

Straffutmålingsfrafall

*En rettsdogmatisk og rettspolitisk analyse av
straffeloven §61*

Kandidatnummer: 106

Antall ord: 14575



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	3
1.2	AVGRENSNINGER	5
1.3	DEN VIDERE FREMSTILLING	5
2	BAKGRUNNEN FOR BESTEMMELSEN	7
2.1	GENERELT	7
2.2	STRAFFELOVKOMMISJONEN	7
2.3	DEPARTEMENTET	10
2.4	JUSTISKOMITEEN.....	11
3	DE MATERIELLE VILKÅRENE	12
3.1	INNLEDNING.....	12
3.2	“SELV OM STRAFFESKYLD ANSES BEVIST”	12
3.3	“HELT SÆRLIGE GRUNNER”	13
3.4	“URIMELIG TILLEGGSELASTNING FOR LOVBRYTEREN”	14
3.5	“HENSYNET TIL STRAFFENS FORMÅL OG VIRKNINGER FOR ØVRIG”	15
3.6	“KAN”	17
3.7	EN SAMMENLIGNING MED PÅTALEUNNLATELSE	19
4	NÆRMERE ANALYSE AV TYPETILFELLER	22
4.1	FORUTGÅENDE OG SAMTIDIGE OMSTENDIGHETER VED HANDLINGEN	22
4.2	ETTERFØLGENDE OMSTENDIGHETER	27
4.3	SÆRLIG OM UAKTSOM FORVOLDELSE AV NÆRSTÅENDES DØD	29
5	ALTERNATIVER TIL STRAFFUTMÅLINGSFRAFALL	32
5.1	INNLEDNING.....	32
5.2	AKTSOMHETSNORMEN.....	32
5.3	FORMILDENDE OMSTENDIGHETER.....	36
5.4	STRAFFUTMÅLINGSUTSETTELSE.....	37
6	STRAFFUTMÅLINGSFRAFALL I LYS AV MAKTFORDELINGSPRINSIPPET	39
6.1	INNLEDNING.....	39
6.2	LOVGIVENDE OG DØMMENDE MAKT.....	39
6.3	UTØVENDE OG DØMMENDE MAKT	41
7	OPPSUMMERING	46
	KILDEREGISTER	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Den nye straffeloven trådte i kraft 1. oktober 2015 og avløste straffeloven fra 1902. Et av spørsmålene som meldte seg i arbeidet mot en ny straffelov var om loven skulle inneholde en egen bestemmelse som ga domstolene adgang til å unnlate å utmåle straff på generelt grunnlag. Forslaget ble diskutert av Straffelovkommisjonen i tre delutredninger og til slutt vedtatt av Stortinget og innlemmet i den nye straffeloven som §61.

Bestemmelsen om straffutmålingsfravall tillegger domstolen kompetanse til å unnlate utmåling av straff med endelig virkning i saker hvor siktede er skyldig. En slik mulighet har man i norsk rett ikke hatt før vedtakelsen av §61. Slik sett er bestemmelsen en prinsipiell nydannelse, og reiser en del spørsmål omkring hvilken kompetanse den *egentlig* har tillagt domstolene. Et problem som melder seg er hvordan den kan forenes med blant annet maktfordelingsprinsippet.

Illustrerende for problemstillingen er departementets¹ uttalelse i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004):

”Det vil neppe skje ofte at retten mener at straffutmålingsfravall er den rette reaksjon. De fleste saker hvor dette kunne ha vært den riktige reaksjon vil ha endt med påtaleunntatelse og dermed aldri bringes inn for retten. *Men unntaksvis vil retten kunne vurdere situasjonen annerledes enn påtalemyndigheten.*”² (min uth.)

Sett fra en annen side åpner bestemmelsen for at domstolene kan la vær å straffe en handling som lovgiver har bestemt skal være straffbar. Selv om det er vanskelig for lovgiver å forutse alle tilfeller som kan komme opp for domstolen, kan det diskuteres om denne oppgaven til å unnlate å straffe i en sak hvor alle straffbarhetsvilkårene foreligger bør legges til domstolene. Bestemmelsen fremstår i så måte som en kompetanse for domstolen til å korrigere urimelige utfall av straffelovgivningen.³

¹ Justis- og beredskapsdepartementet (heretter departementet)

² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 458

³ Se også Lånke s. 162

Under høringsrundene var det flere instanser som uttrykte sin skepsis til denne nydannelsen, og det ble særlig påpekt at grensen mellom det straffbare og det straffrie sto i fare for å viskes ut dersom bestemmelsen ville bli en realitet.⁴ Bakgrunnen for bekymringen synes å basere seg på diskusjonen om hvorvidt domskonklusjonen skulle lyde på frifinnelse, eller om tiltalte skulle bli kjent skyldig men utmåling av straff ble frafalt. Som vi skal se er vedtakelsen av en domskonklusjon på skyldig imidlertid fortsatt ikke uproblematisk om man løfter blikket til overordnede prinsipper som bestemmelsen synes å utfordre.

En slik nydannelse som §61 reiser først og fremst spørsmål om når bestemmelsen kan anvendes, og hva som er bakgrunnen for en generell hjemmel til å frafalle utmåling av straff. Hovedfokuset i dette henseende vil være å avklare og utfylle gjeldende rett. Lovtekstens vilkår og anvendelsesområde på bakgrunn av forarbeider og motiver vil herunder bli grundig gjennomgått. Særlig departementets proposisjon fra 2004⁵ og justiskomiteens innstilling fra 2005⁶ vil bli brukt aktivt i oppgaven ettersom disse befinner seg nærmest vedtakelsen. Straffelovkommisjonens delutredninger gir også en viss veiledning, og disse vil bli nevnt i den grad de bidrar til klarlegging av gjeldende rett.

Fordi det dreier seg om en ny bestemmelse finnes det naturlig nok ikke mye rettspraksis hvor bestemmelsen er anvendt av domstolene. Av denne grunn vil jeg se hen til overordnede hensyn og prinsipper der de tradisjonelle juridiske kildene ikke gir nok veiledning. Også lovbestemmelser og rettspraksis som tar stilling til likeartede vurderingstemaer som §61 legger opp til vil bli undersøkt.

I forlengelsen av bestemmelsens anvendelsesområde, er det grunn til å spørre om det egentlig er behov for en slik bestemmelse som §61 er. Dersom de tilfellene bestemmelsen tar sikte på allerede er tatt høyde for lovgivningen, vil behovet for en generell hjemmel til å frafalle utmåling av straff kanskje ikke være like stort. Jeg vil i dette henseende undersøke alternative løsninger til §61, og også om det finnes eldre rettsavgjørelser hvor §61 *kunne* vært brukt, for å se hvorledes rettspraksis tar stilling til slike tilfeller.

Bestemmelsens utforming og den skjønsmessige kompetansen den har tillagt domstolen medfører også noen prinsipielle utfordringer i forholdet mellom lovgivende, dømmende og utøvende makt. Spørsmålet i denne anledning vil være om bestemmelsen medfører en

⁴ NOU 2002:4 s. 232

⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

⁶ Innst. O. nr. 72 (2004-2005)

forrykning av maktbalansen mellom disse institusjonene. Her vil jeg anvende generelle overordnede hensyn og særlig de prinsippene som gjelder for påtalemyndighetens virksomhet.

1.2 Avgrensninger

Ettersom straffutmålingsfravall er mest aktuell i de tilfellene det er begått ett lovbrudd, vil fokuset i oppgaven være på de straffbare forholdene som alene knytter seg til §61 og ikke andre straffbare forhold som samme gjerningsperson har utført. Det vil derfor avgrenses mot tilfeller av konkurrens, og herunder §61 tredje ledd som nettopp stadfester at straffutmålingsfravall i konkurrenstilfellene kan kombineres med ubetinget fengsel eller bot dersom det skal idømmes en felles straff.⁷

Det vil av denne grunn også bli avgrenset mot påtaleunntatelse av prosessøkonomiske grunner ettersom dette er en strafferettslig reaksjon som knytter seg til tilfeller hvor samme gjerningsperson har begått *flere* straffbare forhold.⁸

1.3 Den videre fremstilling

Opgaven inneholder en rettsdogmatisk og en rettspolitisk del. Som det vil fremgå i det følgende utgjør kapittel 2, 3 og 4 den rettsdogmatiske delen, og er systematisk plassert først for å gi leseren et overblikk over bestemmelsen før det tas fatt på den rettspolitiske vurderingen i kapittel 5, 6 og 7.

I oppgavens kapittel 2 vil jeg ta for meg bakgrunnen for bestemmelsen med utgangspunkt i forarbeidene. Deretter vil jeg i kapittel 3 vurdere lovbestemmelsens materielle vilkår, og hva som skal til for at reaksjonen med straffutmålingsfravall skal kunne ilegges. I kapittel 4 vil det bli foretatt en nærmere analyse av typetilfeller, for å avklare mer konkret i hvilke tilfeller bestemmelsen kan anvendes og hva som er bakgrunnen for dette.

Kapittel 5 vil være en drøftelse av behovet for bestemmelsen, herunder om det er behov for en slik generell bestemmelse eller om lovgivningen er tilfredsstillende uten §61. De prinsipielle utfordringene som oppstår vil til slutt bli gjort rede for i kapittel 6, og her vil forholdet til

⁷ Se §61 tredje ledd som gir §60 andre ledd tilsvarende anvendelse

⁸ Se straffeprosessloven §70

maktfordelingsprinsippet stå i fokus. Avslutningsvis og i kapittel 7 vil jeg foreta en samlet oppsummering.

2 Bakgrunnen for bestemmelsen

2.1 Generelt

I straffeloven 1902 var regelen at dersom påtalemyndigheten hadde fremmet en straffesak, og samtlige straffbarhetsvilkår var oppfylt, måtte retten ilegge tiltalte en straff.⁹ Etter §52 nr. 1 kunne retten imidlertid, selv om alle straffbarhetsvilkårene var oppfylt, *utsette* å utmåle straff. En slik straffutmålingsutsettelse var betinget av at domfelte ikke begikk noen ny straffbar handling i en prøvetid, og at angitte vilkår ble overholdt dersom slike ble satt av retten.^{10 11} Straffutmålingsutsettelse førte slik sett til at, dersom betingelsene ble overholdt, domfelte i realiteten ikke fikk noen straff.

Straffeloven av 1902 hadde imidlertid spesielle straffritaksgrunner hvor retten etter en skjønnsmessig vurdering kunne frita for straff, selv om det forelå en rettsstridig handling. Med hjemmel i §228 tredje ledd kunne retten for eksempel frita for straff dersom det forelå en legemsfornærmelse utøvd ved retorsjon og provokasjon.¹² Domskonklusjonen hvor slike ”straffritaksgrunner” kom til anvendelse skulle i tilfelle gå ut på frifinnelse.¹³

Disse straffritaksgrunnene ga henvisning på konkrete situasjoner hvor retten kunne frita for straff, men hjemlet ikke noen generell adgang til å gi straffritak. En slik generell bestemmelse ble imidlertid foreslått av Straffelovkommisjonen i deres arbeid på vei mot en ny straffelov.

2.2 Straffelovkommisjonen

Tanken om en bestemmelse om det som i dag er vedtatt som §61 begynte allerede i Straffelovkommisjonens delutredning I¹⁴. Det ble her foreslått å innføre en generell adgang

⁹ Straffeloven 2005, alminnelige bestemmelser, kommentarutgave (2015), kommentarer til §61 ved Magnus Matningsdal

¹⁰ Se straffeloven 1902 §53 nr. 1

¹¹ Straffutmålingsutsettelse er videreført i straffeloven 2005 §60, jf. §34

¹² Se også straffeloven 1902 §§195 og 196 om adgangen til straffritak ved seksuell omgang med mindreårige dersom de som hadde hatt den seksuelle omgangen var ”omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling”.

¹³ Se Rt. 1964 s. 192 (kjm.utv.)

¹⁴ NOU 1983:57

for domstolen til å frita for straff etter mønster fra den svenske bestemmelsen om ”påføljelseftergift” i brottsbalken kap 33 § 4.¹⁵

Om bakgrunnen for forslaget uttalte Straffelovkommisjonen:

”Etter Straffelovkommisjonens mening kan det være grunn til å gi domstolene en alminnelig adgang til etter en helhetsvurdering å sette ned straffen under det lavmål som måtte være bestemt for handlingen, eller til en mildere straffart (fra fengsel til bot). *Mye kan tale for også å gå et skritt videre og gi domstolene en alminnelig adgang til etter en helhetsvurdering å frita helt for straff når særegne omstendigheter ved saken gjør det ønskelig.*”¹⁶ (min uth.)

Begrunnelsen for forslaget var hensiktsmessighet- og rimelighetshensyn, og bestemmelsen var ment å begrenses til unntakstilfeller. Det ble pekt på at etterfølgende forhold kunne ha oppstått i saken, som ikke var kjent for påtalemyndigheten på tidspunktet det ble reist sak. Kommisjonen uttalte videre at en regel om straffritak ville ”... kunne virke som et korrektiv til påtalemyndigheten, dersom det er reist sak hvor dette ikke burde Vært gjort”, og trakk linjer til at påtalemyndigheten har den samme adgangen i form av påtaleunntatelse.¹⁷

Selv om forslaget ble beskrevet som en straffritaksregel og en del av straffespørsmålet skulle domskonklusjonen lyde ”skyldig”, men ingen straff ble utmålt.¹⁸ Det ble også presisert at en generell adgang til å frita for straff ville kunne erstatte flere konkrete enkeltbestemmelser om straffritak, for eksempel straffritak for den som har handlet etter ordre av overordnet.¹⁹

Straffritaksregelen foreslått i delutredning I møtte imidlertid motstand fra flere hold i høringsrunden, og kjernen i problematikken synes å ligge i domskonklusjonen. Ved at ingen straff blir ilagt, samtidig som domfelte blir kjent skyldig, gir det på sett og vis uttrykk for at det er påtalemyndighetens avgjørelse om å reise sak som er uriktig, og ikke dens vurdering av om vilkårene for å *straffe* er tilstede. Illustrerende er uttalelsen fra Agder lagmannsrett, hvor det ble påpekt at en slik regel

”åpner i prinsippet for en alminnelig kompetanseoverlapping i forholdet mellom den utøvende og dømmende makt som i og for seg kan åpne muligheten for domstolene til

¹⁵ NOU 1983:57 s. 138

¹⁶ NOU 1983:57 s. 239

¹⁷ NOU 1983:57 s. 239

¹⁸ NOU 1983:57 s. 239

¹⁹ NOU 1983:57 s. 141

å omgjøre avgjørelser av rent påtalemessig karakter. Denne mulighet innebærer en kime til kompetansestrid som bør unngåes. En skjønnsmessig adgang for domstolene til å fritas selv om straffbarhetsbetingelsene foreligger, bør derfor - som nå - begrenses til bestemte situasjoner og forøvrig på vilkår som loven fastsetter”.²⁰

I delutredning V²¹ viderefører Straffelovkommisjonen derfor forslaget i delutredning I med den endring at domskonklusjonen skulle gå ut på frifinnelse. Forslaget ble inntatt som ny §86 andre ledd, og var del av en bestemmelse som i tillegg hjemlet spesielle straffritaksgrunner.²²

Som svar på høringsinstansenes innvendinger fremhevet kommisjonen at slik regelen var formulert og forutsatt praktisert ville det ikke være noen fare for kompetansestrid.²³ Uttalelsen kan tolkes dithen at kommisjonen mente endringen av domskonklusjonen førte til at bestemmelsen teknisk sett var en *fritaksgrunn*, og slik sett fikk ikke domstolen en mulighet til å omgjøre avgjørelser av påtalemessig karakter.

Det ble forutsatt at bestemmelsen skulle praktiseres som en sikkerhetsventil i ”... særlige tilfeller hvor retten etter en helhetsvurdering mener at siktede bør fritas helt for straff.”²⁴

Videre ville den være aktuell i tilfeller hvor det foreligger straffnedsettelsesgrunner, men retten finner at omstendighetene i saken tilsier at straff overhodet ikke bør idømmes.²⁵

Sentralt i begrunnelsen for å innføre den generelle straffritaksregelen sto også fordelene som lå i å utvide domstolenes kompetanse ved reaksjonsfastsettelsen.²⁶

Spørsmålet om en generell straffritaksregel ble igjen vurdert av kommisjonen i delutredning VII²⁷ hvor kommisjonen delte seg i et flertall og et mindretall hva gjelder innføringen av regelen. Flertallet uttalte at det var:

”... prinsipielt betenkelig å gi domstolene en helt generell og skjønnsmessig adgang til å velge mellom domfellelse eller frifinnelse i den konkrete saken. Selv om regelen som ble foreslått i tidl. utk. § 86 andre ledd, ville høre til straffespørsmålet, er det en fare for at anvendelsen av den ville kunne bidra til å viske ut grensen det bør være mellom straffbare og straffrie handlinger. Bortsett fra de konkrete unntakene som

²⁰ NOU 1992:23 s. 212

²¹ NOU 1992:23

²² NOU 1992:23 s. 214-215

²³ NOU 1992:23 s. 214

²⁴ NOU 1992:23 s. 214

²⁵ NOU 1992:23 s. 215

²⁶ NOU 1992:23 s. 215

²⁷ NOU 2002:4

følger av utk § 3-16, *bør følgen av en overtredelse være at lovbryteren finnes skyldig*. En annen sak er at straffereaksjonen i slike tilfeller kan gå helt ned til minimum.²⁸ (min uth.)

Problematikken som påpekes av kommisjonen mynter igjen på diskusjonen omkring domskonklusjonen. Dersom domstolen i det konkrete tilfelle kan velge mellom frikjennelse eller domfellelse, selv om alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt, vil det kunne bidra til uklarhet om hva som anses som straffbart og ikke. En domskonklusjon på frifinnelse vil nettopp gi signaler om at handlingen som er foretatt *ikke* er straffbar. En slik uklarhet vil være uheldig på et lovbundet område som strafferetten, og ikke være særlig forutberegnelig.

Dette synspunktet påpekes også av flertallet når det uttales at regelen kunne føre til uheldig rettulikheter ettersom forutsigbarheten av domstolens avgjørelser reduseres ved en slik skjønsmessig regel.²⁹ På grunnlag av dette forkastet flertallet forslaget fra de tidligere delutredningene om å innføre en generell straffritaksregel.

Mindretallet på sin side mente behovet for en generell fritaksregel var tilstedeværende ettersom det ville kunne stenge for rimelige avgjørelser i enkelttilfeller dersom straffelovgivningen sto uten en mulighet til å komme frem til en forstandig løsning i den enkelte saken.³⁰ Selv om det ikke eksplisitt blir fremhevet av mindretallet, tolker jeg det slik at de mente domskonklusjonen i tilfellet skulle lyde på frifinnelse.

2.3 Departementet

I Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) legger departementet frem en ny strafferettslig reaksjon ved navn straffutmålingsfravall. I motsetning til Straffelovkommisjonens forslag i delutredning V og mindretallet i delutredning VII fører reaksjonen til at siktede blir kjent skyldig men det fastsettes verken straff, prøvetid eller vilkår.³¹

Sentralt i begrunnelsen for forslaget står hensynet til ikke å viske ut grensen mellom det straffbare og det straffrie, som også ble påpekt av kommisjonens flertall i delutredning VII. Løsningen blir dermed en form for avkall på å utmåle straff som er betingelsesløs.

²⁸ NOU 2002:4 s. 232

²⁹ NOU 2002:4 s. 232

³⁰ NOU 2002:4 s. 232

³¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 110

Som eksempel på tilfeller hvor bestemmelsen kan tenkes brukt blir det nevnt situasjonen hvor en siktet person krever rettens avgjørelse etter straffeprosessloven §71, og hvor retten finner at handlingen er straffbar, men så unnskyldelig at det ikke er rimelig å fastsette straff.³² Det blir også vist til at bestemmelsen kan tenkes brukt ved barmhjertighetsdrap.³³

2.4 Justiskomiteen

Den nye regelen foreslått av departementet fikk tilslutning i Innst. O nr. 72 (2004-2005). Flertallet i komiteen utformet imidlertid lovteksten i tre ledd, hvorav hensyn som skal vektlegges i den skjønsmessige vurderingen fremkommer av andre ledd. Et mindretall støttet forslaget men mente paragrafens andre ledd burde sløyfes. Innledningsvis i merknadene til bestemmelsen uttaler flertallet at

”[o]rdningen med straffutmålingsfravall tar særlig sikte på uaktsomme handlinger hvor resultatet har rammet gjerningspersonen meget hardt ... Men hensynet til å gi gjerningspersonen en rettferdig reaksjon er ikke det eneste hensyn som bærer straffen og straffeforfølgningen. Selv om man vil mene at utmåling av straff vil virke som en urimelig tilleggsbelastning for lovbrøyteren, er det et krav for å anvende straffutmålingsfravall at heller ikke hensynet til allmennprevensjonen eller straffens evne til å opprettholde den sosiale ro tilsier at det må utmåles en reaksjon.

Gjerningspersonens utviste skyld skal etter flertallets mening tillegges vekt ved denne vurderingen.”³⁴

I denne anledning presiserer komiteen at bestemmelsen ikke skal benyttes i saker om overlagt drap, og det understrekes både av flertallet og mindretallet at drap i form av aktiv dødshjelp og barmhjertighetsdrap ikke er rettmessig. Uttalelsene synes som et svar på utsagnet som ble gitt av departementet i proposisjonen fra 2004.

³² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 109

³³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 110 og 458

³⁴ Innst. O nr. 72 (2004-2005) punkt 8.2

3 De materielle vilkårene

3.1 Innledning

Straffeloven §61 lyder:

”Straffutmålingsfrafall

Selv om straffeskyld anses bevist, kan retten, når helt særlige grunner tilsier det, frafalle å utmåle straff.

Ved avgjørelsen om det foreligger helt særlige grunner skal det spesielt legges vekt på om utmåling av straff vil virke som en urimelig tilleggsbelastning for lovbrysteren, og heller ikke hensynet til straffens formål og virkninger for øvrig tilsier at det utmåles en reaksjon.

§ 60 annet ledd gjelder tilsvarende.”

Bestemmelsen er en hjemmel for domstolene til med endelig virkning å frafalle utmåling av straff. Endelig virkning i den forstand at det ikke fastsettes noen prøvetid eller andre betingede vilkår som tiltalte må overholde for å slippe straff. Lovteksten er generelt utformet, og vurderingen av om straff skal frafalles er ikke knyttet til bestemte forhold som må foreligge. Leser man lovteksten isolert kan bestemmelsen således tenktes brukt på alle handlinger så fremt det foreligger ”helt særlige grunner”.

Straffutmålingsfrafall slik den er vedtatt er en strafferettslig reaksjon³⁵, og regnes som en mildere reaksjon enn straffutmålingsutsettelse³⁶. Slik sett er straffutmålingsfrafall den mildeste formen for reaksjon i den nye straffeloven.

3.2 “Selv om straffeskyld anses bevist”

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at retten kan frafalle å utmåle straff *selv om* den finner det bevist at tiltalte er skyldig i en straffbar handling. Dette vil si at bestemmelsen forutsetter straffeskyld bevist dersom den skal komme til anvendelse.

³⁵ Se straffeloven §30 bokstav b

³⁶ Se straffeloven §60

3.3 “Helt særlige grunner”

For at retten skal kunne frafalle utmåling av straff må det foreligge ”helt særlige grunner”. Ved avgjørelsen av om det foreligger helt særlige grunner, skal det etter bestemmelsens andre ledd spesielt legges vekt på særskilte opplistede momenter.

Formuleringen som brukes i andre ledd om at det ”*spesielt* skal legges vekt på” tyder på at listen ikke er uttømmende, og at meningen er at også andre momenter skal få plass i den skjønnsmessige vurderingen første ledd legger opp til. Tolkningen støttes av flertallet i justiskomiteen sine merknader til bestemmelsen, hvor det uttales at

”... annet ledd ikke er ment som en uttømmende oppregning av hvilke hensyn som kan vektlegges ved vurderingen av om straffutmålingsfravall skal benyttes. De momentene som nevnes i bestemmelsen utgjør imidlertid så tungtveiende momenter at det er vanskelig for flertallet å tenke seg straffutmålingsfravall brukt hvis vilkårene ikke er oppfylt.”³⁷

Momentene i andre ledd er således tungtveiende, men ikke avgjørende. Spørsmålet blir derfor hva som kan være andre helt særlige grunner enn de som er nevnt i andre ledd.

Ordlyden av *helt* særlige grunner tilsier at terskelen for å anvende bestemmelsen er høy. Dette presiseres også av departementet når det uttales at bestemmelsen skal være en ”svært snever unntaksregel”.³⁸ Med andre ord må det foreligge helt spesielle omstendigheter i saken.

Av proposisjonen fremgår det videre at bestemmelsen tar sikte på handlinger som er så ”... unnskyldelig at den ikke bør rammes med noen straffereaksjon ...”.³⁹ Uttalelsen kan tolkes både som at handlingen er ”unnskyldelig” fordi lovbruddet er av ubetydelig karakter og at gjerningspersonens klanderverdighet er liten.

Sammenhengen mellom bestemmelsens første og andre ledd tilsier imidlertid at hvorvidt handlingen er av ubetydelig karakter ikke har nevneverdig vekt – en ubetydelig lovovertrødelse vil sjeldent føre til at straffen vil virke som en urimelig *tilleggs*belastning for lovbyrteren. Også justiskomiteens henvisning til uaktsomme handlinger peker i retning av at

³⁷ Innst. O. nr. 72 (2004-2005) punkt 8.2

³⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 458

³⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 110

det sentrale er gjerningspersonens utviste skyld, og derav også graden av klanderverdighet.⁴⁰ Likevel er det viktig å ha i mente at vurderingen av om helt særlige grunner foreligger er en helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen vil naturlig nok hvilket lovbrudd det er snakk om få betydning.

Et annet moment som blir fremhevet av departementet er at handlingen samtidig kan være ”... ytterst situasjonsbestemt slik at verken prøvetid eller vilkår har noe for seg.”⁴¹ Uttalelsen trekker i retning av at det er omstendigheter ved og rundt handlingen som gjør situasjonen spesiell for denne type lovbrudd. Bestemmelsen vil derfor ikke ta sikte på tilfeller der lignende lovbrudd har vært begått av gjerningspersonen før. Særlig presiseringen om at handlingen er *ytterst* situasjonsbestemt etterlater inntrykk av at lovbruddet er av en slik karakter at det ikke ville inntruffet om det ikke hadde vært for den spesielle situasjonen som forelå.

En rimelighetsvurdering av lovbruddets karakter og graden av skyld som er utvist synes således som det sentrale i om ”helt særlige grunner” foreligger.

3.4 “Urimelig tilleggsbelastning for lovbrøyteren”

Etter §61 andre ledd skal det ved avgjørelsen av om det foreligger helt særlige grunner legges spesielt vekt på om ”utmåling av straff vil virke som en urimelig tilleggsbelastning for lovbrøyteren”. Ordlyden tilsier at dersom gjerningspersonen ilegges straff vil dette i noen tilfeller medføre en belastning for vedkommende som ikke er forholdsmessig sammenlignet med lovbruddet som er begått, og hvordan dette har rammet gjerningspersonen. Hvordan gjerningspersonen er påvirket av handlingen vil dermed få en sentral betydning.

Lignende betraktninger kan utledes av justiskomiteens innstilling hvor det fremgår at straffutmålingsfracfall tar sikte på handlinger hvor ”... resultatet har rammet gjerningspersonen meget hardt.” Videre blir det eksemplifisert med et tilfelle hvor ”... gjerningspersonen ved et øyeblikks uoppmerksomhet har rygget over og drept sitt barn.”⁴² Tanken er her at handlingen har fått et så tragisk resultat at det vil kunne virke urimelig å ilegge gjerningspersonen en straffereaksjon i tillegg.

⁴⁰ Se uttalelsen i kapittel 2.4

⁴¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 110

⁴² Innst. O. nr. 72 (2004-2005) punkt 8.2

Med andre ord vil bestemmelsen kunne anvendes i de tilfellene hvor handlingen gjerningspersonen har utført har rammet vedkommende så hardt at dette er en straff i seg selv. Belastningen som gjerningspersonen blir påført rettferdiggjør således frafallelse av straffen.

Imidlertid er det flere hensyn som bærer straffeforfølgningen, og disse må veies opp mot hensynet til å gi gjerningspersonen en rettferdig reaksjon.⁴³ Selv om illeggelse av straff vil kunne virke som en urimelig tilleggsbelastning for gjerningspersonen, vil straffens formål og herunder særlig allmennprevensjonen kunne tilsa at det utmåles en reaksjon. Dette er også noe lovgiver har tatt høyde for når det i det videre presiseres at ”heller ikke hensynet til straffens formål og virkninger for øvrig tilsier at det utmåles en reaksjon”.

3.5 “Hensynet til straffens formål og virkninger for øvrig”

Spørsmålet om hva som er straffens formål er også et spørsmål om hvorfor vi straffer lovovertridere. Når staten påfører borgerne en tilsiktet lidelse, som straff er, kreves naturlig nok en begrunnelse for *hvorfor*.⁴⁴

Det kan anses som et paradoks at staten skal kunne utsette lovbrøyttere for en behandling som i utgangspunktet er uakseptabel, som reaksjon på et lovbrudd. Likevel regnes dette som legitimt i dagens samfunn, og vil kunne påstås å være nødvendig. At straff er inngripende er det ingen tvil om, men for å kunne håndheve rettsreglene må det tas i bruk midler for at dette målet skal nås. Når straffen brukes som et slikt middel har dette også noe å gjøre med hvilke *virksomheter* straffen fører med seg. På denne måten henger straffens formål sammen med dens virkninger for øvrig. Spørsmålet er dermed hva som egentlig er begrunnelsen for å illegge straff.

Tradisjonelt har straff blitt begrunnet og legitimert ut ifra hensynet til allmenn- og individualprevensjonen. Allmennprevensjonen retter seg mot allmennheten, og skal forebygge kriminalitet på et samfunnsnivå.⁴⁵ Straffetrusselen vil herunder kunne ha en umiddelbar avskrekkende effekt, men også være normdannende i et mer langsiktig perspektiv.⁴⁶

⁴³ Som det også fremheves i Innst. O. Nr. 72 (2004-2005) punkt 8.2

⁴⁴ Straff defineres tradisjonelt som ”... et onde (som) staten tilføyer en lovovertrieder på grunn av lovovertridelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.”, se Grøning, Husabø og Jacobsen s. 8 med videre henvisninger

⁴⁵ Grøning, Husabø og Jacobsen s. 35

⁴⁶ Grøning, Husabø og Jacobsen s. 35

Individualprevensjonen retter seg direkte mot gjerningspersonen, og skal hindre at vedkommende begår nye straffbare handlinger gjennom rehabilitering, avskrekkelse eller fysisk innesperring.⁴⁷

Det har også vært hevdet at gjengjeldelse er en del av straffens formål. I forarbeidene til den nye straffeloven avviser departementet et slikt synspunkt og legger til grunn at straffens formål "... må være å styre atferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelse - prevensjon - som sitt formål.

Prevensjonsformålet er dobbelt: å forebygge uønsket atferd og å *forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje.*"⁴⁸ (min uth.)

Tolker man uttalelsen gir den imidlertid anvisning på at en del av straffens formål faktisk *er* gjengjeldelse – hvis uønsket adferd forekommer vil borgerne kunne reagere med sosial uro dersom staten ikke selv forfølger og straffer lovbrysteren. Slik sett handler straffens formål også om hvordan borgerne faktisk forventer at strafferettssystemet skal reagere på lovbrudd, og dette kan kobles til et gjengjeldelsessynspunkt.⁴⁹ En slikt synspunkt kan igjen bidra til å hindre privat rettshåndhevelse og selvtekt.

Med andre ord kan straffens formål grovt sett betegnes som evnen til å påvirke den enkelte lovovertreder og andre til ikke å begå lovbrudd, og å forebygge sosial uro.

For at straffutmålingsfrfall skal tilkjennes må verken straffens formål og virkninger for øvrig tilsi at det utmåles en reaksjon. I slike tilfeller, hvor verken allmennprevensjonen, individualprevensjonen eller hensynet til å opprettholde den sosiale ro tilsier at det utmåles noen straff, er man etter lovgivers synspunkt i kjerneområdet for når bestemmelsen tenkes brukt.

Illustrerende er eksempelet nevnt på s. 14: Gjerningspersonen har ved et øyeblikks uoppmerksomhet rygget over og drept sitt barn. I slike tilfeller vil den individualpreventive virkningen ofte ikke ha noe for seg. Justiskomiteen uttaler i denne forbindelse at en

⁴⁷ Grøning, Husabø og Jacobsen s. 35-36

⁴⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-78

⁴⁹ Se Grøning, Husabø og Jacobsen s. 40

straffereaksjon i slike tilfeller ”... normalt ikke [vil] ha noen preventiv virkning ut over det handlingens tragiske resultat allerede har prentet inn.”⁵⁰

Dersom man endrer eksempelet til at gjerningspersonen var påvirket av alkohol ved handlingen, vil allmennprevensjonen og hensynet til den sosiale ro derimot tilsa at det reageres med straff.⁵¹ Selv om gjerningspersonen er aldri så like hardt rammet i tilfellet hvor uaktsomheten skyldes alkoholpåvirkning, er det vesensforskjeller mellom de to handlingene ut ifra hensynet til allmennprevensjonen.

Nå kan det anføres at det i utgangspunktet svært sjeldent vil oppstå tilfeller hvor allmennprevensjonen ikke tilsier at det utmåles straff. Ved straffutmålingsfrafall lyder domskonklusjonen riktig nok på skyldig, men frafallelse av straffen kan likevel til en viss grad etterlate inntrykk av at den urettmessige handlingen er mindre straffverdig, og derfor mer legitim enn hvor straff faktisk ilegges. Selv om vi har sett at straffens formål ikke bare bæres av normdannelse og avskrekkelse, har det likevel mye å si for allmennheten hvordan strafferettssystemet reagerer på ulovlige handlinger. Om §61 får denne negative effekten gjenstår å se.

3.6 “Kan”

Dersom gjerningspersonen kjennes skyldig i et lovbrudd er det etter lovtekstens ordlyd opp til rettens skjønn om det skal ilegges straffutmålingsfrafall. Ordlyden av ”kan” tilsier at domstolen har en valgfrihet med hensyn til om straffen skal frafalles.

Likevel begrenser denne valgfriheten for domstolen seg av kravet om at det må foreligge ”helt særlige grunner”. Lovteksten er språklig bygget opp slik at *dersom* det foreligger helt særlige grunner *kan* retten frafalle utmåling av straff. Disse helt særlige grunnene er dermed et vilkår som må være oppfylt før retten kan ta fatt på den skjønsmessige vurderingen av om den skal frafalle utmåling av straff.

Spørsmålet er om domstolen har adgang til å la være å anvende straffutmålingsfrafall selv om det *foreligger* helt særlige grunner.

⁵⁰ Innst. O. Nr. 72 (2004-2005) punkt 8.2

⁵¹ Innst. O nr. 72 (2004-2005) punkt 8.2

At det i det hele tatt er valgt ordet ”kan” fremfor ”skal”, og at lovteksten er formulert slik at ordet fremstår som et selvstendig vilkår, peker i retning av at ”kan” faktisk har en selvstendig betydning. Forarbeidene er imidlertid tause om hvorvidt ”kan” er et selvstendig vilkår ved siden av ”helt særlige grunner”. I mangel av avklaring i forarbeidene og rettspraksis må derfor lovtekstens oppbygging og ord tillegges stor vekt.

Relevant er det også at bestemmelsen legger opp til en høy terskel, og skal være en unntaksregel. Det kan herunder diskuteres om det er denne terskelen som må overvinnnes i ”kan” skjønnet, og at spørsmålet som må stilles er: Dersom helt særlige grunner foreligger i saken, tilsier disse helt særlige grunnene at det ikke er rimelig å fastsette straff?

Imidlertid vil det, dersom ”kan” tillegges selvstendig betydning, føre til at vilkåret om ”helt særlige grunner” mister mye av sin funksjon. Om helt særlige grunner foreligger er jo, i likhet med ”kan”, en skjønnsmessig vurdering. Av juridisk teori kan det herunder vises til Lånke sin artikkel om §61 hvor han konkluderer med at ”kan” i lovteksten skal forstås som ”skal”, ettersom det åpner for vilkårlighet dersom domstolen har en valgfrihet.⁵²

Ser man hen til hvordan problemstillingen er løst i lignende bestemmelser, følger det av rettspraksis at retten ved påstand om provokasjon og retorsjon har en valgfrihet med hensyn til om straffritak skal gis.⁵³ Også i dette tilfelle inneholder lovteksten ordet ”kan”. Selv om vilkårene for provokasjon eller retorsjon er oppfylt, er det med andre ord overlatt til rettens skjønn om provokasjonen eller retorsjonen skal medføre frifinnelse for gjerningsmannen.

Straffeloven §308 regulerer også straffbortfall, men ved seksuell omgang med mindreårige der de som foretar den seksuelle omgangen er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Av bestemmelsen fremgår det at straff ”kan” falle bort dersom vilkårene er oppfylt, og i Rt. 1964 s. 122 har Høyesterett fastslått at lovtekstens vilkår om ”omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling” er kumulative. Videre uttales det i Rt. 2005 s. 1651 at ”... det må foreligge særlige forhold for at det skal bli idømt straff der de som hadde den seksuelle omgangen, var omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.”⁵⁴ Uttalelsen fra Høyesterett tyder på at ordet ”kan” egentlig skal forstås som ”skal” med mindre det foreligger særlige forhold i saken. Slik sett fremstår straffbortfall som hovedregelen dersom bestemmelsens vilkår er oppfylt.

⁵² Lånke s. 164

⁵³ Se blant annet Rt. 1993 s. 1257 hvor Høyesterett på s. 1258 uttaler: ”Etter den beskrivelse som herredsretten har gitt av saksforholdet, kan det heller ikke være tvilsomt at det forelå provokasjon ... Selv om provokasjonshandlingen i dette tilfelle er graverende, finner jeg at den ikke kan føre til frifinnelse ...”.

⁵⁴ Se avsnitt 13

Overført til bestemmelsen om straffutmålingsfracfall inneholder §61 allerede en skjønnsmessig vurdering i vilkåret om ”helt særlige grunner”. Trolig vil det derfor bli lite igjen for retten å vurdere under ”kan” ettersom ”helt særlige grunner” fanger opp det meste av hensyn og omstendigheter som foreligger i den konkrete saken. Hvorvidt retten velger å gi straffutmålingsfracfall vil derfor, som Lånke fremhever i artikkelen, bli vilkårlig hvis ”kan” er et selvstendig vilkår.

Av konsekvenshensyn kan det trekkes frem at ”kan” vil gi domstolen en større skjønnsfrihet enn ”skal”. En slik skjønnsfrihet kan det synes som om flertallet i justiskomiteen prøvde å begrense rekkevidden av når de innførte bestemmelsens andre ledd om *hva* som skulle vektlegges i vurderingen av om ”helt særlige grunner” foreligger. I innstillingen forelå det nemlig uenighet mellom flertallet og mindretallet om akkurat dette punktet, og mindretallet mente man burde være ”... tilbakeholden med i for stor grad å legge føringer på domstolens praktisering av denne regelen. Det kan oppstå tilfeller som er helt særegne og som lovgiver ikke er i stand til å ta høyde for. I slike tilfeller er det viktig at domstolene har et visst handlingsrom.”⁵⁵ På denne bakgrunn mente de bestemmelsens andre ledd burde sløyfes. Flertallet på sin side valgte å innføre bestemmelsens andre ledd, noe som tilsier at de mente domstolens skjønnsfrihet ikke burde utvides i for stor grad.

At argumentene kan trekkes så langt som at ”kan” skal forstås som ”skal” er det imidlertid etter min mening ikke grunnlag for å gjøre når lovgiver bevisst har valgt ordet ”kan”. Drøftelsen gir likevel holdepunkter for å kunne påstå at ”kan” muligens ikke vil få stor selvstendig betydning ved siden av vilkåret om ”helt særlige grunner”.

3.7 En sammenligning med påtaleunntatelse

I forarbeidene blir straffutmålingsfracfall sammenlignet med adgangen påtalemyndigheten har til å gi påtaleunntatelse. Blant annet uttaler departementet at §61 er en parallell til påtaleunntatelse uten betingelser, og at det er ”... nærliggende å knytte vilkårene for straffutmålingsfracfall opp mot vilkårene for påtaleunntatelse”.⁵⁶ For å kaste lys over de materielle vilkårene i §61 vil det dermed være relevant å se hen til hva som ligger i vilkårene for å gi påtaleunntatelse.

⁵⁵ Innst. O nr. 72 (2004-2005) punkt 8.2

⁵⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) henholdsvis s. 458 og 266

Påtaleunntatelse som egen strafferettslig reaksjon⁵⁷ ble innført ved straffeprosessloven av 1887.⁵⁸ Etter gjeldende rett opereres det med to former for påtaleunntatelse – etter oppportunitetsprinsippet og av prosessøkonomiske grunner. Førstnevnte vil bli behandlet nærmere i oppgaven.

Adgangen til å gi påtaleunntatelse etter oppportunitetsprinsippet fremgår av straffeprosessloven §69. For at påtaleunntatelse skal finne sted må straffeskyld anses bevist og det må foreligge ”helt særlige grunner”. Lovteksten er tilnærmet identisk med straffeloven §61. Den eneste forskjellen mellom lovteksten i de to bestemmelsene er at det er forskjellige organ som er tillagt kompetanse til og henholdsvis unntate å påtale handlingen og å frafalle utmåling av straff.

Imidlertid kan det stilles spørsmål om terskelen for om ”helt særlige grunner” foreligger, skal tolkes på samme måte i de to bestemmelsene når en slik skjønsmessig norm av lovgiver er tillagt organer som utøver forskjellige oppgaver innen strafferettsrettspleien.

Riksadvokaten har i rundskriv⁵⁹ gitt visse retningslinjer for når påtaleunntatelse etter oppportunitetsprinsippet kan gis. Disse retningslinjene kan si noe om hva som ligger i ”helt særlige grunner” i straffeprosessloven §69, ettersom en tolkning av selve lovteksten ikke gir mye bidrag utover hva som allerede følger av de identiske ordene i straffeloven §61.

Av individuelle hensyn som kan tilsi unntatelse av straffeforfølgning nevnes blant annet forhold som knytter seg til handlingen, siktedes person eller etterfølgende omstendigheter.⁶⁰ Allmennhetens forventning om at handlingen blir straffet er også et viktig moment i vurderingen av om påtaleunntatelse kan gis, ettersom denne forventningen stiger i takt med handlingens graverende karakter.⁶¹ Dette vil si at de individuelle hensynene må være desto sterkere jo mer graverende forholdet er.

Ser man på straffeloven §61 andre ledd fremgår det at hensynet til straffens formål og virkninger for øvrig ikke må tilsi at det utmåles en reaksjon dersom frafall av straffen skal skje. Allmennhetens forventning om at handlingen blir straffet vil herunder være et viktig

⁵⁷ Se straffeloven §30 bokstav f

⁵⁸ NOU 1983:57 s. 91

⁵⁹ Se rundskriv RA-1989-6

⁶⁰ RA-1989-6 punkt III nr. 2

⁶¹ RA-1989-6 punkt III nr. 2

hensyn dersom man ser på straffens virkninger.⁶² Og selv om de individuelle hensynene i saken kan være sterke, tilsier lovgivers retningslinjer i andre ledd at det skal mye til før slike individuelle hensyn vil vektlegges i favør av straffens virkninger for øvrig. Slik sett kan det argumenteres for at terskelen i ”helt særlige grunner” ligger høyere i straffeloven §61 enn i straffeprosessen §69.

Likevel er det mange likheter mellom momentene som skal tillegges vekt etter straffeprosessen §69 og straffeloven §61. Blant annet uttaler Straffelovkommissjonen at alvorlig sykdom, en særlig vanskelig livssituasjon eller positive endringer i lovbrüterens livsførsel unntaksvis kan begrunne fritak for straff etter regelen.⁶³ Disse forholdene knytter seg til både til siktedes person og etterfølgende omstendigheter, i likhet med i de tilfellene påtaleunntatelse vil kunne anvendes.

Videre er det forutsatt av Riksadvokaten at dersom siktede er ”straffet på annen måte” vil dette være et argument i retning av at påtaleunntatelse kan gis.⁶⁴ Trekker man linjer til straffeloven §61 gir bestemmelses andre ledd uttrykk for at et slik argument også vil være relevant ved straffutmålingsfrfall, jf. ordene ”urimelig tilleggsbelastning”.

Når det gjelder konkrete tilfeller anvendelse av påtaleunntatelse tenktes brukt er det også tilnærmet like tilfeller som kan tenkes å bringe straffeloven §61 til anvendelse. Blant annet understreker flertallet i justiskomiteen at påtalemyndigheten må vurdere om forholdet bør avgjøres med påtaleunntatelse i tilfeller av bilkjøring hvor en av førerens nærmeste dør. Umiddelbart etterpå blir det uttalt at dersom slike tilfeller likevel bringes inn for domstolene, bør det vurderes om det er aktuelt å anvende straffutmålingsfrfall.⁶⁵ Samme retningslinjer er gitt av Riksadvokaten til påtalemyndigheten angående påtaleunntatelse.⁶⁶

⁶² Se oppgavens s. 16

⁶³ NOU 1983:57 s. 239 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 109 hvor departementet mener eksemplene nevnt i NOUen illustrerer godt når bestemmelsen om straffutmålingsfrfall kan tenkes å komme til anvendelse

⁶⁴ RA-1989-6 punkt III nr. 2

⁶⁵ Innst. O nr. 73 (2008-2009) punkt 6.2

⁶⁶ Riksadvokatens brev 10. juli 2009 til statsadvokatembetene med oppsummering av statsadvokatmøtet 2009 punkt 2

4 Nærmere analyse av typetilfeller

4.1 Forutgående og samtidige omstendigheter ved handlingen

Bestemmelsen om straffutmålingsfrafall synes særlig å ta sikte på tilfeller hvor gjerningspersonen kan unnskyldes på grunnlag av omstendigheter *ved handlingen*. Dette fremgår blant annet av forarbeidene hvor det vises til at handlingen kan være ”... så unnskyldelig at den ikke bør rammes med noen straffereaksjon, samtidig som den er ytterst situasjonsbestemt slik at verken prøvetid eller vilkår har noe for seg.”⁶⁷

Som påpekt i kapittel 3.3 kan urimeligheten av å straffe gjerningspersonen i disse tilfellene føres tilbake til *klanderverdigheten* som er utøvd i gjerningsøyeblikket. Samtidig ligger det en begrensning i at straffutmålingsfrafall er en strafferettslig reaksjon og fører til at gjerningspersonen kjennes skyldig. Dette vil si at gjerningspersonen til en viss grad *må* kunne klandres for lovbruddet.

Spørsmålet i dette kapittelet er dermed hvilke omstendigheter som gjør at gjerningspersonen kan klandres for gjerningen som er utført, samtidig som handlingen er så unnskyldelig at den ikke bør rammes med straff.

Innledningsvis er det grunn til å påpeke at justiskomiteens uttalelse om at bestemmelsen særlig tar sikte på uaktsomme handlinger, ikke utelukker at straffutmålingsfrafall kan ilegges ved forsettlige handlinger. Uaktsomme handlinger vil oftere være mindre klanderverdige, men det kan også forekomme at forsettlige handlinger har et unnskyldelig preg.

Med dette som utgangspunkt kan det nevnes at hvorvidt gjerningspersonen har foretatt en handling forsettlig, ikke nødvendigvis vil si at gjerningspersonen har ønsket seg det utfallet handlingen har fått. Det er ikke sjeldent forsettlige handlinger får en uforsettlig følge, eller har et motiv eller en bakgrunn som kan påvirke hvor klanderverdig og unnskyldelig handlingen fremstår.

⁶⁷ Se kapittel 3.3

Lignende betraktninger kan utledes fra de frifinnelsesgrunnene man allerede finner i straffelovgivningen.⁶⁸ Et eksempel kan være provokasjon, hvor det er fornærmedes forutgående krenkelse som legitimerer gjerningspersonens fritak for straff. Tanken er at gjerningspersonen er mindre å klandre fordi fornærmede fremprovoserte lovbruddet. Dersom det foreligger provokasjon er imidlertid utgangspunktet at gjerningspersonen skal *frifinnes*, og av denne grunn vil det aldri bli spørsmål om å ilegge straffutmålingsfrafall for slike tilfeller.

Det kan likevel virke som om det foreligger en overlapp mellom straffutmålingsfrafall og de tilfeller hvor det *tidligere* kunne gis straffritak etter en frifinnelsesgrunn.⁶⁹ Departementet uttaler i denne forbindelse at

”[s]ituasjonen kan ligge slik an at det er ønskelig å få *klarere frem at handlingen er urettmessig*, men hvor det ikke er rimelig å fastsette straff. Da vil retten kunne ilegge den foreslåtte reaksjonen straffutmålingsfrafall i stedet ...”.⁷⁰ (min uth.)

Blant annet fremhever departementet at handlinger som er ”... mindre straffverdige på grunn av et avhengighetsforhold... fortsatt bør ha betydning for *om* lovbrysteren blir straffet.”⁷¹ (min uth). Etter straffeloven 1902 §58 andre punktum kunne gjerningspersonen i et slikt tilfelle *fritas* helt for straff ved forseelser og dersom straffen kunne vært satt til bøter. I lys av forslaget om straffutmålingsfrafall uttaler imidlertid departementet at det ikke ville være nødvendig med en egen regel om straffritak for slike forhold i den nye straffeloven. Bestemmelsen om straffutmålingsfrafall ville få bedre frem at gjerningspersonen var skyldig, men handlingen så unnskyldelig at straff ikke bør fastsettes.⁷²

I tilfeller hvor det foreligger et avhengighetsforhold vil det være gjerningspersonens relasjon til den andre deltaker som gjør handlingen unnskyldelig og mindre straffverdig.⁷³ Hvis en 16-år gammel gutt har utført et tyveri for sin far i den hensikt å skaffe penger til familien som lever under vanskelige kår, vil motivasjonen for handlingen være sitt avhengighetsforhold til sine nærmeste. Like fullt oppfyller handlingen gjerningsbeskrivelsen og er straffverdig, og

⁶⁸ Sml. kapittel 2.1 andre avsnitt

⁶⁹ Dette støttes også av uttalelsene i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) hvor departementet uttaler at behovet for ”straffritaksregler” må ses i lys av forslaget om domstolenes adgang til å frafalle utmåling av straff etter §61. Behovet for slike ”straffritaksregler” var etter departementet syn som følge av §61 noe mindre enn det Straffelovkommisjonen la til grunn, se s. 362

⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 367

⁷¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 364

⁷² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 364-365

⁷³ Det er også forutsatt i straffeloven §80 bokstav c at en slik omstendighet kan føre til at straffen settes under minstestrafen eller til en mildere straffart, og i tillegg er formildende etter §78 bokstav a.

gutten kan fortsatt *klandres* for å ha utført tyveriet. Det oppstår således et motsetningsforhold i klanderverdighet mellom den faktisk utviste skyld i henhold til gjerningsbeskrivelsen og til omstendigheter ved og motivasjonen for handlingen.

For å forklare nærmere kan man grovt sett si at grunnlaget for å kunne holde noen strafferettslig ansvarlig til en viss grad baserer seg på at individet har evne til å avgjøre hvorvidt en handling er riktig eller ikke, og derav også å ta ansvar for sine handlinger. Noen ganger vil derimot evnen til å avgjøre hvorvidt en handling er uriktig kunne bli påvirket og svekket av vår relasjon til noen vi står nær. På denne måten fremstår handlingen som mindre straffverdig fordi gjerningspersonen føler et ”press” til å utføre handlingen. I slike tilfeller vil det ikke være rimelig å straffe gjerningspersonen like strengt som i tilfellene hvor gjerningspersonen ene og alene har valgt å utføre handlingen uten noen form for påvirkning. Likevel anses gjerningspersonen ansvarlig for handlingen, og dette er også uttrykt i lovgivningen ved at gjerningspersonen etter gjeldende rett anses som skyldig, men ikke nødvendigvis ilegges straff.

Et annet særlig interessant tema som knytter seg til omstendigheter forutfor og ved handlingen er barmhjertighetsdrap og aktiv dødshjelp. Departementet bruker nemlig i proposisjonen barmhjertighetsdrap som eksempel på tilfeller hvor §61 kan være aktuell.^{74 75} Det ene eksempelet er hentet fra en sak avgjort med ubetinget påtaleunntatelse i 1948.

Flertallet i justiskomiteen følger opp eksemplifiseringen ved å presisere at saken fra 1948 ”... ikke er dekkende for når lovgiver mener at ordningen med straffutmålingsfrfall kan benyttes.”⁷⁶ En enstemmig komité understreker deretter at ”... drap i form av aktiv dødshjelp og/eller barmhjertighetsdrap, ikke er *rettmessige*.” (min uth.)

Justiskomiteens bruk av ordet ”rettmessig” er interessant når straffutmålingsfrfall som reaksjon forutsetter tilfeller hvor handlingen faktisk *ikke* er rettmessig. Ordvalget gir indikasjoner på at det ikke er utelukket med straffutmålingsfrfall i slike saker.⁷⁷

⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 110 og 458

⁷⁵ Se Myhrer s. 127-128 som mener departementet ”... langt på vei «ba om bråk» i visse politiske miljøer gjennom å nevne medlidenhetsdrap som et eksempel på tilfeller hvor det kunne være aktuelt å bruke reaksjonen.”

⁷⁶ Innst. O. Nr. 72 (2004-2005) pkt. 8.2

⁷⁷ Se også Myhrer s. 128 som mener oppstusset i forarbeidene var noe overraskende ”... all den tid man så sent som på 1990-tallet, utenrettslig ved Kgl. res., ilet en slik reaksjon overfor en lege som med overlegg, og med samtykke, hadde forøvet den håpløst syke pasient livet.”

At flertallet mener saken avgjort i 1948 ikke er dekkende for når straffutmålingsfrafall vil kunne benyttes kan heller ikke sies å gi noen nevneverdige begrensinger i denne tolkningen. Det kan herunder tenkes at lignende saker vil stille seg annerledes.

En viss modifikasjon må likevel tas, når flertallet tydelig gjør det klart at straffutmålingsfrafall ikke skal anvendes i saker om overlagt⁷⁸ drap. Riktignok kan aktiv dødshjelp og barmhjertighetsdrap skje forsettlig, men grensen mellom forsett og overlegg i slike saker kan være vanskelig å trekke.

Dersom en dødssyk pasient ønsker å avslutte et liv omringet av endeløse smerter, må vedkommende som tar livet av pasienten være sikker på at dette faktisk er det endelige ønsket dersom det skal kunne sies å foreligge et barmhjertighetsdrap eller en form for aktiv dødshjelp. På grunnlag av dette må det stilles krav til at vedkommende som ønsker å dø uttrykkelig har bedt om dette, og vedkommende må være samtykkekompetent. Det forutsettes dermed at vedkommende som oftest må foreta visse undersøkelser før beslutningen om å ta pasientens liv tas.

Også dersom pasienten har uttrykt et ønske om å dø over lengre tid, må alternativet om og faktisk ta livet til pasienten ha streifet tankene til vedkommende på et tidspunkt. Slike betraktninger, om vedkommende skal ta livet av den dødssyke pasienten eller ikke, og om pasienten faktisk vil dette, vil nettopp befinne seg i grenseland mellom forsett og overlegg. Barmhjertighetsdrap og aktiv dødshjelp vil dermed i de fleste tilfeller, men ikke alltid, finne sted på grunnlag av en overveiet beslutning.

For å kaste lys over temaet vil rettspraksis og forarbeider som tar opp spørsmålet om barmhjertighetsdrap og aktiv dødshjelp være relevante tolkningsbidrag. Sandsdal-saken blir av justiskomiteen fremhevet i forarbeidene, og i kjennelsen inntatt i Rt. 2000 s. 646 ble en mann dømt for overlagt drap begått ved barmhjertighet. Reaksjonen ble satt til straffutmålingsutsettelse. Av relevans for temaet uttaler Høyesterett:

”Jeg ser det slik at lovgiveren ved å innføre bestemmelsen i § 235 annet ledd i straffeloven, har truffet det bevisste valg at det for en drapshandling som foretas for å befri en håpløst syk fra hans eller hennes lidelser, og som eventuelt også skjer med den dreptes samtykke, kan idømmes en lavere straff enn den som ellers gjelder for drap,

⁷⁸ Overlagt drap er ingen kategori etter straffeloven av 2005, men det fremgår av Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 432 at det også etter den nye straffeloven er straffeskjerpende dersom drapet er begått med overlegg.

men ikke at handlingen skal være *straffri* ... Heller ikke på nødrettsgrunnlag gir loven adgang til å anse den handling A foretok, som *rettmessig*.⁷⁹ (mine uth.)

Høyesterett bruker konsekvent ordene ”rettmessig” og ”straffri” i kjennelsen. Dette sier imidlertid noe om handlingens lovlighet, og ikke om hvilken reaksjon handlingen bør ilegges. Når utfallet i saken likevel blir den mildeste formen for reaksjon som etter daværende straffelov var mulig å ilegge, kan det spørres om dette også kunne vært utfallet dersom en tilsvarende sak var kommet opp etter vedtakelsen av §61. Svaret vil slik sett avhenge av hva Høyesterett legger i ordet ”straffri” – om dette betyr at vedkommende frifinnes, eller om det betyr at gjerningspersonen i utgangspunktet er skyldig, men det ilegges ingen straff.

Til en viss grad tok flertallet i justiskomiteen stilling til spørsmålet når det uttales at fastholdelsen av domsutsettelsen i Sandsdal-saken ikke ”...representerer et alminnelig reaksjonsnivå for handlinger av denne type.”⁸⁰ Uttalelsen kan tas til inntekt for at heller ikke straffutmålingsfrfall kan ilegges for slike type saker, når straffutmålingsutsettelse ikke representerer et *alminnelig* reaksjonsnivå.

På den andre siden uttaler mindretallet at de mener saken ”... fremdeles gir et dekkende uttrykk for gjeldende rett i slike situasjoner. Drap i form av aktiv dødshjelp og/eller barmhjertighetsdrap er ikke rettmessig”. Om mindretallet mener valget av reaksjon også er dekkende for rettstilstanden sies det ikke noe om. Det er imidlertid grunnlag for å kunne konstatere at det er enighet om at den type handlinger ikke er *rettmessige*. Dette understrekes også av Høyesterett i Sandsdal-saken når det uttales: ”Slik jeg ser det, er det vesentlige i denne saken å få fastslått at handlingen er *lovstridig*.”⁸¹ (min uth.) Men som vi har sett leder det ikke alltid til straff at en handling er urettmessig eller lovstridig.

Argumentet mot å la slike handlinger møtes med straffutmålingsfrfall er allmennprevensjonen, og den avskrekkende og normdannende effekten straffen fører med seg. Allmennprevensjonen står således særlig sterkt når det kommer til lovbrudd som forsettlig drap. Av denne grunn kan spørsmålet trolig løses ved bestemmelsens andre ledd, hvor straffens formål er fremhevet som et av de hensynene som ikke må tilsi at straff frafalles.

⁷⁹ Se s. 653

⁸⁰ Innst. O. Nr. 72 (2004-2005) pkt. 8.2

⁸¹ Se s. 654

Videre er det grunn til å trekke frem at temaet om barmhjertighetsdrap og aktiv dødshjelp har vært under diskusjon i Norge over lengre tid. Likevel har lovgiver gitt klart uttrykk for at slike handlinger *er og blir* ulovlige. Av hensynet til lovgivers stadige negative innstilling til å legalisere slike handlinger er det derfor uheldig hvis straffutmålingsfrfall blir anvendt i saker om barmhjertighetsdrap og medlidenhetsdrap når reaksjonen medfører at gjerningspersonen i realiteten slipper straff.

4.2 Etterfølgende omstendigheter

Som nevnt kapittel 3.4 gir lovtteksten i §61 henvisning på at omstendigheter som har inntruffet *etter* handlingen er foretatt vil ha betydning i vurderingen om straffutmålingsfrfall skal gis. Dersom straffen vil virke som en urimelig belastning i tillegg til konsekvensene handlingen allerede har hatt for gjerningspersonen, vil dette være et avgjørende moment i vurderingen av om ”helt særlige grunner” foreligger. Hvilke etterfølgende omstendigheter det her tas sikte på vil derfor få betydning når bestemmelsens anvendelsesområde klarlegges.

I forarbeidene blir alvorlig sykdom, en særlig vanskelig livssituasjon eller positive endringer i gjerningspersonens livssituasjon trukket frem som særegne omstendigheter som kan tilsi fritak for straff.⁸²

Trolig vil nok ikke eksemplene som nevnt i seg selv kunne legitimere at straff frafalles dersom det er begått en handling som er alvorlig. Mer nærliggende er det at gjerningspersonen er rammet særlig hardt av lovbruddet, og *som følge av dette* har pådratt seg en alvorlig sykdom eller blir møtt med en særlig vanskelig livssituasjon. Det er ikke sjeldent personer som uaktsomt har forvoldt en annens død pådrar seg psykiske lidelser, særlig når lovbruddet er begått ved motorvogn.⁸³ Slike etterfølgende omstendigheter vil kunne fremstå som en straff i seg selv, og som departementet fremhever gjør dette seg gjeldende i enda større grad når det er en av gjerningspersonens nærstående som blir drept.⁸⁴

Eksempelet som blir gitt av justiskomiteen om tilfellet hvor gjerningspersonen har rygget over sitt barn fortjener i denne anledning en nærmere presisering.⁸⁵ At aktsomhetsnormen er særlig streng ved rygging er velkjent både fra trafikkreglene og rettspraksis. Blant annet

⁸² Se fotnote nr. 63

⁸³ Se for eksempel Rt. 1994 s. 1678 (560-94)

⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 197

⁸⁵ Se oppgavens s. 14

oppsummerer Høyesterett rettstilstanden i Rt. 2002 s. 1556 som at det ”[g]enerelt knytter ... seg så vidt stor risiko til rygging at det lett vil bli statuert straffansvar ved personskaade dersom skaden ikke kan sies å være et resultat av et ekstraordinært hendelsesforløp utenfor førerens kontroll.”⁸⁶

Når aktsomhetsnormen er såpass streng ved rygging er det vanskelig å se at gjerningspersonen skal være mindre å klandre avhengig av hvem fornærmede er. Dersom man rygger og vet det kan være barn til stede, noe som forståvidt alltid kan være tilfelle, må aktsomhetsnormen kunne sies å være like streng om man skulle treffe sitt eget barn eller en tilfeldig person. Slik sett vil etterfølgende omstendigheter aldri kunne ha betydning for hvor klanderverdig en handling er. At lovgiver særlig fremhever et tilfelle hvor gjerningspersonen har rygget over sitt eget barn viser derfor at omstendigheter som har inntruffet etter handlingen er foretatt har særlig betydning i vurderingen av om bestemmelsen skal kunne anvendes.

Straffritak for tilståelser blir også fremhevet av departementet som eksempel på etterfølgende omstendigheter som gjør at §61 vil kunne anvendes.⁸⁷ Det vil være prosessøkonomisk gunstig å ha en regel som oppfordrer til uforbeholdne tilståelser, samtidig som den markerer at gjerningspersonen ikke blir frifunnet på grunnlag av tilståelsen. Likevel vil en tilståelse neppe føre til at handlingen får et unnskyldelig preg, og det er vanskelig å tenke seg at straffutmålingsfravall vil være utfallet alene på dette grunnlag dersom handlingen er alvorlig. Men en tilståelse i kombinasjon av andre nevnte omstendigheter vil derimot kunne lette både politiet og domstolenes arbeid, samtidig som gjerningspersonen får en rettfærdig reaksjon. Skal rettssystemet fungere er det en forutsetning at lovgivningen bidrar til prosessøkonomiske løsninger, og muligheten til straffutmålingsfravall vil slik sett gi gjerningspersonen et insentiv til å tilstå.

Også for etterfølgende omstendigheter finnes det en relasjon til allerede lovfæstede frifinnelsesgrunner, herunder retorsjon. Ved retorsjon skjer lovbrøyerens krenkelse først, men ettersom fornærmede ”tar igjen” har lovbrøyeren allerede fått en viss ”straff” ved gjengjeldelsen.⁸⁸ Forskjellen på retorsjon og provokasjon er slik sett at ved retorsjon er

⁸⁶ Se s. 1557

⁸⁷ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 364

⁸⁸ Grøning, Husabø og Jacobsen s. 551

krenkelsen lovbyteren foretar like klanderverdig - krenkelsen er ikke fremprovosert men gjengjeldt.

En vesentlig forskjell i begrunnelsen for retorsjon og straffutmålingsfracfall er imidlertid at ved retorsjon kommer gjengjeldelsen fra fornærmede selv. Straffutmålingsfracfall tar derimot sikte på tilfeller hvor den urimelige tilleggsbelastningen, og således ”gjengjeldelsen”, er *utfallet* av handlingen og hvordan dette har innvirket på lovbyteren. I sistnevnte tilfelle er det gjerningspersonen selv som til en viss grad kan klandres for at straffen vil virke som en urimelig *tilleggs*belastning, mens ved retorsjon har fornærmede selv ”gjort opp” forholdet. Begrunnelsen for retorsjon vil derfor kunne fremstå som mer legitim enn når en uskyldig tredjeperson er påført krenkelsen.

4.3 Særlig om uaktsom forvoldelse av nærståendes død

I departementets proposisjon fra 2009 blir uaktsomt drap i trafikken hvor gjerningspersonens nærstående omkommer særlig fremhevet.⁸⁹ Koblingen til gjerningspersonens nærstående synes å ligge i at resultatet i disse tilfellene rammer så hardt at straffen blir avregnet i belastningen som allerede er påført gjerningspersonen.⁹⁰ Slik sett knytter begrunnelsen for frafallelse av straff seg til omstendigheter *etter* den forutgående handlingen.

Løftes blikket til andre bestemmelser i straffeloven ser man at det er straffeskjerpene dersom gjerningspersonen har en relasjon til fornærmede. Dette gjelder særlig ved forsettlige lovovertrædelser, noe straffeloven §282 viser. Det kan derfor fremstå som et paradoks at uaktsomme lovovertrædelser mot gjerningspersonens nærstående skal kunne lates helt straffri.

Imidlertid er det stor forskjell på uaktsomme og forsettlige handlinger. Ved den mildeste formen for forsett har gjerningspersonen valgt å handle selv om han finner det overveiende sannsynlig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen. Ved uaktsomhet *burde* derimot gjerningspersonen vært klar over risikoen. At gjerningspersonen ikke bevisst har utført handlingen kan slik sett bidra til å forklare hvorfor straffutmålingsfracfall særlig er aktuell ved uaktsomme handlinger.

⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 197

⁹⁰ Se også Lånke s. 165

Det finnes videre eksempler i rettspraksis på tilfeller hvor fornærmede har en relasjon til gjerningspersonen og av denne grunn ikke ønsker gjerningspersonen straffet.⁹¹ Dette er naturlig, de fleste vil oppleve det som en ytterligere påkjenning å miste en nærstående til et liv i fengsel. Ikke bare gjelder det for fornærmede, men også for andre nærstående som blir berørt av at gjerningspersonen får en straff.

Det er heller ikke vanskelig å se hvorfor straff vil virke som en urimelig tilleggsbelastning i de tilfeller hvor gjerningspersonens nærstående dør som følge av en uaktsom handling. Praksis fra Høyesterett om straffeloven 1902 §239 viser imidlertid at slike omstendigheter har fått varierende utslag i valget av reaksjon.

I Rt. 1990 s. 211 hadde domfelte kollidert med et vogntog i forbindelse med en forbikjøring. At domfeltes kjæreste døde ble ikke vektlagt av Høyesterett. Om graden av uaktsomhet uttales det i byrettens premisser blant annet at "[d]et oppstilles således krav om en sterk grad av aktsomhet til den forbikjørende bilist, et krav A på *ingen måte* kan ha oppfylt."⁹² (min uth.)

Naturlig nok vil graden av uaktsomhet ha betydning i straffutmålingen, og således også valget av reaksjon. Dette kan til en viss grad forklare hvorfor Høyesterett ikke vektla momentet i dommen fra 1990. At dommen er eldre kan også være en forklaring, og at det i nyere praksis er blitt mer vanlig å vektlegge slike momenter bestemmes om straffutmålingsfrfall gir uttrykk for at lovgiver finner hensiktsmessige.

En slik tendens ser man i Rt. 2004 s. 712 hvor det ble lagt vekt på at det var en av domfeltes beste venner som ble betydelig skadet i ulykken. Sjåføren hadde utvist en alvorlig svikt i de krav som måtte kunne stilles til ham som sjåfør. Interessant i relasjon til §61 er Høyesterett sin uttalelse om at "... det ikke er uvanlig at en trafikkulykke går ut over noen som bilføreren har et nært forhold til, og at ulykken kan påføre føreren ulike former for belastninger. På denne bakgrunn kan de belastninger ulykken har påført A, etter min oppfatning *ikke i seg selv* begrunne en betinget dom, men i kombinasjon med den lange saksbehandlingstiden må dette kunne tillegges en viss vekt"⁹³ (min uth.)

⁹¹ Se blant annet Rt. 2001 s. 143 hvor fornærmede, som var gjerningspersonens farmor, ikke ønsket domfelte straffet for et ran

⁹² Se s. 213

⁹³ Se avsnitt 16

Av nyere praksis kan det også vises til Rt. 2010 s. 1317 hvor domfelte var påvirket av alkohol og hasjij under kjøringen, et tilfelle som nok også må kunne sies å ligge i det øvre sjiktet av uaktsomhet. Høyesterett la imidlertid særlig vekt på at domfelte mistet kjæresten i ulykken, og gjorde en større del av dommen betinget med henvisning til dommen fra 2004.⁹⁴

Uttalelsen fra Høyesterett i 2004 kan tas til inntekt for at belastninger som følge av at noen gjerningspersonen har et nært forhold til omkommer eller blir skadet i en ulykke gjerningspersonen selv er skyld i, ikke i seg selv kan begrunne valget av en mildere reaksjon, men at det til en viss grad kan vektlegges. Om det i denne sammenheng har betydning at det gjaldt en kamerat, og ikke noen som var ”nærstående” slik dette var og er definert etter strl. §1902 og 2005 kan diskuteres. Likevel nevner heller ikke departementet hvordan ”nærstående” skal defineres når det tas utgangspunkt i at §61 kan anvendes i slike tilfeller. Hvorvidt uttalelsen fra Høyesterett legger føringer på hvor nær avdøde må være av gjerningspersonen for at det skal få betydning for om §61 kan anvendes er derfor ikke sikkert.

På den andre siden kan det heller ikke legges for mye i ordet ”nærstående”. For det første er ikke ordet brukt i lovteksten, og det er derfor ikke et vilkår at det er noen av gjerningspersonens nærmeste som dør for at det skal være aktuelt å vurdere straffutmålingsfravall. For det andre, dersom det først skal vektlegges at det er en av gjerningspersonens nærstående som dør bør det av lovgiver gis retningslinjer om hvilke personer som anses som nærstående. Selv om ”de nærmeste” er definert i straffeloven §9, viser dommen fra 2004 at også andre personer enn de som er nevnt her vil kunne regnes som noen gjerningspersonen har et nært forhold til.

⁹⁴ Se avsnitt 34

5 Alternativer til straffutmålingsfrafall

5.1 Innledning

Drøftelsene foretatt i oppgaven gjør det naturlig å spørre om det egentlig er et behov for en slik bestemmelse som straffutmålingsfrafall er. Dette blir igjen et spørsmål om lovgivningen uten §61 er tilfredsstillende dersom slike tilfeller som bestemmelsen tar sikte på skulle oppstå i fremtiden.

For å svare på spørsmålet vil det bli undersøkt om det finnes alternativer som retten kan anvende *i stedet* for straffutmålingsfrafall der vi har sett behovet for en generell hjemmel til å frafalle utmåling av straff melder seg.

5.2 Aktsomhetsnormen

Ifølge straffeloven §23 er den uaktsom som ”... handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides...”. I forarbeidene til §61 blir tilfellet hvor gjerningspersonen har utøvd *et øyeblikks uoppmerksomhet* trukket frem, og klanderverdigheten er som nevnt et moment i vurderingen om §61 kommer til anvendelse.⁹⁵ Vil man derimot kunne si at vedkommende handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden og kan bebreides for dette i disse tilfellene?

En av de bestemmelsene i straffeloven 1902 hvor aktsomhetsnormen har vært gjenstand for atskillig diskusjon er §239. Av forarbeidene til den nye straffeloven fremgår det at bestemmelsen videreføres uten realitetsendringer i straffeloven §281, og det tas derfor utgangspunkt i normen som er etablert i relasjon til straffeloven 1902 §239.⁹⁶

Aktsomhetsnormen i §239 ble diskutert i forbindelse med en lovendring i 2001, hvor det gis uttrykk for at normen skulle lempes i forhold til tidligere.⁹⁷ Departementet uttaler i denne anledning at

”Ikke enhver uaktsomhet bør være straffbar ... Ikke en hvilken som helst overtredelse av trafikreglene kan derfor gi grunnlag for straff etter § 239, selv om den har medført

⁹⁵ Se henholdsvis s. 14 og kapittel 3.3.

⁹⁶ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 195

⁹⁷ Se lovendring 15. juni 2001 nr. 64

et annet menneskes død ... *Et øyeblikks uoppmerksomhet* bør etter departementets mening ikke uten videre føre til domfellelse for uaktsomt bildrap. En bilfører må f.eks. kunne skru på bilens varmeapparat uten at det i seg selv regnes som uaktsomt.”⁹⁸ (min uth.)

Synspunktet som her blir gitt uttrykk for følges opp av Høyesterett i Rt. 2002 s. 190⁹⁹, og avgrensningen mot ”et øyeblikks uoppmerksomhet” blir opprettholdt i flere avgjørelser de påfølgende årene.¹⁰⁰ I HR-2008-1665-A bemerker imidlertid Høyesterett at dersom det er ” ... tale om en situasjon som påkaller en særlig aktpågivenhet, kan ikke en ... feilfordeling av oppmerksomhet anses som tilstrekkelig aktsom”.¹⁰¹

Det er også denne normen som synes å bli fulgt opp av departementet ved innføringen av straffeloven §281 slik at ”... et øyeblikks konsentrasjonssvikt eller uoppmerksomhet i de fleste tilfeller ikke lenger vil være tilstrekkelig til å utløse straffansvar etter straffeloven 1902 § 239 ... rettspraksis fra tiden etter lovendringen i 2001 synes å ha etablert en aktsomhetsnorm som er tilfredsstillende.”¹⁰² Likevel sondres det mellom situasjoner som krever særlig aktpågivenhet og situasjoner hvor det ikke kan stilles krav utover alminnelig aktsomhet. For de førstnevnte tilfeller presiserer departementet, i likhet med modifikasjonen tatt av Høyesterett, at det fortsatt gjelder et strengt krav til aktsomhet.¹⁰³

Forarbeider og rettspraksis viser således at i de tilfellene hvor gjerningspersonen ved *et øyeblikks uoppmerksomhet* har voldt en annens død ikke vil oppfylle skyldkravet i henhold til loven. Lovgivningen oppstiller dermed allerede en tilfredsstillende og rimelig løsning uten §61 for disse tilfellene.

Spørsmålet blir derfor hvordan situasjonen stiller seg for de tilfellene hvor det kreves en særlig aktpågivenhet. Det er tydelig at lovgiver har tenkt seg §61 anvendt på disse tilfellene da justiskomiteen i forarbeidene særlig trekker frem uaktsomhet i relasjon til rygging med

⁹⁸ Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) s. 66

⁹⁹ Se s. 193 og 196

¹⁰⁰ Se blant annet Rt. 2005 s. 586 hvor Høyesterett opprettholder tingrettens vurdering av aktsomhetsnormen (domfellelse), Rt. 2007 s. 1790 (domfellelse), Rt. 2008 s. 620 (domfellelse).

¹⁰¹ Se avsnitt 17

¹⁰² Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 196-197

¹⁰³ Se s. 197

motorvogn.¹⁰⁴ For å svare på spørsmålet kan det ses hen til om det finnes rettspraksis hvor bestemmelsen om straffutmålingsfravall *kunne* vært anvendt.

I LB-2015-18247 ble en mor dømt etter straffeloven 1902 §239. Faktum i saken var at moren hadde latt sine barn bade alene i badekaret i minst fire til fem minutter, og at det ene barnet som følge av dette døde. Reaksjonen ble satt til straffutmålingsutsettelse. Det var dissens om hvorvidt moren hadde opptrådt uaktsomt.

Lagmannsretten mente i dette tilfelle at det burde reageres med den lempeligste form for betinget dom, som etter straffeloven 1902 var straffutmålingsutsettelse. Interessant er det derfor at lagmannsretten i denne forbindelse viser til forarbeidene til §61 og uttaler at "... de er relevante også for valg av reaksjonsform etter gjeldende straffelov."

Hvorvidt retten her mener at lovgiver har gitt uttrykk for at slike handlinger skal bedømmes mildt, eller at dersom straffeloven var trådt i kraft på handlingstidspunktet ville straffutmålingsfravall vært den riktige reaksjonen fremkommer ikke av dommen. I favør den siste tolkningen kan det imidlertid nevnes at flertallet i aktsomhetsvurderingen la særlig vekt på at det ikke var *ekstraordinære forhold* som tok hennes oppmerksomhet vekk fra barna, og at det er knyttet betydelig risiko til å la små barn bade i badekar uten tilsyn av voksne. Slik sett synes det som om det dreide seg om et tilfelle som krever særlig aktpågivenhet, i likhet med tilfellene som blir fremhevet i forarbeidene til §61.

Interessant er det også at flertallet og mindretallet legger samme faktum til grunn, men har ulike oppfatninger om hvorvidt morens handlemåte var uaktsom. Et spørsmål i denne anledning er om mindretallets vurdering av aktsomhetsnormen muligens var påvirket av at det var et av hennes barn som omkom.

For å illustrere problemstillingen kan det vises til to saker fra 1980-tallet.¹⁰⁵ Faktum i de to sakene lå i grenseland for preventiv nødverge, og herunder spørsmålet om hvilke krav som må stilles til angrepets aktualitet. I begge sakene frikjente juryen for drap, selv om det ikke forelå noen akutt situasjon.¹⁰⁶ Det er stilt spørsmål ved om ikke frikjennelsene hadde

¹⁰⁴ Se oppgavens s. 14 og Høyesteretts uttalelse gjengitt på s. 28

¹⁰⁵ Sakene blir omtalt som "Liv-saken" og "Værdal-saken".

¹⁰⁶ Se Grønning, Husabø og Jacobsen s. 451

sammenheng med den vedvarende mishandlingen som begge de tiltalte hadde vært utsatt for.¹⁰⁷

De to sakene viser at omstendigheter rundt handlingen kan ha innvirkning på hvorledes rettsanvendere vurderer vilkårene som loven setter opp. Det er derfor heller ikke utenkelig at etterfølgende omstendigheter kan påvirke hvordan normen for den skyld som er utøvd vurderes i den enkelte sak.

Likevel er det nå slik at dersom man ved uaktsomhet forvolder en annens død, så tilsier loven at straff skal ilegges. Dette utgangspunktet kan ikke få noe annet resultat om det er en mor som mister et barn eller om fornærmede er noen man ikke har en relasjon til. Et menneskeliv er et menneskeliv og terskelen for aktsomhet må legges likt uavhengig av hvem fornærmede er. Skal en slik tankegang fravikes på grunnlag av vurderinger om hvor hardt vedkommende er rammet av en handling vil det kunne medføre vilkårlige avgjørelser, og ikke uten videre fremme rettssikkerheten.

Dommen fra lagmannsretten er kritisert av blant annet Morgenbladets etiker Trond Berg Eriksen og Hans Fredrik Marthinussen i Morgenbladet henholdsvis 31. juli og 28. august. Eriksen uttaler at han er ”usikker på om ... saken hører hjemme i en rettssal, all den tid moren allerede har fått en straff som langt overstiger lovens strengeste for sin uaktsomhet”. Marthinussen stiller spørsmålstegn til at morens ”dypt plagede ... uaktsomhet prioriteres, trolig uten annet enn negative effekter for samfunnet”.¹⁰⁸ Kritikken synes legitim, og forholder seg til rettssystemets prioritering av saker. Likevel ligger det noen av de samme betraktningene til grunn for også denne kritikken, nemlig om prioritering av saker skal basere seg på hvorledes gjerningspersonen er rammet av lovbruddet.

Om mindretallet i dommen fra lagmannsretten mener handlingen ikke er uaktsom på grunnlag av slike betraktninger blir spekulasjoner. Det kan likevel være en fordel for domstolene å ha mulighet til å frafalle utmåling av straff dersom slike ekstraordinære tilfeller oppstår i stedet for og (kanskje) risikere at det lempes på aktsomhetsnormen og i ytterste konsekvens frikjennes.

¹⁰⁷ Grønning, Husabø og Jacobsen s. 451

¹⁰⁸ Funnet på lovdata.no, se merknad til LB-2015-18247 skrevet av Morten Holmboe, sist endret 07.10.15

Risikoen for at aktsomhetsnormen sto i fare for å lempes var også en av grunnene til at departementet mente §61 kunne anvendes på tilfeller av uaktsom rettsuvitenhet¹⁰⁹. Etter straffeloven 1902 var regelen at straffen kunne falle bort eller settes ned dersom rettsvillfarelsen var unnskyldelig.¹¹⁰ I forarbeidene diskuterte departementet om det i den nye straffeloven skulle gis en mulighet til å lempe på aktsomhetsnormen for å komme frem til et rimelig resultat i tilfeller hvor rettsuvitenheten var uaktsom, eller om det skulle gis en egen straffritaksregel.

Hensynet til effektiv rettshåndhevelse var imidlertid et tungtveiende argument mot en for sterk lemping av aktsomhetskravet, og en straffritaksregel ville kunne etterlate tvil med hensyn til om handlingen var rettmessig. Departementet mente på dette grunnlag at regelen om straffutmålingsfrafall ville kunne anvendes i tilfeller hvor rettuvitenheten var uaktsom og ”... dersom forhold i saken gjør det lite rimelig å straffe...”.¹¹¹ På denne måten fikk man både frem signalementet om at handlingen i utgangspunktet er rettsstridig, men på grunn av helt særegne forhold i saken ilegges ingen straff.

Likevel mener jeg det er viktig at rettssystemet baserer seg på tillit. Når jeg i denne relasjon bruker ordet tillit sikter jeg til den forventingen som må kunne stilles til både domstolen, påtalemyndigheten og andre rettsanvendere. Å si at det er behov for en bestemmelse om straffutmålingsfrafall med den begrunnelse at det kanskje kan lempes på aktsomhetsnormen for ekstraordinære eller særegne tilfeller, eller at påtalemyndigheten prioriterer feil saker dersom domstolen ikke har en mulighet til å frafalle straff er på mange måter også betenkelig.

5.3 Formildende omstendigheter

Strafferammene nedfelt i loven angir skranker for domstolene i straffespørsmålet, og det vil i prinsippet foreligge en yttergrense for den straffen lovgiver forutsetter at domstolene skal kunne idømme.¹¹² De bør derfor ikke settes videre enn det som er nødvendig for å unngå at domstolene gis kompetanse til å ilegge straffer som lovgiver ikke har ansett som forstandige.¹¹³ Det kan likevel dukke opp tilfeller som lovgiver på forhånd ikke kunne ha

¹⁰⁹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 235 hvor departementet går inn for at det i lovteksten skal brukes uttrykket ”rettsuvitenhet” fremfor ”rettsvillfarelse”.

¹¹⁰ Se straffeloven 1902 §57

¹¹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 236-237

¹¹² Se NOU 2002:4 s. 106

¹¹³ Se NOU 2002:4 s. 106

forutsett, og straffutmålingsfrafall som *strafferettslig reaksjon* vil i disse tilfellene kunne være en *sikkerhetsventil*.

Imidlertid inneholder straffeloven flere bestemmelser som gir mulighet til å sette ned straffen til et minimum og også omstendigheter som ved straffutmålingen skal vektlegges som *formildende*. Blant annet fremgår det av straffeloven §80 at straffen kan settes under minstestrafen i straffebudet eller til en mildere straffart både i tilfellene hvor lovbryteren har avlagt en uforbeholden tilståelse, har handlet på grunn avhengighetsforhold eller i uaktsom rettsuvitenhet.¹¹⁴ Slike omstendigheter er i tillegg formildende etter straffeloven §78.¹¹⁵

Av sistnevnte bestemmelse fremgår det videre at dersom lovbyteren selv er hardt rammet av lovbruddet eller straffereaksjonen vil bli en sterk belastning på grunn av høy alder, sykdom eller andre omstendigheter, skal dette ved straffutmålingen i formildende retning tas i betraktning.¹¹⁶ Slik sett synes det som om lovgiver gjennom disse bestemmelsene allerede *har tatt høyde for*, og konsekvensene av, at slike tilfeller som straffutmålingsfrafall *tar sikte på å ramme* kan oppstå.

Likevel vil ikke slike formildende omstendigheter føre til at gjerningspersonen fritas *helt* for straff. I det videre skal vi derimot se at straffeloven inneholder et alternativ som i realiteten fører til samme resultat som straffutmålingsfrafall.

5.4 Straffutmålingsutsettelse

I forlengelsen av tilfellene hvor straffen kan settes ned til et minimum inneholder lovgivningen også straffutmålingsutsettelse som en egen strafferettslig reaksjon.¹¹⁷ Om denne formen for reaksjon uttaler departementet at "[r]eaksjonen, som har sterke likhetstrekk med påtaleunntatelse, vil for eksempel være egnet når det *ikke er grunnlag for å frifinne*, men hvor lovbruddet er så *bagatellmessig* eller *unnskyldelig* at det ikke er rimelig eller hensiktsmessig å fastsette noen straff."¹¹⁸ (mine uth.) Det er således tydelig at straffutmålingsutsettelse tar sikte på å ramme mange av de samme tilfellene som straffutmålingsfrafall.

¹¹⁴ Se henholdsvis §80 bokstav a) nr. 2, c) nr. 1 og j).

¹¹⁵ Se §78 bokstav a) og f).

¹¹⁶ Se §78 bokstav g)

¹¹⁷ Se kapittel 2.1 første avsnitt

¹¹⁸ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 265

Videre kan det anføres at dersom lovbrøyteren er hardt rammet av lovbruddet så vil det antakelig være domstols*behandling* og en domskonklusjon på ”skyldig” som vil være den sterkeste påkjenningen, og ikke hvorvidt det løper en prøvetid eller ikke. Straffutmålingsutsettelse fører også slik sett til at gjerningspersonen i realiteten ikke får noen materiell straff så lenge betingelsene overholdes.

Heller ikke med hensyn til strafferegistrering er det noe forskjell mellom de to reaksjonene. Det fremgår nemlig av politiregisterforskriften §44-4 nr. 8 og 15 at både *dom med straffutmålingsfrafall* og betinget dom hvor *fastsetting av straff utstår* skal registreres i reaksjonsregisteret. Hvorvidt gjerningspersonen ilegges straffutmålingsfrafall eller straffutmålingsutsettelse vil således gå ut på det samme hva gjelder konsekvenser en slik registrering fører med seg.¹¹⁹

Og dersom handlingen er så unnskyldelig og situasjonsbestemt at det ikke er rimelig å ilegge straff, hvorfor er det da urimelig å ilegge en straffutmålingsutsettelse med vilkår om ikke å begå noen ny straffbar handling? At handlingen er situasjonsbestemt viser jo at det ikke vil være noe problem for gjerningsmannen å unngå straff ved å overholde betingelsene.

¹¹⁹ Se for eksempel politiregisterloven §41 hvor det fremgår at alle straffer, *andre strafferettslige reaksjoner*, og andre tiltak som er registrert i reaksjonsregisteret som følge av lovbrudd skal anmerkes på uttømmende politiattest

6 Straffutmålingsfracfall i lys av maktfordelingsprinsippet

6.1 Innledning

Maktfordelingsprinsippet utgjør et av de viktigste prinsippene i vår rettsstat. For å unngå maktmisbruk stadfester maktfordelingsprinsippet at makten skal fordeles mellom tre ulike og uavhengige statsorganer, herunder lovgivende, dømmende og utøvende makt.¹²⁰ Den organisatoriske siden til maktfordelingsprinsippet forutsetter at maktinstitusjonene er adskilt fra hverandre.¹²¹ I materiell forstand medfører prinsippet også en saklig avgrensning av hvilke avgjørelser hver av statsmaktene skal kunne foreta seg.¹²² Og selv om det til en viss grad foreligger et samspill mellom de tre statsorganene, er det viktig at deres oppgaver holdes adskilt for å hindre at en maktinstitusjon er enerådig over individets frihet.

I relasjon til straffutmålingsfracfall melder imidlertid spørsmålet seg om dømmende makt er ilagt en kompetanse som går på bekostning av den kompetansen som i utgangspunktet ligger til henholdsvis lovgivende og utøvende makt ved påtalemyndigheten¹²³.

6.2 Lovgivende og dømmende makt

Straffelovgivningen hjemler straff som sanksjon for lovovertredere.¹²⁴ Stortinget har i lovs form nedfelt hvilke handlinger som anses straffbare, og dermed også gitt uttrykk for at slike handlinger skal straffes. Når det uttrykkelig fastslås at "... med bot eller fengsel inntil ... år straffes den som..." bryter et påbud eller forbud, *skal* straff etter ordlyden følge ethvert lovbrudd.¹²⁵ Det er derfor rart gjerningspersonen etter §61 kjennes skyldig i en straffbar handling, samtidig som det det i realiteten gis *fritak fra straff*.

¹²⁰ Grunnloven §§ 3, 49 og 88

¹²¹ Kjelby s. 118

¹²² Kjelby s. 118

¹²³ Påtalemyndigheten er et uavhengig forvaltningsorgan som har ansvar for å avdekke og oppklare lovbrudd, og påtale straffbare handlinger, se straffeprosessloven kapittel 7 og 18, og påtaleinstruksen §7-5

¹²⁴ Se Grunnloven §96

¹²⁵ Kjelby s. 27-28

Et viktig hensyn på et inngripende område slik som strafferetten er forutberegnelighet. Borgerne må kunne forutse sin rettsstilling, og kunne innrette seg etter hva som er rett og galt i et samfunn. Dersom man ikke har mulighet til å orientere seg om hva som er ulovlig, vil det heller ikke fremstå som rimelig å ilegge straff for en handling.

Motsetningsvis kan det anføres at det heller ikke vil være urimelig å ilegge straff for en handling som oppfyller vilkårene i et straffebud. Dersom ordlyden i straffebudene tas på ordet og følges helt ut, vil det ikke være rom for å differensiere etter hvor rimelig det er i det enkelte tilfelle å straffe gjerningspersonen, slik som §61 åpner for. Når lovene gir uttrykk for lovgivers syn på straffverdigheten av en handling, er det domstolens oppgave å dømme i samsvar med lovene Stortinget har vedtatt.

Denne måten å tenke på fører til at skillet mellom lovgivende og dømmende makt blir tydelig markert, og det bør dermed ikke være rom for å fritta på grunnlag av skjønnsmessige kriterier når vilkårene for domfellelse foreligger. At spørsmålet om straffansvar skal inntre skal avhenge av skjønn kan få uheldige konsekvenser på et så lovbundet område som strafferetten.¹²⁶

Nå kan det innvendes at det faktisk foreligger en hjemmel for domstolen til å unnlate straff ved vedtakelsen av §61. Sammenhengen er likevel den at hjemmelen bryter med allerede vedtatte lovbestemmelser som setter straff for visse handlinger. Når vurderingen i tillegg baserer seg på skjønnsmessige og generelle vilkår, etterlater det et inntrykk av at domstolen er gitt kompetanse til å bestemme hvilke handlinger *den mener* ikke bør ilegges straff. Dette til tross for at lovgiver allerede har straffesanksjonert handlingen.

Imidlertid er det allerede kjent fra strafferetten at det skal tas hensyn til rimelighet ved utmålingen av straffen, og her får slike tanker som bestemmelsen om straffutmålingsfrfall er opphavet til større betydning. Denne måten å tenke på synes å være fremtredende i norsk straffutmålingspraksis ved at man legger vekt på omstendigheter ved og rundt handlingen som er begått. Slike hensyn blir imidlertid vektlagt *når* det skal utmåles en straff, ikke i vurderingen av *om* det skal straffes. For de sistnevnte tilfellene har det frem til §61 ble vedtatt bare vært konkrete og definerte omstendigheter som kan føre til straffritak, og hvilke omstendigheter dette er har lovgiver allerede nedfelt i egne bestemmelser.¹²⁷

¹²⁶ Se også NOU 2002:4 s. 232 hvor dette ble fremhevet

¹²⁷ Se blant annet strl. §271 andre ledd om provokasjon og retorsjon

Domstolene har dog en viktig rolle i rettsutviklingen, og det er av vesentlig betydning at domstolene tolker lovene slik at man i det enkelte tilfelle kommer frem til et rimelig resultat. Det kan herunder vises til Rt. 1999 s. 1363 hvor Flock uttaler:

”Det er en av Høyesteretts oppgaver i rettsanvendelsen å begrense de mest ytterliggående følger av en lovbestemmelse, når slike rettsfølger ikke har vært vurdert fra lovgiverens side, og når de dessuten har negative sider ved at de støter an mot andre viktige hensyn.”¹²⁸

Overført til §61 tar den også sikte på å begrense ytterliggående følger som måtte oppstå hvor en handling oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og bygger slik sett på samme oppfatning som det i dommen gis uttrykk for. Dommen dreide seg imidlertid om hvorvidt det var grunnlag for å kunne idømme erstatningskrav for en som tidligere hadde blitt frifunnet for samme handling som erstatningskravet knyttet seg til. I dette tilfelle støtet dermed bestemmelsen som ga en slik adgang an mot uskyldspresumsjonen, som er et av våre grunnleggende prinsipper i strafferetten. De hensynene som i tilfelle tilsier at straffutmålingsfravall skal ilegges er imidlertid mer skjønnsmessige, og baserer seg på rimelighetshensyn. Selv om dette også er viktige hensyn i strafferetten, vil det være mulighet for domstolene til å ta slike betraktninger ved straffutmålingen, og lovgiver har derfor allerede til en viss grad tatt høyde for at lovgivningen kan få uheldige rettsfølger.

6.3 Utøvende og dømmende makt

Som det er gjort rede for i kapittel 3.7 er det stor likhet mellom straffutmålingsfravall og påtaleunntatelse. Denne parallellen er imidlertid ikke helt uproblematisk om man ser hen til hvilke prinsipper som ligger bak påtalemyndighetens adgang til å unnlate straffeforfølgning.

Straffeprosessloven¹²⁹ gir uttrykk for en rekke grunnprinsipper som gjelder for påtalemyndighetens virksomhet, blant annet *anklageprinsippet* i §63, og §69 som er et konkret utslag av *opportunitetsprinsippet*. Disse prinsippene adresserer seg ikke bare til påtalemyndigheten, men sier også noe om hvordan viktige samfunnsoppgaver er fordelt mellom statsmaktene.

¹²⁸ Se s. 1381

¹²⁹ Straffeprosessloven får anvendelse for påtalemyndighetens virksomhet så lenge den opptrer innenfor rettspleien, jf. forvaltningsloven §4 første ledd bokstav b.

Straffeprosessloven §69 omhandler konkret påtalemyndighetens adgang til å gi påtaleunntatelse, men gir også uttrykk for at påtalemyndigheten etter en skjønnsmessig vurdering kan unnlate å påtale straffbare forhold selv om alle vilkår for straff er oppfylt. Det er dette som er kjernen i oppportunitetsprinsippet – det er opp til påtalemyndighetens skjønn om det skal reises straffesak for domstolene.¹³⁰ Etter ordningen vi har i norsk rett innebærer dette ikke bare en prøvelse av om de rettslige vilkår for straffansvar foreligger, men også en skjønnsmessig prøvelse av om tiltale bør reises.¹³¹ Påtalemyndigheten har med andre ord en valgfrihet med hensyn til hvilke saker som skal og bør reises for domstolen.

Da straffeloven av 2005 trådte i kraft fikk oppportunitetsprinsippet en enda sterkere forankring gjennom straffeprosessloven §62a andre ledd. Bestemmelsen fastslår at påtalemyndigheten kan henlegge straffbare forhold med en strafferamme på 2 år eller lavere, med mindre påtalemyndigheten finner at allmenne hensyn tilsier straffeforfølgning.

Interessant er derfor synspunktet det gis uttrykk for av departementet om at de fleste saker hvor straffutmålingsfrfall ”... kunne ha vært den riktige reaksjonen *vil ha endt med påtaleunntatelse* og dermed aldri bringes inn for retten. Men unntaksvis vil retten kunne *vurdere situasjonen annerledes enn påtalemyndigheten.*”¹³² (mine uth.) Også Riksadvokaten gir i rundskriv uttrykk for mye av det samme. Det uttales nemlig at bestemmelsen om straffutmålingsfrfall kan være anvendelig ”... der retten har et *annet syn enn påtalemyndigheten* på hensiktsmessigheten av å ilegge gjerningspersonen *en mer tyngende reaksjon...*”¹³³ (mine uth.)

Beslutningen av at påtale *ikke* skal unnlates tilsier at påtalemyndigheten har funnet det nødvendig å reise straffesak, og avgjørelsen av at det er hensiktsmessig å ilegge gjerningspersonen en mer tyngende reaksjon enn påtaleunntatelse kan på mange måter sies å være det som *gjør* det nødvendig å reise tiltale. Ved å gi domstolene en tilnærmet lik kompetanse fremstår adgangen til å gi straffutmålingsfrfall i stor grad som en overprøvelse av påtalemyndighetens skjønnsmessige vurdering av om tiltale bør reises.

¹³⁰ Se også Kjelby s. 163-164 hvor det fremgår at oppportunitetsprinsippet ”... gir påtalemyndigheten adgang til ... å utøve et skjønn over *hensiktsmessigheten og rimeligheten* av å iverksette straffeforfølgning, og til å *unnlate straffeforfølgning* og/eller å *unnlate å reise sak for domstolene* selv om de rettslige og faktiske forutsetningene er til stede.”

¹³¹ Andenæs s. 37

¹³² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 458

¹³³ RA-2015-2 punkt V nr. 1

I denne retning taler også Straffelovkommisjonens uttalelse om at en regel om straffritak vil ”... kunne virke som et *korrektiv* til påtalemyndigheten, dersom det er reist sak hvor dette *ikke burde Vært gjort*.”¹³⁴ (min uth.) Uttalelsen blir gjentatt i delutredning V.¹³⁵

Ser man hen til anklageprinsippet er det imidlertid klart at domstolen ikke har eller skal ha en kompetanse til å overprøve eller korrigere denne vurderingen.

Anklageprinsippet stadfester nemlig at det bare er påtalemyndigheten som har myndighet til å reise straffesaker for domstolen, og domstolens kompetanse til å dømme opphører så fort påtalebegjæringen blir trukket tilbake. Initiativ til straffeforfølgning skal komme fra påtalemyndigheten og ikke fra domstolen.¹³⁶

Anklageprinsippet gir imidlertid også uttrykk for at påtalemyndighetens beslutning om at saken bør behandles for domstolene må aksepteres av retten.¹³⁷ Dette fremgår ikke uttrykkelig av lovteksten, men fastslås blant annet av departementet i forbindelse med spørsmålet om retten kan overprøve beslutningen av om *allmenne hensyn* tilsier at straffeforfølgning skal innledes ved retten.¹³⁸ Det uttales herunder at

”[f]or enkeltstående rettergangsskritt under etterforskningen følger det av straffeprosessloven § 237 at retten bare skal behandle og ta stilling til det materielle innhold i de begjæringer den får, *men dette må også gjelde på pådømmelsesstadiet*. Skulle retten ha adgang til å overprøve påtalemyndighetens vurdering av om allmenne hensyn foreligger, ville det i realiteten gi retten *kompetanse til å vurdere om tiltale bør eller ikke bør tas ut*. Dette ville gi prosessen et inkvisitorisk preg som er *fremmed for vår prosessordning*.”¹³⁹ (mine uth.)

¹³⁴ NOU 1983:57 s. 239

¹³⁵ NOU 1992:23 s. 214

¹³⁶ Se blant annet Rt. 2004 s. 146 hvor det fremgår at dette også gjelder enkeltstående rettergangsskritt. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler blant annet at ”[d]et følger av anklageprinsippet i straffeprosessloven §63 at når påtalemyndigheten ikke har begjært forlengelse av en varetektsfengsling, kan ikke retten beslutte forlengelse av eget tiltak...”, se avsnitt 10

¹³⁷ At systemet er lagt opp til at domstolen ikke skal overprøve skjønnet påtalemyndigheten utøver vises også ved de krav til uavhengighet og objektivitet som gjelder for påtalemyndighetens når det fattes påtalevedtak. Det foreligger heller ingen lovbestemt begrunnelsesplikt for hvorfor påtalemyndigheten fant det nødvendig og hensiktsmessig å reise sak i det enkelte tilfelle.

¹³⁸ At ”allmenne hensyn” tilsier straffeforfølgning var etter tidligere rett et vilkår i flere av bestemmelsene i straffeloven 1902. I straffeloven 2005 er denne presumsjonen snudd slik at ”allmenne hensyn” må foreligge for å unnlate straffeforfølgning, se petitavsnitt på s. 42

¹³⁹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 64

I forlengelsen av dette sier den *relative påtaleplikten* vi har i norsk rett noe om hvilke hensyn vi ønsker å fremme ved straffeforfølgningen. Opportunitetsprinsippet står i motsetning til legalitetsprinsippet som angir en absolutt strafforfølgningsplikt. Slik sett fører opportunitetsprinsippet med seg rimelige og rettferdige løsninger, mens legalitetsprinsippet fører til at like tilfeller behandles likt og fremmer forutberegnelighet.

Påtalemyndighetens adgang til å unnlate strafforfølgning basert på en hensiktsmessighetsvurdering viser dermed at rimelighetshensyn blir ivaretatt allerede før saken havner for domstolen. Hvorfor domstolen skal ha *enda* en mulighet til å unnlate å ilegge straff basert på rimelighetsbetraktninger med grunnlag i §61, kan slik sett fremstå som underlig.

Departementet fremholder at de langt på vei deler det synet som er fremholdt i tidligere utredninger om at "... det er behov for en mulighet for domstolene som er parallell med påtalemyndighetens adgang til å gi påtaleunntatelse."¹⁴⁰ Også Tor-Geir Myhrer synes å være enig i dette standpunktet når han omtaler rettsstilstanden i straffeloven 1902 som at det er "... noe prinsipielt rart at påtalemyndigheten uten- rettslig har mulighet for å avgjøre straffesaker på en måte som ikke står åpen for domstolen."¹⁴¹

Til en viss grad kan jeg være enig i dette for de tilfellene gjerningspersonen mener seg uskyldig og bringer saken inn for domstolen etter straffeprosessloven §71 når påtalemyndigheten *har* ilagt en påtaleunntatelse. Dersom retten i et slikt tilfelle finner gjerningspersonen skyldig, vil det ikke foreligge noen mulighet for retten til å la påtaleunntatelsen stå ved lag – domstolen må reagere overfor lovbruddet selv om den aldri så mye mener at påtaleunntatelse var den riktige reaksjonen.

I NOU 1983:57 blir det pekt på at det også er behov for en parallell til påtaleunntatelse dersom det har oppstått etterfølgende forhold i saken som ikke var kjent for påtalemyndigheten på tidspunktet det ble reist sak.¹⁴² Dette fremheves også av Riksadvokaten når det uttales at straffutmålingsfrfall kan være anvendelig "... i tilfeller der det har inntruffet nye omstendigheter etter at påtalevedtaket ble fattet."¹⁴³ Imidlertid kan påtalemyndigheten i et slikt tilfelle frafalle saken og avgjøre den ved påtaleunntatelse, selv om hovedforhandling har begynt. Saken skal da heves.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 109

¹⁴¹ Se Myhrer s. 127

¹⁴² NOU 1983:57 s. 239

¹⁴³ RA-2015-2 punkt V nr. 1

¹⁴⁴ Se straffeprosessloven §73 og Bjerke, Keiserud og Sæther s. 312

Imidlertid rokker bestemmelsen ved det helt grunnleggende faktum at avgjørelsen av om det *burde* fremmes sak ligger til den utøvende makt ved påtalemyndigheten. Ser man på de prinsippene som ligger bak denne kompetansen er det derfor ikke så rart at ikke domstolene før vedtakelsen av §61 har hatt en mulighet for å avgjøre straffesaker på samme måte som påtalemyndigheten. En vurdering av om det i det hele tatt var rimelig å fremme sak i det enkelte tilfelle og om dette *burde* vært gjort, gir inntrykk av at domstolen begir seg ut på, og setter spørsmålsteget til, vurderinger som ligger til påtalemyndigheten. Dette vil, som fremhevet i forarbeidene, åpne for at domstolene kan omgjøre avgjørelser av rent påtalemessig karakter, og slik sett føre til en kompetanseoverlapping i forholdet mellom påtalemyndighet og domstol.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Se også uttalelsen fra Agder lagmannsrett i kapittel 2.2

7 Oppsummering

Som nevnt i kapittel 2 var domskonklusjonen et av de spørsmålene som ble viet oppmerksomhet i forarbeidene. Jeg er enig i at det ville bidratt til klarhet om hva som anses som straffbart og ikke dersom bestemmelsen hadde medført frifinnelse for gjerningspersonen, men samtidig gitt uttrykk for at det var begått en ulovlig handling. Dette ville ikke bare gitt misvisende signaler, men også i enda større grad antydning at domstolene tillegges en kompetanse som i utgangspunktet ligger til lovgiver.

Utfallet har imidlertid blitt at det ikke er samsvar mellom hva *domskonklusjonen* lyder på, og det faktum at straffen *frafalles helt*.¹⁴⁶ Når domstolene frafaller utmåling av straff, men samtidig kjenner gjerningspersonen skyldig, gir det indikasjoner på at domstolene er gitt en mulighet til å korrigere urimelige utfall av straffelovgivningen. Når kompetansen i tillegg baserer seg på svært skjønnsmessige vilkår, som både knytter seg til forutgående, samtidige og etterfølgende omstendigheter, svekker det både signalene lovgiver har gitt i straffebudene, og forutberegneligheten som er så viktig på strafferettens område.

I tillegg kommer de prinsipielle utfordringene som oppstår i forholdet mellom dømmende og utøvende makt. Etter min mening er mange av uttalelsene i forarbeidene betenkelige med hensyn til hvorledes bestemmelsen er ment som korreksjon av påtalemyndighetens avgjørelse om å innlede straffeforfølgning ved retten. Selv om Tor-Geir Myhrer mener det er rart at domstolene ikke har hatt en slik mulighet før innføringen av §61, mener jeg det motsatte: Vår prosessordning bygger på et anklage- og opportunitetsprinsipp, noe påtalemyndighetens eksklusive kompetanse til å avgjøre hvilke straffesaker som skal innledes for retten nettopp er et uttrykk for. Det må kunne forventes at påtalemyndigheten er kompatibel til å sile ut de tilfellene som egner seg og ikke egner seg for en strafferettslig reaksjon, uten at det skal foretas noen overprøving av dette fra rettens side.¹⁴⁷

Samlet sett viser oppgaven at det heller ikke er noe stort behov for en generell bestemmelse om frafall av straff. Det kan således virke som om lovgiver har utarbeidet bestemmelsen som en sikkerhetsventil for tilfeller som *kan* tenkes å oppstå, og hvor det foreligger så mange formildende omstendigheter at det ikke er grunnlag for straff. Men som tidligere nevnt finnes det flere muligheter til å sette ned straffen, og også vektlegge de omstendighetene som §61 tar

¹⁴⁶ Se også Lånke s. 177

¹⁴⁷ Dette ble også påpekt i NOU 1992:23 s. 212

sikte på i formildende retning. Dessuten har straffutmålingsutsettelse i mange år fungert som en sikkerhetsventil i de tilfellene det faktisk har oppstått ekstraordinære eller særegne tilfeller.

Kilderegister

Lover:

- Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- Lov 10. feb 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (opphevet)
- Lov 1. juli 1887 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevet)
- Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven)

Forskrifter:

- Forskrift 20. september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterforskriften)
- Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

Forarbeider:

- Innst. O. nr. 73 (2008-2009) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
- 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)
- Innst. O. nr. 72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- NOU 2002:4 Ny straffelov - Straffelovkomisjonens delutredning VI

- Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) Om lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239)
- NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser – Straffelovkomisjonens delutredning V
- NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming – Straffelovkomisjonens delutredning I

Rettspraksis:

- LB-2015-18247
- Rt. 2010 s. 1317
- HR-2008-1665-A
- Rt. 2008 s. 620
- Rt. 2007 s. 1790
- Rt. 2005 s. 1651
- Rt. 2005 s. 586
- Rt. 2004 s. 146
- Rt. 2004 s. 712
- Rt. 2002 s. 190
- Rt. 2002 s. 1556
- Rt. 2001 s. 143
- Rt. 2000 s. 646
- Rt. 1999 s. 1363

- Rt. 1994 s. 1678 (560-94)
- Rt. 1993 s. 1257
- Rt. 1990 s. 211
- Rt. 1964 s. 122
- Rt. 1964 s. 192 (kjm.utv.)

Rundskriv fra Riksadvokaten:

- RA-2015-2
- RA-1989-6

Litteratur:

- Grøning, Husabø og Jacobsen = Grøning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, (Bergen 2016)
- Kjelby = Kjelby, Gert Johan, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning* (Bergen 2013)
- Bjerke, Keiserud og Sæther = Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven kommentarutgave*, 4. Utgave, Bind I (Oslo 2011)
- Andenæs = Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. Utgave, samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer (Oslo 2010)

Artikler:

- Lånke = Lånke, Tor Kristian, "Straffutmålingsfrfall – straffeloven 2005 §61", *Tidsskrift for strafferett*, 02/2008 s. 161-178
- Myhrer = Myhrer, Tor-Geir, "Ny straffelov", *Jussens Venner*, 02/2008, s. 95-135

Annet:

- Riksadvokatens brev 10. juli 2009 til statsadvokatembetene med oppsummering av statsadvokatmøtet 2009 - tilgjengelig på riksadvokaten.no

- Matningsdal, Magnus, *Straffeloven 2005, alminnelige bestemmelser, kommentarutgave* (2015) (digital utgave ved kommentarutgaver.no, sist ajourført juni 2016)
- Lovdata.no