> Ot.prp.nr.18 (2006-2007) s. 18

departementets uttalelse som uttømmende i relasjon til kravet om forsett, i den forstand at de gjennom sin taushet vedrørende barnets alder mener det er tilstrekkelig med uaktsomhet.

Forklaringen på at departementet i det hele tatt drøfter forsett ved forsøk så inngående, kan være at § 306 er et såkalt forberedelsesstraffebud. Dette innebærer at fullbyrdet overtredelse krever en form for dobbelt forsett: både forsett med hensyn til elementene i § 306 (riktignok med unntak av alder) og forsett om å fullbyrde gjerningsbeskrivelsen i et av straffebudene bestemmelsen nevner. Heller ikke forarbeidene til § 306 gir derfor særlig veiledning i relasjon til den overordnede problemstilling.

Som vi har sett i punkt 2.1.4 om bakgrunnen for unntaket om uaktsomhet som skyldgrad i relasjon til alderen, fremgår det av forarbeidene til de aktuelle bestemmelsene at unntaket begrunnes i effektivitetshensyn. Bevissituasjonen er ofte krevende, og av hensyn til barnets rettssikkerhet vil man unngå vidløftig bevisførsel.

Bevissituasjonen er ikke mindre komplisert ved spørsmål om forsøksansvar, snarere tvert imot. Gjerningspersonen har gjerne et dårligere grunnlag for å vurdere fornærmedes alder enn der han fullbyrder overtredelse av de aktuelle straffebudene. Dette skyldes at gjerningspersonen har foretatt færre handlinger, og således har færre omstendigheter og kortere handlingsforløp å knytte vurderingen til. De samme effektivitetshensynene ved fullbyrdet overtredelse gjør seg derfor tilsvarende gjeldende for forsøksansvar. Dette kan tale for at forsettskravet i § 16 bør tolkes slik at det er tilstrekkelig med uaktsomhet i relasjon til barnets alder, såfremt gjerningspersonens forsett dekker resten av gjerningsbeskrivelsen.

### **3.3 Rettspraksis**

Som nevnt i punkt 1.2, innebærer avsigelsen av dommen i Rt. 2011 s. 1455, at det nå foreligger en rettskilde som i utgangspunktet trekker i retning av at forsøk på overtredelse av straffebud, som for ett enkelt element kun krever uaktsomhet, er straffbart når gjerningspersonen er uaktsom med hensyn til dette elementet.

I dommen var en 58 år gammel mann tiltalt for forsøk på overtredelse av straffeloven 1902 § 201 a (nå § 306 jf. § 307). Tiltalte hadde tatt kontakt med fornærmede, en 15 år gammel jente på Nettby, og de to utvekslet flere meldinger. Fornærmede varslet etter hvert sin mor, som overtok samtalen. Samtalen utviklet seg etter hvert i retning av at de skulle ha seksuell

omgang, og til slutt avtalte moren og tiltalte møtested. I mellomtiden ringte moren politiet, som pågrep tiltalte da han ankom møtestedet.

Lagmannsretten hadde funnet det bevist at tiltalte møtte opp ved avtalt møtested med forsett om å ha seksuell omgang med fornærmede. Videre fant de det bevist at tiltalte hadde opptrådt «grovt uaktsom på grensen til forsett med hensyn til fornærmedes alder».<sup>76</sup> Ettersom tiltalte kun var uaktsom med hensyn til alderen, anket tiltalte saken til Høyesterett. Høyesterett forkastet anken, og uttalte generelt at det «klart» ikke kunne være til hinder for forsøksansvar at gjerningspersonen kun har utvist uaktsomhet i relasjon til et gjerningselement som ikke krever forsett.<sup>77</sup> Til støtte for dette standpunkt viser Høyesterett til Rt. 1939 s. 890, Rt. 1985 s. 67, Rt. 2008 s. 867, samt forarbeidene til strl. § 201a - Ot.prp.nr.18 (2006-2007).

Til tross for Høyesteretts generelle uttalelse, behandlet de imidlertid kun spørsmålet om forsøk på overtredelse av strl. § 201a. Videre er dommen kritisert i teorien.<sup>78</sup> I det følgende vil jeg derfor analysere Rt. 2011 s. 1455 i lys av rettskildebildet på tidspunktet for avgjørelsen med sikte på å besvare følgende spørsmål: Hvilken rettskildemessig egenvekt har dommen, og i hvilken utstrekning har den betydning som rettskildefaktor i relasjon til straffebudene som omfattes av den overordnede problemstillingen?

### **3.3.1 Analyse av Rt. 2011 s. 1455**

I det følgende vil jeg først analysere Høyesteretts bruk av rettspraksis, for så å analysere Høyesteretts bruk av forarbeidene til straffeloven 1902 § 201a.

I den første dommen Høyesterett viser til, Rt. 1939 s. 890, ble en mann funnet skyldig i forsøk på overtredelse av daværende straffeloven 1902 § 212, 2. ledd om utuktig handling med barn. Etter § 212 annet ledd med henvisning til § 196 tredje ledd, var det tilstrekkelig med uaktsom villfarelse i relasjon til barnets alder.

Spørsmålet for Høyesterett var om tiltaltes forhold var å betrakte som forsøk, eller om det kun forelå straffri forberedende handlinger. Høyesterett kom til at tiltalte hadde passert den nedre grense for straffbart forsøk etter straffeloven 1902 § 49, og anken ble forkastet. Det fremgår

---

<sup>76</sup> Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 33

<sup>77</sup> Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 29-31 sammenholdt med avsnitt 33.

<sup>78</sup> Se f.eks. Grønning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 265-266 og Frøberg, TfR 2012, på s. 84-86 som er kritiske til dommens begrunnelse.

imidlertid ikke av Høyesteretts behandling om tiltalte hadde forsett med hensyn til barnets alder, eller om han kun hadde opptrådt uaktsom. Derimot fremgår det av Lagmannsrettens dom at fornærmede var født i 1934.<sup>79</sup> På tidspunktet de straffbare forsøkshandlingene ble foretatt, var fornærmede kun i 5-årsalderen. Det kan derfor neppe ha vært tvil om at tiltalte hadde positiv kunnskap om at fornærmede var «barn» i lovens forstand. Med andre ord har det neppe vært et spørsmål om forsøksansvar der tiltalte kun har vært uaktsom med hensyn til barnets alder.

Dommen kan derfor vanskelig tas til inntekt for at uaktsomhet med hensyn til barnets alder er tilstrekkelig for forsøksansvar, slik Høyesterett gjør i Rt. 2011 s. 1455.

I den andre dommen Høyesterett viser til, Rt. 1985 s. 67, ble tiltalte blant annet dømt for overtredelse av daværende straffeloven av 1902 § 212 annet ledd. Etter bestemmelsen var det, som vist over, tilstrekkelig med uaktsom villfarelse i relasjon til barnets alder. Tiltalte hadde avtalt med en 12 år gammel jente at hun skulle komme opp i leiligheten hans, og etter hvert møtte jenta og hennes jevnaldrende venninne opp. Tiltalte hadde da spurt jentene om de ville bli med ham inn på badet og vaske ham. Jentene hadde da løpt ut av leiligheten, og tiltalte ble etter hvert pågrepet.

Tiltalte anket byrettens lovanvendelse. Høyesterett forkastet anken og uttalte at tiltaltes handlinger hadde passert den nedre grensen for forsøk og påpekte videre at «byretten har presisert at tiltalte har utvist forsett ved forsøket».<sup>80</sup> I likhet med Rt. 1939 s. 890 er det ingen holdepunkter for at tiltalte var uaktsom med hensyn til alderen, ettersom byretten mente han forsettlig hadde overtrådt § 212 annet ledd jf. § 49.

Heller ikke denne dommen kan derfor i særlig grad tas til inntekt for at uaktsomhet med hensyn til barnets alder er tilstrekkelig for forsøksansvar, slik Høyesterett gjør i Rt. 2011 s. 1455.

I den siste dommen Høyesterett viser til, Rt. 2008 s. 867, var spørsmålet blant annet om en 49 år gammel mann kunne dømmes for forsøk på overtredelse av straffeloven 1902 § 196 jf. § 49, og for forsøk på overtredelse av straffeloven 1902 § 203, jf. § 49.

---

<sup>79</sup> Se utdrag fra lagmannsrettens dom gjengitt nederst i Rt. 1939 s. 890 på side 892.

<sup>80</sup> Rt. 1985 s. 67 på side 68.

I relasjon til spørsmålet om forsøk på overtredelse av § 196, vurderte Høyesterett om tiltalte gjennom sine handlinger hadde passert den nedre grense for forsøk etter § 49, noe de svarte benektende på. I denne sammenheng ble ikke tiltaltes eventuelle uaktsomhet i relasjon til barnets alder problematisert.

Derimot var det springende punkt for spørsmålet om tiltalte kunne dømmes for forsøk på overtredelse av strl. § 203, om han hadde utvist tilstrekkelig aktsomhet i relasjon til barnets alder for å bli frifunnet. Høyesterett kom til at tiltalte ikke hadde utvist tilstrekkelig aktsomhet, og ble derfor dømt for forsøk på overtredelse av strl. § 203 jf. § 49.

Dermed kan Rt. 2008 s. 867, i motsetning til Rt. 1939 s. 890 og Rt. 1985 s. 67, tas til inntekt for at det for forsøksansvar er tilstrekkelig at gjerningspersonen har utvist uaktsomhet i relasjon til ett element som for fullbyrdet overtredelse kun krever uaktsomhet. Dette styrker helt klart Rt. 2011 s. 1455 sin rettskildemessige vekt, ettersom Høyesterett begrunner sitt standpunkt med en rettskilde som har direkte relevans for spørsmålet i dommen.

Det som derimot svekker Rt. 2008 s. 867 sin rettskildemessige vekt, og således Rt. 2011 s. 1455 sin rettskildemessige vekt, er at Høyesterett i førstnevnte dom ikke tar direkte stilling til spørsmålet om forsøksansvaret kommer til anvendelse der gjerningspersonen har utvist uaktsomhet.

En mulig forklaring på resultatet i Rt. 2008 s. 867 kan være at problemstillingen er oversett. Denne antagelsen styrkes av at Høyesterett mente at forholdet ut ifra lagmannsrettens begrunnelse skulle vært bedømt som fullbyrdet overtredelse av strl. § 203. Lagmannsretten hadde imidlertid ikke bare vist til strl. § 203 i domsslutningen, men også til strl. § 49. Ettersom feilen ikke ble påpekt av noen av partene, lot Høyesterett feilen gå i tiltaltes favør, og subsumerte forholdet under forsøksansvaret.<sup>81</sup> Med andre ord har Høyesterett neppe vært bevisst på forholdet mellom forsøksansvarets krav til fullbyrdelsesforsett og straffebudets innhold av et uaktsomhetselement.

Resultatet i Rt. 2008 s. 867 har riktignok en viss rettskildemessig vekt i kraft av å være avsagt av Høyesterett. Det faktum at Høyesterett i Rt. 2008 s. 867 overser problemstillingen, må

---

<sup>81</sup> Se Rt. 2008 s. 867 på avsnitt 36

likevel kunne sies å svekke dommens rettskildemessige vekt, og således Rt. 2011 s. 1455 sin rettskildemessige vekt.

Til støtte for sitt resultat viser Høyesterett også til forarbeidene til strl. § 201a, ved å gjengi et avsnitt i Ot.prp.nr.18 (2006-2007) fra proposisjonens s. 18.<sup>82</sup> Som vist i punkt 3.2.3 sier ikke forarbeidsuttalelsene noe om forsøk der gjerningspersonen er uaktsom i relasjon til barnets alder. Det eneste som uttales er at forsøksansvaret kan komme til anvendelse «såfremt vilkårene i straffeloven § 49 er oppfylt». At Høyesterett legger den generelle uttalelsen til grunn, uten konkret å ta stilling til hvordan vilkåret om fullbyrdelsesforsett etter § 49 forholder seg til spørsmålet i saken – om tiltalte kan dømmes for forsøk på overtredelse av § 201a, hvor han har vært uaktsom i relasjon til barnets alder – kan også sies å svekke dommens rettskildemessige vekt.

For å oppsummere er det kun en av de tre dommene Høyesterett viser til som har relevans for spørsmålet i Rt. 2011 s. 1455. Videre omtaler ikke forarbeidene til strl. § 201a forsøksansvar når gjerningspersonen er uaktsom i relasjon barnets alder. Samlet sett synes Høyesteretts rettskildebruk i Rt. 2011 s. 1455 å bære preg av at de ikke har vært bevisst på forsettsproblematikken som oppstår ved anvendelsen av § 49 på den aktuelle bestemmelsen. Det kan fremstå som at Høyesterett i hovedsak har rettet sin oppmerksomhet mot om § 49 på generelt grunnlag kommer til anvendelse på straffebud som delvis opererer med uaktsomhet som skyldgrad. Det kan forklare hvorfor de har henvist til to høyesterettsdommer hvor gjerningspersonen ikke har vært uaktsom. Dette svekker dommens rettskildemessige vekt for spørsmålet om forsøk på overtredelse av straffebud, som krever uaktsomhet i relasjon til ett element, er straffbart når gjerningspersonen ved forsøket kun har utvist uaktsomhet i relasjon til dette elementet.

Man kan likevel ikke unngå å ta i betraktning at Høyesterett rent faktisk har dømt tiltalte for forsøk hvor han, som Høyesterett gjengir, har vært «grovt uaktsomt på grensen til forsett med hensyn til Bs alder».<sup>83</sup> Samtidig styrkes dommen i Rt. 2011 s. 1455 sin rettskildemessige vekt gjennom henvisningen til Rt. 2008 s. 867 hvor Høyesterett kom til et liknende resultat, riktignok etter et annet straffebud. Som vist over subsumerte imidlertid Høyesterett i Rt. 2008

---

<sup>82</sup> Se Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 31

<sup>83</sup> Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 33

s. 867 forholdet under forsøksansvaret som følge av lagmannsrettens feil, uten nærmere å ta stilling til om forsøksansvaret i det hele tatt var anvendelig.

I hvor stor grad og i hvilken utstrekning dommen fungerer som rettskildefaktor i relasjon til de aktuelle straffebudene som omfattes av den overordnede hovedproblemstillingen, er derfor ikke enkelt å slå fast. Likevel er det ingen tvil om at dommen, uavhengig av sin noe svake begrunnelse, i det minste fungerer som rettskildefaktor i relasjon til straffeloven 2005 § 306 jf. 307, ettersom § 306 i hovedsak er ment å videreføre strl. § 201a.<sup>84</sup>

Spørsmålet er om Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2011 s. 1455 har relevans som rettskildefaktor for de øvrige straffebudene som omfattes av den overordnede problemstillingen.

I retning av at avgjørelsen har relevans for øvrige straffebud trekker at Høyesterett generelt uttaler at «den omstendighet at et straffebud inneholder straffbarhetsmomenter som ikke krever forsett, kan klart ikke være til hinder for forsøksstraff», og således dømmer tiltalte for forsøk til tross for hans uaktsomhet i relasjon til barnets alder.<sup>85</sup>

I motsatt retning trekker det imidlertid at dommen synes å være svakt begrunnet. Videre omhandler en viktig del av Høyesteretts begrunnelse for sitt resultat i saken forarbeidsuttalelsene til § 201a. Uttalelsene omtaler kun forsøk i relasjon til strl. § 201a. Gode grunner taler derfor for at dommen ikke har særlig relevans for de øvrige straffebudene.

### **3.4 Sammenfatning av rettskildebildet – hva er gjeldende rett?**

Som gjennomgangen har vist, peker ordlyden til vilkåret om fullbyrdelsesforsett i § 16, sammenholdt med de aktuelle bestemmelsene, på at det kreves at gjerningspersonen har kunnskap om samtlige faktiske forhold som gjør handlingene ulovlig. Denne forståelsen harmonerer også best med forarbeidsuttalelsene om forsøksansvarets begrunnelse.

I motsatt retning trekker imidlertid forarbeidsuttalelsene til de aktuelle bestemmelsene om begrunnelsen for unntaket om uaktsomhet som skyldgrad i relasjon til barnets alder – effektivitetshensynet.

---

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 445

<sup>85</sup> Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 30

Hva gjelder Rt. 2011 s. 1455 kan den, som gjennomgangen over indikerer, vanskelig regnes som et prejudikat for løsningen av liknende spørsmål etter andre bestemmelser enn § 306. Til tross for effektivitetshensynet, er det på bakgrunn av ordlyden i strl. § 16 og forarbeidenes begrunnelse derfor mest nærliggende å konkludere med at forsøk på overtredelse av strl. §§ 257, 258, 262 annet ledd og §§ 295 bokstav c, 299-305, 309 og 310, jf. § 307 *ikke* er straffbart etter gjeldende rett, i de tilfellene gjerningspersonen kun har utvist uaktsomhet i relasjon til barnets alder.

Rt. 2011 s. 1455 medfører imidlertid at konklusjonen er mer usikker for strl. § 306. Som tidligere nevnt er blant annet Gröning/Jacobsen/Husabø kritiske til dommen, og mener at de generelle forarbeidsuttalelsene i Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 98 om at «et uaktsomt forsøk ikke er straffbart» fordi «her mangler den kriminelle innstillingen som begrunner kriminaliseringen av handlinger som ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudene» bør være utslagsgivende for dagens rettstilstand.<sup>86</sup>

Etter mitt syn må kombinasjonen mellom den mest naturlige forståelsen av ordlyden til § 16, som også harmonerer best med forarbeidsuttalelsene om forsøksansvarets begrunnelse, sammenholdt med det faktum at dommen er svakt begrunnet, være avgjørende. Dommen har etter mitt syn, riktignok under sterk tvil, ikke tilstrekkelig rettskildemessig tyngde til å fravike det øvrige rettskildet bildet. Heller ikke forsøk på overtredelse av § 306, jf. § 307, der gjerningspersonen har vært uaktsom i relasjon til barnets alder, kan sies å være straffbart etter gjeldende rett.

Konklusjonen på den overordnede problemstillingen er derfor at forsøk på overtredelse av straffebud, som i relasjon til ett enkelt gjerningselement bare krever uaktsomhet, *ikke er straffbart* etter gjeldende rett når gjerningspersonen ved forsøket kun har utvist uaktsomhet i relasjon til dette elementet.

---

<sup>86</sup> Gröning/Jacobsen/Husabø (2016) s. 365



# 4 DEL IV

## 4.1 Komparativ del

### 4.1.1 Utgangspunkt

I den komparative delen ønsker jeg å sammenlikne rettstilstanden for den overordnede problemstillingen i norsk rett, med rettstilstanden i dansk og svensk rett.

Som tidligere nevnt vil en slik sammenlikning ytterligere kunne belyse rettstilstanden i norsk rett. Bakgrunnen for valget av akkurat svensk og dansk rett er at rettssystemet i de skandinaviske landene tilsynelatende er like, og at lovgiver blant annet har sett hen til dansk rett ved utformingen av forsøksansvaret i arbeidet med straffeloven 2005.<sup>87</sup> Rettstilstanden i svensk og dansk rett vil også fungere som et nyttig bakteppe for drøftelsen under punkt 4.2, hvor jeg drøfter hvordan rettstilstanden i norsk rett bør være, slik det norske forsøksansvaret er regulert i strl. § 16.

Som vis under punkt 2.2.2 har det subjektive og objektive grunnsyn preget forsøksansvaret etter norsk rett. Disse grunnsynene har også påvirket dansk og svensk rett, men begrunnelsen for forsøksansvaret i de to rettssystemene har i dag skilt lag.

Det danske forsøksansvaret har inntatt et «ekstremt subjektivistisk standpunkt», og går enda lengre enn det norske i retning av det subjektive grunnsyn.<sup>88</sup> Til forskjell fra det norske og danske forsøksansvaret, bygger forsøksansvaret i svensk rett i større grad på et objektivt grunnsyn, hvor det farefremkallende ved forsøkshandlingen begrunner straffansvaret.<sup>89</sup>

Med dette som utgangspunkt ønsker jeg å undersøke følgende: Kommer den danske og svenske forsøksbestemmelsen til anvendelse på straffebud som i utgangspunktet krever forsett, men som inneholder ett gjerningselement hvor det er tilstrekkelig med uaktsomhet, når gjerningspersonen er uaktsom i relasjon til dette elementet?

---

<sup>87</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 98

<sup>88</sup> Greve (1993) s. 140. Det danske forsøksansvaret følger Ørsteds subjektive forsøkslære, se Hurwitz (1952) s. 453-454

<sup>89</sup> Se f.eks. Wennberg (2010) s. 239.

#### 4.1.2 Dansk rett

Forsøksbestemmelsen i den danske straffelov av 1930 § 21 lyder som følger:

*«Handlinger, som sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse, straffes, når denne ikke fuldbyrdes, som forsøg.»*

Slik bestemmelsen er utformet stilles det ikke strenge krav til de foretatte «handling», annet enn at gjerningspersonen med handlingen «sigter til» å utføre en forbrytelse. Det kan for eksempel ikke kreves at den objektive handlingen skal være farlig, eller stå i nær sammenheng med fullbyrdelsen av forbrytelsen.<sup>90</sup>

Om forsøksansvarets subjektive side uttaler Waaben generelt at «ansvar alltid forudsætter forsæt til den fuldbyrdede forbrydelse. Uagtsomhed har ingen plads i forsøgslæren». <sup>91</sup> Ifølge Hurwitz er kravet om forsett en «logisk nødvendighed, dersom forsøg begrepsmessig bestemmes som en virksomhed, der er rettet på at hidføre fuldbyrdelsen af en lovovertrædelse». <sup>92</sup>

I likhet med den norske straffeloven, finnes det også straffebud i den danske som i utgangspunktet krever forsett, men som nøyer seg med uaktsomhet i relasjon til enkelte element.

Etter for eksempel § 168 straffes «den, der udgiver penge, som han formoder er eftergjorte eller forfalskede». Utgivelsen av pengene må være gjort forsettlig. Sett i sammenhengen med § 167 sikter «formoder» seg imidlertid til bevisst uaktsomhet.<sup>93</sup> Det er altså tilstrekkelig med bevisst uaktsomhet med hensyn til om pengene er «eftergjorte eller forfalskede», for å ilegge straffansvar.

På samme måte som den norske straffeloven § 307 nøyer seg med uaktsomhet i relasjon til barnets alder for seksuallovbruddene, nøyer den danske § 228 seg med tilsvarende skyldgrad i relasjon til barnets alder for en rekke bestemmelser om seksualforbrytelser.

---

<sup>90</sup> Hurwitz (1952) s. 459

<sup>91</sup> Waaben (1997) s. 187

<sup>92</sup> Se Hurwitz (1952) på s. 470-471 hvor han etter en vurdering kommer til forsøksansvaret begrepsmessig må forstås slik.

<sup>93</sup> Waaben (1997) s. 200

Spørsmålet er om forsøksansvaret etter strl. § 21 kommer til anvendelse på slike straffebud, når gjerningspersonen har utvist uaktsomhet ved forsøket i relasjon til elementet som for fullbyrdet overtredelse kun krever uaktsomhet.

Ut ifra det vi har sett om forsettskravet til § 21 er det nærliggende å forstå ordlyden på tilsvarende måte som ordlyden i den norske forsøksbestemmelsen: forsettet må dekke alle elementene i den objektive gjerningsbeskrivelsen til de aktuelle straffebudene, også elementene som for fullbyrdet overtredelse bare krever uaktsomhet. I motsatt fall blir det unaturlig å si at gjerningspersonen med sine handlinger «*sigter* til at fremme eller bevirke utførelsen af en forbrydelse» (min kursivering).

Det er ingen dommer fra den danske Højesteret, så vidt meg bekjent, som direkte berører spørsmålet om forsøk på straffebud som for ett enkelt gjerningselement nøyer seg med uaktsomhet. Det finnes imidlertid dommer fra dansk underrettspraksis som har tatt stilling til spørsmålet

I en dom fra Østre landsret inntatt i Ugeskrift for Retsvæsen 1979.680 ble flere personer dømt for forsøk etter nevnte § 168 om pengeforfalskning, der de tiltalte «formodede, at pengene var eftergjorte eller forfalskede». Dette kan trekke i retning av at forsettskravet likevel ikke stenger for ansvar der gjerningspersonene har opptrådt uaktsom i relasjon til element som bare krever uaktsomhet.

Waaben mener imidlertid at «kriminalisering af formodning er et sjældent fænomen» og «domfældelsen er måske tænkt som en helt speciel afgivelse fra reglen om at forsøg kræver forsæt på alle punkter».<sup>94</sup> Dommen kan nok derfor vanskelig tas til inntekt for at forsøk generelt er straffbart der gjerningspersonen har opptrådt uaktsom i relasjon til element som bare krever uaktsomhet.<sup>95</sup>

Til støtte for dette synspunkt trekker Københavns byrettsdom av 26. januar 1956, som er inntatt i Juristens Domssamling.<sup>96</sup> Tiltalte hadde, mot betaling, forsøkt å få en gutt på 17 år

---

<sup>94</sup> Waaben (1997) s. 200

<sup>95</sup> Det skal også nevnes at det ikke fremgår klart om gjerningspersonene rent faktisk «kun» var uaktsom med hensyn til om pengene var «eftergjorte eller forfalskede», eller om retten benyttet uttrykksformen «formodede» fordi dette er vilkåret i loven.

<sup>96</sup> JD 1956 s. 222

og 8 måneder til å «øve kønslig usædelighed» med seg, men ble stoppet av politiet som kom til stedet.

Spørsmålet i saken var om tiltalte kunne dømmes for forsøk på overtredelse av daværende § 225, stykke 2 jf. § 21.<sup>97</sup> I utgangspunktet var kravet etter § 225 forsett, men etter § 226 (nå § 228) var det tilstrekkelig med uaktsomhet i relasjon til barnets alder. Retten uttalte at det forelå «betænkelighed ved at fastslå, at tiltalte vidste eller bestemt formodede, at D var under 18 år, og de subjektive betingelser for en domfældelse efter § 225 findes herefter ikke at være til stede» og ettersom «lovens § 226 efter rettens oppfattelse – idet der alene er tale om forsøg – ikke kan finde sted, vil tiltalte være at frifinde».<sup>98</sup>

Dommen kan neppe tillegges særlig rettskildemessig vekt, men viser at retten tolket forsettskravet etter § 21 slik at forsøksbestemmelsen ikke var anvendelig hvor gjerningspersonen hadde utvist uaktsomhet i relasjon til ett element som for fullbyrdet overtredelse kun krever uaktsomhet.

For å oppsummere trekker både ordlyden til § 21 og forsøksansvarets begrunnelse i retning av at forsøksansvaret ikke kommer til anvendelse for den oppstilte problemstilling. Dommen fra Østre landsret trekker derimot i motsatt retning. Waaben synes imidlertid å stille seg noe kritisk til dommen, og som vist hadde retten i Københavns byrettsdom en annen forståelse av rekkevidden til § 21. Den mest nærliggende konklusjonen synes derfor å være at forsøksansvaret etter strl. § 21 ikke kommer til anvendelse på straffebud som inneholder elementer hvor det er tilstrekkelig med uaktsomhet, når gjerningspersonen bare har utvist uaktsomhet i relasjon til disse elementene.

### 4.1.3 Svensk rett

I svensk rett er forsøk er definert i Brottsbalken 1962:700 (Heretter BrB) 23. kap § 1:

*«Har någon påbörjat utförandet av visst brott utan att detta kommit till fullbordan, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för försök till brottet, såframt fara förelegat att handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten.»*

---

<sup>97</sup> Daværende § 225, som omhandlet homoseksuell omgang, er naturligvis ikke videreført.

<sup>98</sup> JD 1956 s. 222 på side 224

Med henvisningen til «visst brott» er det tilstrekkelig med «sådan uppsåt som krävs för ansvar för fullbordat brott av ifrågavarande typ».<sup>99</sup>

Forsøksbestemmelsen i Brb. 23. kap. § 1 avgrensar forsøksansvaret til situasjoner der det forelå «fara» for fullbyrdet overtredelse. Med fare menes *konkret fare*.<sup>100</sup> Farebegrepet vurderes som regel ut ifra «verkligheten som den såg ut vid tidspunkten för försökspunktens inträde».<sup>101</sup> Om ikke «fara förelegat att handlingen skulle leda till brottets fullbordan», kan straffansvar for forsøk likevel idømmes om «sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten». Det kan derfor synes som at forsøksansvaret mer eller mindre omfatter de tilfelle som etter norsk rett beskrives som relative utjenlige forsøk, mens de såkalte absolutte utjenlige forsøkene faller utenfor det svenske forsøksansvaret.<sup>102</sup>

Også den svenske straffeloven inneholder straffebud som i utgangspunktet krever forsett, men som for visse gjerningselementer nøyer seg med uaktsomhet. Et eksempel på dette er BrB kap. 6 § 13.

På samme måte som den norske straffeloven § 307 og den danske straffeloven § 228 nøyer seg med uaktsomhet i relasjon til barnets alder for visse seksuallovbrudd, er det etter BrB kap. 6 § 13 tilstrekkelig med tilsvarende skyldgrad for de handlinger «som begås mot någon under en viss ålder». Avgjørende er om gjerningspersonen «hade skälig anledning att anta att den andra personen inte uppnått» straffebudenes angitte alder. Forsøk på straffebudene som omfattes av BrB kap. 6 § 13 er etter BrB kap. 6 § 15 straffbart.

Spørsmålet er om forsøksansvaret, slik det er definert i BrB. 23. kap § 1 kommer til anvendelse på slike straffebud, når gjerningspersonen bare har utvist uaktsomhet ved forsøket i relasjon til elementet som for fullbyrdet overtredelse kun krever uaktsomhet.

Det er så vidt meg bekjent ingen dommer fra Högsta Domstolen eller underrettsdomstolene som tar direkte stilling til spørsmålet. Imidlertid kan kanskje dommen inntatt i NJA (Nytt Juridiskt Arkiv) 2007 s. 53 fra Högsta Domstolen være av interesse.

---

<sup>99</sup> Jareborg (1994) s. 75 med videre henvisning til rettspraksis.

<sup>100</sup> Asp/Ulväng/Jareborg (2013) s. 407 og Wennberg (2010) s. 206

<sup>101</sup> Wennberg (2010) s. 207 med videre henvisninger

<sup>102</sup> Se eksemplene i Asp/Ulväng/Jareborg (2013) på s. 407-408. Se også Wennberg (2010) s. 29. Det skal bemerkes at grensedragningen mellom hva som faller inn under begrepene relativt og absolutt forsøk etter norsk rett er vanskelig å trekke.

Det fremgår av dommen at tiltalte i tingsrätten ble funnet skyldig i forsøk på voldtekt av barn etter BrB kap. 6 § 4. I tingsrätten benektet tiltalte straffeskyld, blant annet under henvisning til at han ikke visste at fornærmede var under 15 år, og således «barn» i lovens forstand.

Tingsrätten uttalte at tiltaltes forklaring «lämnar tingsrätten utan avseende. Han har i alla händelser haft skälig anledning att anta att målsäganden var under 15 år.»

I domsslutningen har ikke tingsrätten vist til BrB kap. 6 § 13, og det er av den grunn nærliggende å anta at vedkommende ble dømt for forsettlig overtredelse med hensyn til fornærmedes alder. Högsta Domstolen tar ikke stilling til spørsmålet. Likevel er tingsrättens uttalelse interessant. Dette fordi uttalelsen kan tyde på at tingsrätten, om de ikke fant det bevist at tiltalte hadde forsett med hensyn til fornærmedes alder, likevel ville dømt ham for forsøk fordi han i det minste hadde «haft skälig anledning att anta att målsäganden var under 15 år».

Dommen har riktignok neppe særlig rettskildemessig vekt. Likevel kan kanskje dommen gi anvisning på at man i svensk rett anser forsøksansvaret for anvendelig på straffebed som i utgangspunktet krever forsett, men for enkelte element nøyer seg med uaktsomhet som skyldgrad, hvor gjerningspersonen kun har vært uaktsom i relasjon til dette elementet.

I samme retning trekker Wennbergs uttalelse i relasjon til nettopp BrB kap. 6 § 13. Ettersom det etter bestemmelsen er tilstrekkelig for fullbyrdet overtredelse at gjerningspersonen «hade skälig anledning att anta» den andre personens alder, uttaler hun:

*«Det torde innebära att gärningsmannen även kan fällas till ansvar för försök till våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn, om han påbörjat utförandet av sådant brott och uppfyllt uppsåtskravet beträffande själva försökshandlingen, men varit culpös i förhållande till barnets ålder».*<sup>103</sup>

Wennberg begrunner ikke standpunktet sitt nærmere. Det kan imidlertid synes som hun mener at kravet til forsett etter BrB kap. 23 § 1 ikke stenger for forsøksansvar der straffebedet nøyer seg med uaktsomhet som subjektiv skyld for visse element. Denne forståelsen kan for så vidt sies å samsvare godt med Jareborgs nevnte uttalelse om at det er tilstrekkelig med «sådan uppsåt som krävs för ansvar för fullbordat brott av ifrågavarande typ». Man kan da si at

---

<sup>103</sup> Wennberg (2010) s. 244

forsett ikke kreves for fullbyrdet brudd i relasjon til dette elementet, og da kreves heller ikke et slikt forsett for forsøk.

Samtidig vil et slikt resultat kunne sies å være forenlig med forsøksansvarets tilsnitt av et objektivt grunnsyn: Den overordnede begrunnelsen for å straffe forsøk i svensk rett er at handlingen har medført fare. Tar man utgangspunkt i eksemplet om Peder Ås i punkt 1.1, hadde han «skälig anledning att anta» at jenta var et barn i lovens forstand, samt forsett om å fullbyrde en handling som angitt i for eksempel BrB kap. 6 § 4 første ledd. På tidspunktet han ble pågrepet, kan man helt klart si at «man vid en i efterhand gjord bedömning, baserad på den kunskap man vunnit om omständigheterna vid försöket, finner att det i gärningsögonblicket, dvs. när försökspunkten uppnås, förelegat *fara för brottets fullbordan*»<sup>104</sup>

Som følge av fraværet av klare rettskilder med avgjørende tyngde, er det vanskelig å trekke noen sikre slutninger med hensyn til spørsmålet oppstilt over. På bakgrunn av drøftelsene er det likevel mest nærliggende å konkludere med at forsøksansvaret, slik det er definert i BrB. 23. kap § 1, kommer til anvendelse på straffebud som inneholder ett element hvor det er tilstrekkelig med uaktsomhet, når gjerningspersonen bare har utvist uaktsomhet i relasjon til dette elementet.

## 4.2 Avsluttende bemerkninger

Som gjennomgangen har vist, trekker rettskildebildet etter mitt syn hovedsakelig i retning av at forsøk på overtredelse av straffebud, som i relasjon til ett enkelt gjerningselement bare krever uaktsomhet, ikke er straffbart etter gjeldende rett når gjerningspersonen ved forsøket kun har utvist uaktsomhet i relasjon til dette elementet. Rettskildebildet gir imidlertid ikke noe opplagt svar, og det er vanskelig å vite sikkert hvilket standpunkt Høyesterett tar ved en senere anledning.

Dersom man velger å legge Høyesteretts standpunkt i Rt. 2011 s. 1455 til grunn som retningsgivende for fremtiden, oppstår særlig to interessante problemstillinger.

Som vist under punkt 2.2.3 om forsøksansvarets begrunnelse etter § 16, er det gjerningspersonens subjektive forhold, forsettet – den kriminelle innstilling – som i hovedsak

---

<sup>104</sup> Wennberg (2010) s. 206-207

begrunner straffansvar. Som en konsekvens av forsøksbestemmelsens subjektive bakgrunn, knytter momentene for vurderingen av om forsøkets nedre grense er passert, særlig *den psykologiske forskjell*, seg til forsettskravet.<sup>105</sup>

I for eksempel Rt. 2008 s. 867 fremholdt Høyesterett den betydelige psykologiske forskjellen mellom det gjerningspersonen hadde gjort og det som gjensto – «å gjennomføre seksuell omgang med en mindreårig» – som et av de avgjørende momentene i retning av konklusjonen om at forsøksansvarets nedre grense ikke var overskredet.<sup>106</sup>

Legger man i denne sammenheng avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1455 til grunn som retningsgivende oppstår følgende problemstilling: All den tid gjerningspersonen ikke har kunnskap om forholdet som gjør situasjonen klanderverdig – barnets alder - vil han neppe kvie seg for å gjennomføre gjerningsbeskrivelsen i for eksempel strl. § 304 når jenta samtykker til dette. I forlengelse av dette vil man kunne si at den psykologiske forskjellen mellom det han har gjort og det som gjenstår er fraværende. Man får dermed den situasjon at momentet om den psykologiske forskjell tilsynelatende alltid vil være i disfavør den uaktsomme gjerningsperson.

Det kan riktignok innvendes at gjerningspersonen, særlig på et slikt stadium som i eksemplet om Peder Ås i punkt 1.1, har kommet så nær fullbyrdet overtredelse at den nedre grense for forsøk må anses overskredet, uavhengig av den psykologiske forskjell. Dessuten er heller ikke den psykologiske forskjell et moment som retten plikter å vektlegge i vurderingen. På den annen side kan man argumentere for at den psykologiske forskjell bør vektlegges.

Gjerningspersonen vil nettopp være mer tilbøyelig til å gjennomføre den seksuelle handlingen som følge av sin manglende kunnskap, og ville sannsynligvis ha utsatt barnet for den krenkelse straffelovgivningen ønsker å beskytte mot.

Uansett samsvarer det dårlig med hensynene bak forsøksinstituttet, og straff generelt, at en gjerningsperson som er uaktsom i relasjon til barnets alder, skal ha kommet nærmere grensen for det straffbare, som følge av den psykologiske forskjell, enn en gjerningsperson som i nøyaktig samme situasjon har forsett med hensyn til barnets alder. Sistnevnte gjerningsperson har opptrådt vesentlig mer klanderverdig som følge av sitt forsett, og både

---

<sup>105</sup> Illustrerende er også Høyesteretts uttalelse i Rt. 1991 s. 95 om at gjerningspersonen gjennom sine handlinger hadde vist «et fast forbrytersk forsett».

<sup>106</sup> Rt. 2008 s. 867 avsnitt 23



individualpreventive og allmennpreventive hensyn taler derfor i større grad for å konstatere straffansvar.

En annen interessant problemstilling som oppstår dersom man legger Rt. 2011 s. 1455 til grunn som retningsgivende, er forholdet til § 16 annet ledd om tilbaketreden fra forsøk.

Bestemmelsen fritar gjerningspersonen fra straff dersom han «frivillig avstår fra å fullbyrde lovbruddet eller avverger at det blir fullbyrdet». Det avgjørende for om avståelsen eller avvergelsen er «frivillig», er at den beror på gjerningspersonens egen beslutning.<sup>107</sup>

Den overordnede begrunnelsen for bortfall av straffansvar i disse tilfellene er ifølge forarbeidene at «fullbyrdelsesforsettet ved tilbaketreden er mindre fast og straffverdig. Verken allmennpreventive eller individualpreventive grunner taler sterkt nok for å straffe».<sup>108</sup>

Som vist under punkt 2.2.3 er det gjerningspersonens forsett – den kriminelle innstillingen – som er klanderverdig og som, sammen med de foretatte handlinger, begrunner forsøksansvaret. Når dette forsettet forsvinner, forsvinner også behovet for å konstatere straffansvar.

Dersom vi tar utgangspunkt i eksemplet om Peder Ås under punkt 1.1, men legger til grunn at han velger å avstå fra den seksuelle omgangen med jenta, for eksempel fordi han føler seg for trøtt, skal Peder tilsynelatende frifinnes i medhold av § 16 annet ledd. Umiddelbart synes dette å harmonere godt med bakgrunnen for regelen, ettersom Peder Ås lar være å utsette jenta for den krenkelse han først hadde planer om.

Likevel viser ikke Peder ved avståelsen et mindre fast forbrytersk sinnelag, all den tid han ikke har forsett om jentas alder, og fordi ønsket om seksuell omgang ikke alene utgjør et forbrytersk sinnelag. De individual- og allmennpreventive hensyn som taler *for* forsøksansvar der den uaktsomme Peder ikke avstår, men likevel blir tatt, gjør seg ikke nødvendigvis mindre gjeldende når Peder ved avståelsen ikke har kunnskap om det faktiske forhold som brakte ham inn på forsøksstadiet. Det klanderverdige ved forsøkshandlingen er nettopp Peders manglende kunnskap og det klanderverdige forsvinner ikke ved avståelsen, slik tilfellet er for gjerningspersonen som har forsett med hensyn til alle straffbarhetslementer. Både overfor

---

<sup>107</sup> Rt. 2013 s. 699 avsnitt 13

<sup>108</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 200-201

Peder og samfunnet for øvrig vil det i en slik situasjon fremdeles kunne foreligge et behov for å konstatere straffansvar, for å mane til aktsomhet.

Riktignok kan det innvendes at den mangelfulle kunnskapen om barnets alder kun er klanderverdig i kombinasjon med forsett om den seksuelle handlingen, og når forsettet forsvinner, vil uvitenheten om alderen ikke lenger være klanderverdig.

Eksempelet illustrerer likevel at lovgiver ved utformingen av § 16 annet ledd ikke har tatt sikte på å regulere andre tilfeller enn de hvor gjerningspersonen har fullbyrdelsesforsett i relasjon til samtlige element i gjerningsbeskrivelsen. Som departementet uttaler viser frivilligheten «at det forbryterske sinnelaget er mindre fast, noe som er med på å begrunne bortfallet av straffansvar». <sup>109</sup> De hensyn bestemmelsen bygger på gjør seg derfor ikke gjeldende i like stor grad der gjerningspersonen er uaktsom i relasjon til det elementet som gjør handlingen klanderverdig.

Tolker man § 16 slik at det er tilstrekkelig med uaktsomhet som skyldgrad i relasjon til barnets alder for å ilegge forsøksansvar, slik Høyesterett gjør i Rt. 2011 s. 1455, utfordrer man et eksisterende system som bygger på gjerningspersonens forsett i relasjon til samtlige elementer i straffebudets gjerningsbeskrivelse, noe problemstillingene over viser. Etter mitt syn skyldes dette forsøksansvarets nære tilknytning til det subjektive grunnsyn – den kriminelle innstilling – som har vært styrende for momentene ved grensdragningen av forsøksansvaret, samt reguleringen av tilbaketreden fra forsøk i § 16 annet ledd. Slik forsøksansvaret er utformet bør § 16 etter min oppfatning derfor ikke tolkes slik Høyesterett gjør i Rt. 2011 s. 1455.

At forsøk på overtredelse av straffebud, som i relasjon til ett enkelt gjerningselement kun krever uaktsomhet, ikke bør være straffbart slik forsøksansvaret er utformet i dag når gjerningspersonen ved forsøket har utvist uaktsomhet i relasjon til dette elementet, betyr ikke at slike handlinger *ikke* er straffverdige og således bør være straffbare.

Som vi har sett over om *den psykologiske forskjell*, kan man argumentere for at gjerningspersonen i større grad vil kunne være tilbøyelig til å gjennomføre for eksempel seksuell omgang når han ikke har forsett i relasjon til barnets alder. Det er med andre ord klart

---

<sup>109</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 416

at det i slike situasjoner foreligger fare for fullbyrdet krenkelse. Dette er en fare som det, i lys av de individualpreventive og allmennpreventive hensyn, er behov for å reagere mot.

Det kan også argumenteres for at belastningen det fornærmede barnet allerede har blitt utsatt for på forsøksstadiet neppe er noe mindre når gjerningspersonen er uaktsom med hensyn til alderen, sammenliknet med de tilfeller der gjerningspersonen har forsett. Som vist, gjør også de samme effektivitetshensyn som begrunner valget av uaktsomhet som skyldgrad i relasjon til barnets alder seg tilsvarende gjeldende der gjerningspersonen kun har kommet til forsøksstadiet.

Disse betraktningene bygger imidlertid ikke på gjerningspersonens kriminelle sinnelag, men i større grad på den fare for skade gjerningspersonen har forårsaket gjennom sin handlemåte, i kombinasjon med den klanderverdige mangelfulle kunnskap. Som de nevnte problemstillingene over viser, vil en tolkning av strl. § 16 tilsvarende den Høyesterett gjorde i Rt. 2011 s. 1455 medføre uheldige konsekvenser. Tolkningsveien er etter mitt syn derfor ikke veien å gå. Slik situasjonen er i dag bør lovgiver ta initiativ. En mulig tilnærming er å innføre et eget farestraffebud som rammer uaktsomhet, slik lovgiver har gjort enkelte andre steder i straffelovgivningen.<sup>110</sup>

En annen – og mer grunnleggende - tilnærming er en reformasjon av forsøksansvaret, hvor man i større grad lar den fare forsøkshandlingen har medført være førende for konstatering av straffansvar, slik også den svenske forsøksbestemmelsen er utformet. Hvilken tilnærming som er mest hensiktsmessig, er imidlertid vanskelig å si. Begge tilnærmingene vil uansett fange opp tilfellene hvor det i lys av farebetraktningene over er behov for å konstatere straffansvar, slik som i eksemplet om den uaktsomme Peder Ås i punkt 1.1.

---

<sup>110</sup> Se f.eks. Strl. § 356 som rammer «uaktsom fremkalling av fare for allmennheten».

# Kilder

## Norske lover:

- 1814 – Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814
- 1842 – Lov angaaende Forbrydelser (Opphevet) –1842, 20. august.
- 1902 – Almindelig borgerlig Straffelov (Opphevet) 22 mai 1902 nr. 10
- 1963 - lov av 15. februar 1963 nr. 2: Lov om endring av føresegner i straffeloven om 1. brotsverk mot sedskapen, 2. brotsverk og misferd i sjøfartstilhøve. (Opphevet)
- 1991 - Lov av 21. mai 1999 nr 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
- 2005 – Lov om straff (straffeloven), lov 20. mai 2005 nr. 28
- 2006 - Lov om endringer i straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 mv. (straff for å utnytte eller forlede noen til å tigge mv.) - lov 30. juni 2006 nr. 48

## Utenlandske lover:

- 1930 - Dansk straffelov – Borgerlig straffelov, 15. april 1930 nr. 126
- 1962 – Brottsbalken – Brottsbalk, 21. desember 1962, SFS 1962:700

## Konvensjoner:

- 1950 - EMK = Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 04.11.1950

## Forarbeider:

- Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
- Ot.prp.nr.18 (2006-2007) Om lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (straffebud om å møte et barn med forsett om å begå seksuelt overgrep mv.)

- Ot.prp.nr.50 (2005-2006) Om lov om endringer i straffeloven 1902 (straff for å utnytte eller forlede noen til å tigge mv.)
- Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- Ot.prp.nr.51 (2002-2003) Om lov om endringer i straffelova mv. (styrka innsats mot tvangsekteskap mv.)
- Ot.prp.nr.28 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)
- NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd Straffelovkommisjonens delutredning VI
- SKM I 1896 «Udkast til almindelig borgerlig Straffelov med Motiver», utarbeidet av Straffelovkommisjonen fra 1885 (Kristiania 1896)

### **Norske rettsavgjørelser:**

- Rt. 2013 s. 699
- Rt. 2011 s. 1455
- Rt. 2011 s. 469
- Rt. 2010 s. 1011
- Rt. 2009 s. 780
- Rt. 2008 s. 867
- Rt. 2005 s. 833
- Rt. 1996 s. 776
- Rt. 1995 s. 17
- Rt. 1991 s. 95
- Rt. 1985 s. 67
- Rt. 1948 s. 531
- Rt. 1947 s. 346
- Rt. 1939 s. 890

- Rt. 1925 s. 670

## **Utenlandske rettsavgjørelser:**

### Danmark

- U 1979.680 Ø
- JD 1956.222

### Sverige

- NJA 2007.53

### Den europeiske menneskerettighetsdomstol

- Case of C.R. v. the United Kingdom. The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. oktober 1995.

## **Litteratur:**

### **Andenæs (2004)**

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Universitetsforlaget, Oslo, 2004

### **Asp/Ulväng/Jareborg (2013)**

Asp, Petter / Ulväng, Magnus / Jareborg, Nils, Kriminalrättens grunder, Andra upplagan, Uppsala og Stockholm, 2013

### **Eckhoff (1997)**

Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 4. utgave ved Jan. E. Helgesen, Tano Aschehoug, Oslo 1997

### **Eskeland (2015)**

Eskeland, Ståle, Strafferett, 4. utgave, Cappelen Damm Akademisk, Oslo, 2015

**Frøberg, TfR 2012**

Frøberg, Thomas, *Forsøksansvarets yttergrenser: Forsøk på forsøk og uaktsomt forsøk*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2012, s. 49-90

**Greve (1993)**

Greve, Vagn, Træk af den danske strafferet i EF-persektiv 1; Ansvarslærens almindelige del foreløpig udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993.

**Gröning/Husabø/Jacobsen (2016)**

Gröning, Linda / Husabø, Erling Johannes / Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff – en systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Fagbokforlaget, Bergen 2016

**Hurwitz (1952)**

Hurwitz, Stephan, Den danske kriminalret, Almindelig del, G. E. C Gads Forlag, København, 1952

**Husabø (1999)**

Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi: Medverking, forsøk og førebuing*, Universitetsforlaget, Bergen, 1999

**Jacobsen (2009)**

Jacobsen, Jørn RT, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Fagbokforlaget, Bergen, 2009

**Jareborg (1994)**

Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Iustus förlag, Uppsala 1994

**Motiver 1835**

Motiver til det i Aaret 1832 udgivne Forslag til en Lov for Kongeriget Norge angaaende Forbrydelser, Christiania 1835

**Nygaard (2004)**

Nygaard, Nils, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2.utgåve, Universitetsforlaget, Bergen, 2004

**Røstad (1993)**

Røstad, Helge, Innkast i straffefeltet – utvalgte emner i strafferetten, Universitetsforlaget, Oslo, 1993

**Ørsted AfR III**

Anders Sandøe Ørsted, Indledning til den Danske og Norske Criminalret, Arkiv for Retsvidenskaben og dens Anvendelse III (1826) s. 3-264.

**Waaben (1997)**

Waaben, Knud, Strafferettens almindelige del, I Ansvarslæren, 4. udgave, København, 1997

**Wennberg (2010)**

Wennberg, Suzanne, Försök till brott, 2.upplagan, 2010 (Stockholm – Norstedts juridik)