

Kandidatnummer: 173526

Veileder: Bjarte Askeland

Antall ord: 13 103

OPPREISNINGSERSTATNING FOR FORSØKSHANDLINGER

-

**EN ANALYSE AV HJEMMELSGRUNNLAGET FOR
OPPREISNINGSERSTATNING I LYS AV UTVIKLINGSLINJER I
NYERE
HØYESTERETTSPRAKSIS**



Innhold

1.	Innledning	3
1.1.	En kort presentasjon av hjemmelsgrunnlaget, skl. § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3.....	3
1.2.	Presentasjon av Rt. 2011 s. 247:.....	4
1.3.	Rettskildebildet:.....	6
1.4.	Veien videre:	6
2.	Formålsbetraktninger:	7
2.1.	Legislative hensyn bak oppreisningserstatning:	7
2.1.1.	Oppsummering	9
2.2.	Legislative hensyn bak forsøksstraff:	10
2.3.	Forholdet mellom de legislative hensynene bak henholdsvis oppreisningsinstituttet og forsøksstraffen: 11	
2.4.	Resonnementet i Rt 2011 s. 247:	12
3.	Det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:	17
3.1.	Begrep: Det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:	17
3.2.	Eksistensen av det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:	18
3.3.	Rekkevidden av det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:	20
3.4.	Høyesteretts tolkning av hjemmelsgrunnlaget i Rt. 2011 s. 247 prøvd opp mot det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:	23
3.4.1.	Rettsanvendelsen:.....	24
3.4.2.	Er oppreisningserstatningen reelt knyttet til en fullbyrdet overtredelse av strl. § 201 (1) c?	26
3.4.3.	Ville det vært mer treffende å knytte tilkjennelsen av oppreisningserstatningen for forsøkshandlingene til skl. §3-5 (1) bokstav a?.....	28
4.	Ved hvilke straffebud finnes det hjemmel for oppreisningserstatning etter forsøkshandlinger?	30
4.1.	Oppreisningserstatning ved forsøk på seksualforbrytelser?.....	30
4.2.	Oppreisningserstatning ved forsøk på innbrudd (strl. § 147)?.....	31
4.3.	Oppreisningserstatning ved forsøk på legemsfornærmelser (strl. § 228).....	31
5.	En alternativ innfallsvinkel:	33
5.1.	Tilkjennelse av oppreisningserstatning for forsøkshandlinger med hjemmel i vilkåret "tilføyde krenking (...) som nevnt i § 3-3" i § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3:	33

5.1.1. Tolkning av vilkåret "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3":.....	33
5.1.2. Oppreisningserstatning etter forsøkshandlinger med utgangspunkt i vilkåret "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3":.....	37
6. Avslutning:.....	39
Kildeliste:.....	41
Litteratur:	41
Forarbeider:.....	41
Norsk rettspraksis:.....	42

1. Innledning

Oppreisningserstatning omtales ofte som en ”plaster på såret”-erstatning. Blant andre Nygaard viser til nettopp dette som et formål bak oppreisningsinstituttet¹. Oppreisningserstatning fungerer som en kompensasjon for tort og svie ved ikke-økonomisk tap i tilfeller hvor dette er særskilt regulert i skadeerstatningsloven (skl.). Dette gjelder bestemmelsene i §§ 3-5 og 3-6 (ærekrenkelser og krenking av privatlivets fred). Skl. § 3-5 gir hjemmel for oppreisningserstatning hvor det er voldt skade på person eller der skadelidte er utsatt for en krenkelse eller straffbar atferd som nevnt i § 3-3, bl.a. ved innbrudd, falsk anklage, voldtekt og enkelte andre sedelighetsforbrytelser.

Lødrup viser at oppreisningserstatning har lange tradisjoner i norsk rett, men at det først er fra 1990-tallet og utover at spørsmålet om oppreisningserstatning begynte å dukke opp regelmessig i rettspraksis.² I denne oppgaven vil fokuset snevres inn mot en drøftelse av hjemmelsgrunnlaget for oppreisningserstatning etter straffbare handlinger i medhold av skl. § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3. I underrettspraksis kreves dette rutinemessig som borgerlige rettskrav i straffesaker der det er hjemmel for det. Så langt i år (2012) har Høyesterett allerede behandlet spørsmål om oppreisningserstatning etter skl. § 3-5 i fire dommer.³ Dette viser at disse rettsspørsmålene har stor aktualitet.

Jeg vil i det følgende særlig behandle spørsmålet om, og i tilfelle i hvor stor utstrekning, *forsøk* på straffbare handlinger kan berettige oppreisningserstatning. Herunder vil det bli redegjort for i hvilken grad det er nødvendig og rettspolitisk ønskelig at skadelidte får et ”plaster på såret” etter slike forsøkshandlinger. Dette spørsmålet aktualiseres av en høyesterettsdom inntatt i Rt. 2011 s. 247.

Med forsøkshandlinger sikter jeg til den strafferettslige rubriseringen, slik denne fremkommer av hjemmelsgrunnlaget i straffeloven (strl.) § 49. Mer spesifisert vil det dreie seg om forsøkshandlinger som knytter seg til de straffebestemmelser som er oppregnet i skl. § 3-3.

1.1. En kort presentasjon av hjemmelsgrunnlaget, skl. § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3.

I teori og rettspraksis er det lagt til grunn at oppreisningserstatning krever særskilt lovhjemmel.⁴ Slik hjemmel følger av skadeerstatningsloven § 3-5 (1) b hvor det fremgår at

¹ Nils Nygård. Skade og Ansvar, s. 165. 6. utgave, Bergen 2007.

² Peter Lødrup. Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt, s. 211. Tidsskrift for erstatningsrett 2006 s 211 -, 2006.

³ Rt. 2012 s. 1129, Rt. 2012 s. 770, Rt. 2012 s. 201 og Rt. 2012 s. 5.

⁴ Se for eksempel Rt. 1986 s. 1326 på s. 1344, Rt-2012-2056-A og Lødrup, Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt s. 213.

den som forsettlig eller grovt aktløst har ”tilføyd krenking eller utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3” kan ”pålegges å betale den fornærmede en slik engangssum som retten finner rimelig til erstatning (oppreisning) for den voldte tort og smerte og for annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art”. Paragraf 3-3 fastsetter at en skadelidt har krav på oppreisningserstatning ved innbrudd (jfr. strl. § 147), falsk anklage (jfr. §§ 168 og 169), ved en rekke seksualforbrytelser (jfr. strl. §§ 192-199 og 200 (3)), ved forbrytelser i familieforhold (jfr. §§ 217-221), ved forbrytelser mot den personlige frihet (jfr. strl. Kap. 21), legemsfornærmelser (jfr. § 228), utpresning og ran (jfr. kap. 25) og ved krenkelse av en annens fred (jfr. strl. § 390a).

Bestemmelsen åpner altså for at fornærmede kan tilkjennes oppreisningserstatning ved en rekke straffbare forhold som retter seg mot den personlige integritet, og som ikke omfattes av vilkåret i § 3-5 (1) a, ”voldt skade på person”. Nygård forklarer at paragrafene som er regnet opp i § 3-3 gjelder krenkelser av psykisk og sosial art. Når en krenkelse går inn under det objektive gjerningsinnholdet i en av straffebestemmelsene, er systemet slik at krenkelsen skal likestilles med en personskaade etter skadebotlova.⁵

1.2. Presentasjon av Rt. 2011 s. 247:

Før 2011 har det aldri vært tilkjent oppreisningserstatning for rene forsøkshandlinger. I Rt. 2011 s. 242 avsa Høyesterett så en dom hvor tre barn ble tilkjent 50 000 kroner hver etter å ha blitt utsatt for straffbare forsøk på overtredelser av strl. § 195 som forbyr ”seksuell omgang med barn under 14 år”. Oppreisningserstatningen ble tilkjent med hjemmel i skl. § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3.

Som begrunnelse for denne slutningen uttaler Høyesterett i avsnitt 31-32 at:

”Jeg er enig i at ordlyden i § 3-5 jf. § 3-3 isolert sett kunne tyde på at bare fullbyrdede forbrytelser omfattes. § 3-5 taler om slik « atferd » som er nevnt i § 3-3, og sistnevnte bestemmelse nevner ikke forsøk. Bestemmelsene kan imidlertid ikke tolkes så strengt. § 3-5 bokstav b bygger på at de overgrep som nevnes i § 3-3, erfaringsmessig påfører fornærmede skadevirkninger. Når denne type overgrep har funnet sted, skal det derfor ikke være nødvendig å påvise en konkret « skade », slik som når et krav forankres i bokstav a. Etter min mening gjør de samme hensyn seg gjeldende ved forsøk på slike overgrep. Jeg tilføyer at forarbeidene er tause om denne problemstillingen. Dersom lovgiver hadde ment at

⁵ Nygård, Skade og Ansvar, s. 90.

henvisningen til § 3-3 ikke skulle omfatte forsøk, ville det ha vært grunn til å forvente en klargjøring av dette”.

Den tilsynelatende konsekvensen av uttalelsen er at oppreisningsinstituttet utvides til å omfatte alle straffbare forsøk på de straffebestemmelser som fremkommer av skl. § 3-3. Det kan imidlertid rettes en rekke innvendinger mot uttalelsen fra Høyesterett.

For det første viser Høyesterett at begrunnelsen for å tilkjenne oppreisningserstatning etter § 3-5 (1) b nettopp er å kompensere for skadevirkninger etter slike overgrep som nevnt i § 3-3. Det vises til at ”de samme hensyn som gjør seg gjeldende ved forsøk på slike overgrep”. Likevel erkjennes det ikke at ikke alle straffbare forsøkshandlinger erfaringsmessig medfører skadevirkninger for fornærmede. At dette kan være tilfellet i den konkrete saken er så, men Høyesterett uttaler seg i helt generelle vendinger. Dette vil behandles nærmere under punkt 2.4 og i kapittel 4.

Videre uttaler Høyesterett at ordlyden i skl. § 3-5 (1) b isolert sett tyder på at forsøkshandlinger ikke er omfattet. Likevel problematiseres ikke forholdet til kravet om lovhjemmel for tilkjennelse av erstatning ved ikke-økonomisk skade. Her savnes en redegjørelse for hvor langt lovhjemmelskravet rekker, og for om Høyesteretts løsning er i tråd med dette. Dette vil behandles nærmere under punkt 3.2-3.4.

Tilslutt kan det også rettes en innvending mot vektleggingen av forarbeidenes taushet. Høyesterett konstruerer en tenkt lovgivervilje uten å vise hvorfor en kan slutte at lovgiver har hatt et bevisst forhold til spørsmålet.

Disse innvendingene viser, om ikke annet, at dommen innbyr til en diskusjon av en rekke prinsipielle spørsmål. På denne bakgrunn kan følgende problemstilling oppstilles:

Hvor langt rekker hjemmelsgrunnlaget for oppreisningserstatning i lys av nyere utviklingslinjer i Høyesteretts praksis.

Herunder blir et spørsmål hvor langt dommen inntatt i Rt. 2011 s. 247 rekker i forhold til å etablere en regel om oppreisningserstatning for straffbare forsøkshandlinger.

1.3. Rettskildebildet:

Det rettskildemessige fokuset vil først og fremst rettes mot nyere rettspraksis fra Høyesterett. I undersøkelsen av hvilke hensyn som bærer oppreisningsinstituttet og forsøksstraffen vil også forarbeider og juridisk teori trekkes inn i stor grad. Her finnes det rikholdig materiale. Det finnes også rettspraksis og teori som sier noe om eksistensen av lovhjemmelskravet, men rekkevidden av dette er mindre utbrodert. Her vil det blant annet bli sett hen til enkelte artikler som behandler spørsmålet om tiden er moden for å gå bort fra et slikt hjemmelskrav.

Jeg har nærmest ikke funnet noen norske rettskilder hvor spørsmålet om oppreisningserstatning etter forsøkshandlinger behandles mer eksplisitt. På dette punktet vil jeg forsøke å gi et bidrag.

Imidlertid har Sandra Friberg fra Sverige skrevet en juridisk avhandling med tittelen ”Kränkingsersättning” som reiser en rekke interessante problemstillinger som i varierende grad kan overføres til norsk rett og spørsmålet om oppreisningserstatning for forsøkshandlinger. Avhandlingen viser at det har vært en debatt i det svenske juridiske miljøet om hva en erstatningsvernet krenkelse er. Dette verket vil bli viet en del oppmerksomhet i kapittel 5.

1.4. Veien videre:

I kapittel 2 vil jeg se nærmere på formålsbetraktningene bak oppreisningsinstituttet og forsøksstraffen, for deretter å undersøke om resonnementet i dommen i Rt. 2011 s. 247 er i tråd med de bakenforliggende hensynene. I kapittel 3 vil jeg se nærmere på det jeg vil omtale som det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp. Her tar jeg for meg begrepet, eksistensen og rekkevidden av dette, samt gå inn i en nærmere analyse av Høyesteretts rettsanvendelse i Rt. 2011 s. 247 for å klarlegge hvordan denne stiller seg i forhold til et slik legalitetsprinsipp. I kapittel 4 vil jeg prøve mer konkret hvor langt dommen i Rt. 2011 s. 247 rekker i å etablere en regel om oppreisningserstatning for straffbare forsøkshandlinger. I kapittel 5 vil jeg presentere en alternativ innfallsvinkel til spørsmålet som etter mitt syn er den mest hensiktsmessige. Avslutningsvis i kapittel vil jeg 6 oppsummere hovedfunnene i avhandlingen.

2. Formålsbetraktninger:

For å tilføre leseren et bedre bakgrunnstykke for de videre drøftelsene vil jeg foreta en redegjørelse for hvilke legislative hensyn som begrunner henholdsvis oppreisningsinstituttet (punkt 2.1) og forsøksstraffen (punkt 2.2). Her vil jeg også rette et fokus mot de historiske utviklingslinjene bak rettsinstituttene. I punkt 2.3 vil jeg se disse i sammenheng, og i punkt 2.4 vil jeg foreta en analyse om hvilke legislative hensyn Høyesterett baserer seg på i sitt resonnement for å innlemme forsøkshandlinger i hjemmelsgrunnlaget. Her vil jeg også ta stilling til hvordan resonnementet står seg i forhold til gjeldende rett.

2.1. Legislative hensyn bak oppreisningserstatning:

Av skl. § 3-5 (2) fremgår det at oppreisningserstatning etter denne bestemmelsen skal tilkjennes for ”den voldte tort og smerte og for annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art”. Vilkåret ”og” kan tas til inntekt for at oppreisningen også ved annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art, skal tildeles for ”den voldte tort og smerte”. Ordlyden trekker dermed i retning av at oppreisningens fremste og mest sentrale formål er kompensasjonshensynet gjennom å fungere som et ”plaster på såret” for skadelidte. En slik tolkning støttes av Nygård.⁶

Tolkningen samsvarer også med et sitat fra Høyesterett som er gjengitt i en rekke høyesterettsdommer. I blant annet Rt. 2005 s. 104 uttaler Høyesterett at ”formålet med oppreisning opprinnelig var forskjellig fra erstatning for økonomisk skade. Oppreisningen skulle gi uttrykk for samfunnets fordømmelse av handlingen, ha en preventiv funksjon og samtidig gi oppreisning ut over erstatning for økonomisk tap for de lidelser skadelidte ble påført. Utviklingen i senere år har imidlertid gått i retning av at *selv om krav på oppreisning også har et preventivt og pønalt formål, skal oppreisning først og fremst kompensere for den krenkelse som er påført*, jf. [Rt 1999 1363](#) på side 1378” (mine kursiveringer).

Oppreisningserstatningens betydning som kompensasjon til skadelidte fremheves senest under henvisning til dette sitatet i Rt. 2011 s. 769. Også Nygård støtter dette synet, men fremhever i større grad slektskapet mellom oppreisningserstatning og straff.⁷

⁶ Nygård. Skade og ansvar, s. 168.

⁷ Nygård. Skade og Ansvar, s. 164.

Lødrup trekker i sin artikkel opp hovedlinjene i den historiske utviklingen av oppreisningserstatningens legislative begrunnelse.⁸ Det vises til at oppreisningserstatningen først og fremst hadde en pønalt funksjon fra 1902 og frem til 1912. Fra 1912 fikk den i tillegg en preventiv funksjon. Han viser så at oppreisningserstatningens funksjon i dag hovedsaklig er å kompensere for ikke-økonomiske tap, og at dette er en funksjon som ikke har røtter i den juridiske teori, men som har vokst frem i rettspraksis. I en fotnote henviser han til Øvergaard som presiserer at oppreisning nettopp skal være en *erstatning* for ikke-økonomisk tap.⁹ Med andre ord en kompensasjon til skadelidte.

Lødrup hevder også at det i dag bør utvises varsomhet med å vektlegge prevensjonshensynet. Han anser det som lite reelt at en frykt for å betale oppreisning virker avskrekkende sammenlignet med straff, andre sosiale reaksjoner og erstatning for økonomisk tap. Samtidig mener Lødrup at oppreisningserstatning er ”noe meget mer” enn et plaster på såret. På hvilken måte utdypes imidlertid ikke.

Dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1537 viser et bredere spekter av hvilke hensyn som oppreisningsinstituttet per i dag baserer seg på. Høyesterett uttaler at ”oppreisinga har dels ein pønalt karakter. Men oppreisinga er ikkje minst grunna på at det skal givast ein kompensasjon - ei skadebot - for eit ikkje-økonomisk tap. Oppreising har også ein ideell funksjon i å uttrykkje sterk samfunnsmessig misnøye med den skadegjerande handlinga, jf. HR-2010-1742-A avsnitt 38. Det kan nok også vere andre omsyn som kjem inn”. I Rt. 2010 s. 1203, som uttalelsen henvises til, uttales det også at oppreisningen har ”en ideell funksjon ved at den uttrykker samfunnets misbilligelse av handlingen”.

I tillegg til det pønale hensynet og kompensasjonshensynet, synes det altså umiddelbart å være et selvstendig hensyn at domstolene kan markere en samfunnsmessig misnøye gjennom en sivilrettslig sanksjon. En slik markering vil da komme i tillegg til den strafferettslige markeringen.

Her bør det imidlertid stilles spørsmål ved om Høyesterett egentlig oppnår noe mer enn det som allerede er gjeldende rett ved å anvende dette som et selvstendig hensyn. Det pønale hensynet tar nettopp sikte på å markere en handling som uønsket av rettsordenen gjennom å påføre en borger en sanksjon. Slik det fremgår av Rt. 2010 s. 1537 skal skadevolder pålegges

⁸ Lødrup. Oppreisningserstatning – et praktisk rettsinstitutt, s. 218-219.

⁹ Øvergaard. Norsk erstatningsrett, s. 350 flg. 2. utg. 1950.

å betale en kompensasjon til skadelidte for å markere en samfunnsmessig misnøye med den skadegjørende handlingen. Hvordan dette skiller seg fra det pønale hensynet er vanskelig å se.

2.1.1. Oppsummering

På bakgrunn av de hittil gjennomgåtte kilder kan rettstilstanden så oppsummeres. Både ordlyd i § 3-5, praksis fra Høyesterett og teori, særlig ved Lødrup og Nygård, underbygger at kompensasjonsbehovet for skadelidte er det mest sentrale hensynet for oppreisningserstatning i dag. Tidligere var hensynet til det preventive og pønale fremtredende. Disse er fortsatt relevante, men har nå en underordnet stilling ved siden av kompensasjonshensynet.

Det kan, som Lødrup gjør, stilles spørsmål ved om hensynet til det preventive fortsatt bør tillegges særlig vekt. Hensynet nevnes av Høyesterett i en rekke nyere dommer, men da alltid som underordnet kompensasjonshensynet. Det synes lite sannsynlig at trusselen om å pålegges oppreisningskrav reelt har noen preventiv virkning ved siden av andre sanksjonsformer, som straffetrusselen og erstatning for økonomiske tap. Det er nok derfor forsvarlig å legge til grunn at hensynet generelt ikke har så stor vekt.

På bakgrunn av ordlyden i skl. § 3-5 (2), nyere rettspraksis og teori, er det en nærliggende konklusjon at oppreisningserstatning ikke utelukkende kan baseres på hensynet til det pønale og det preventive. Oppreisningserstatningen har først og fremst funksjon som kompensasjon for en påført krenkelse. Dette støttes også av dommen inntatt i Rt. 2004 s. 104 hvor en person som var straffri grunnet utilregnelighet ble pålagt å betale oppreisningserstatning for å ”avbøte virkningene av krenkelsen og skaden”. For et hvert tilfelle hvor det er snakk om å tilkjenne oppreisningserstatning, bør det på bakgrunn av kompensasjonsfunksjonen kreves at det foreligger et visst kompensasjonsbehov hos skadelidte. Et slikt kompensasjonsbehov oppstår først hvor skadelidte har opplevd en form for negativ effekt som en følge av de ansvarsbetingende handlingene.

Her vises det også til at erstatningsretten gjennom lovregler, rettspraksis og teori anerkjenner økonomiske utbetalinger som et egnet kompensasjonsmiddel, også ved ikke-økonomiske tap og krenkelser av den personlige integritet. Monsen underbygger dette ved å uttale at

”lovbestemmelser som hjemler oppreisning bygger på en erkjennelse av at penger kan kompensere for ulempe”.¹⁰

2.2. Legislative hensyn bak forsøksstraff:

Hjemmelen for forsøksstraffen finnes ved å lese strl. § 49 i kombinasjon med det aktuelle straffebudet. Av § 49 fremgår det at et straffbart forsøk foreligger ”naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet, men der er foretaget Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.” Etter ordlyden må gjerningsmannen ha foretatt en handling med sikte på å utføre noe straffbart. For å få en bedre forståelse av hvilke hensyn som ligger bak bestemmelsen, bør det ses hen til den historiske utviklingen av disse.

Husabø viser at det i et historisk perspektiv har eksistert to ulike grunnsyn på forsøksansvaret.¹¹ Det var et subjektivt grunnsyn som rådde i tiden før kriminalloven av 1842. Han henviser til Ørsted hvor forsøksansvaret ble beskrevet slik: «enhver til en Forbrydelses Udførelse sigtende Bestræbelse, der er traadt ind i Udenverdenen, allerede er Gjenstand for Straf». Handlingens objektive karakter var altså likegyldig så lenge den sprang ut av et forbrytersk forsett. Hensynet var å ramme den forbryterske vilje, og enhver fysisk handling som ble foretatt med en forbrytersk hensikt, helt ned til den minste forberedelseshandling, ble belagt med straffansvar.

Fra 1842 var det et objektivt grunnsyn som dominerte, jfr. Husabø, samme sted. Forberedelseshandlinger i kombinasjon med en forbrytersk vilje var ikke lengre tilstrekkelig. Det krevdes at selve gjerningsbeskrivelsen var påbegynt. Dette viser at fokuset snudde mot å kreve klare objektive holdepunkter for å straffe for forsøk. Det krevdes nå at de faktiske handlingene som ble foretatt utgjorde et ledd av den fullbyrdede gjerningsbeskrivelsen.

Andenæs forklarer at eldre rett tok utgangspunkt i handlingens resultat, og da altså skaden for den krenkede.¹² Dersom det ikke oppstod slik skade, så en heller ikke behovet for reaksjon. Alminnelige straffebestemmelser om forsøk kom til på et sent stadium i rettsutviklingen, og slike bestemmelser må ses som et uttrykk for at interessen har vendt seg mer mot

¹⁰ Erik Monsen, Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade, s. 49. JV 2010 s. 1.

¹¹ Erling Johannes Husabø, Straffansvarets periferi – Medverking, forsøk, førebuing, s. 275. Bergen 1999.

¹² Johs. Andenæs, Alminnelig Strafferett, s. 344. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2005.

gjerningsmannens subjektive forhold. Her siktes det nok til at det ikke lengre er nødvendig å prøve om handlingen har påført noen skade for den fornærmede.

For dagens rettstilstand viser Andenæs at det er det subjektive forsøksprinsipp som råder.¹³ Samtidig kreves det at gjerningsmannens opptreden må vise at forberedelsens og planleggingsfasen er forbi, og at han nå skrider til verket. Dette følger også av ordlyden i strl. § 49 som krever at handlingen er ”paabegynt”. Den straffverdige viljen må altså ha fått fysiske utslag utover rene forberedelseshandlinger. Gjerningsbeskrivelsen trenger ikke å være påbegynt, men en hvilken som helst handling med en straffverdig hensikt er heller ikke tilstrekkelig. Slik sett lander dagens bestemmelse på en slags mellomløsning mellom den historiske perioden hvor det objektive grunnsynet rådet og slik det ble ansett da det subjektive grunnsynet rådet.

Andenæs viser også at en i dag for eksempel kan straffes for forsøk på drap selv om offeret allerede var død på det tidspunktet en skyter.¹⁴ Denne bemerkelsen understreker at en har forlatt utgangspunktet om å se hen til handlingens resultat ved fastleggelsen av straffansvar. Ved forsøksstraffen kreves det altså ikke at det faktisk inntreffer en skade hos den fornærmede. Det er manifesteringen av en straffverdig vilje gjennom visse handlinger en ønsker å markere samfunnets misnøye med.

Husabø oppsummerer forsøksansvaret slik at det i likhet med annet straffansvar, henter sin begrunnelse fra en ”*kombinasjon av handlinga sin karakter av krenking av rettsordninga og gjerningsmannen si subjektive skuld.*”¹⁵

2.3. Forholdet mellom de legislative hensynene bak henholdsvis oppreisningsinstituttet og forsøksstraffen:

En sammenligning av konklusjonene i punkt 2.1 og punkt 2.2 viser at de legislative hensynene bak forsøksstraffen skiller seg vesentlig fra hensynene bak oppreisningserstatningen. At fokuset ved forsøksstraffen er rettet mot gjerningspersonens subjektive forhold, mens de objektive forholdene er nedtonet, viser at forsøksstraffen ikke avhenger av hvilke negative virkninger gjerningsmannens handlinger får overfor fornærmede.

¹³ Andenæs, Alminnelig Strafferett, s. 347.

¹⁴ Johs. Andenæs, Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene, s. 34. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. Harstad 2009.

¹⁵ Husabø, Straffansvarets periferi – Medverking, forsøk, førebuing, s. 299.

Til forskjell fra dette har jeg under punkt 2.1.1 konkludert med at det ikke er grunnlag for å tilkjenne oppreisningserstatning dersom det overhodet ikke eksisterer et kompensasjonsbehov basert på den ansvarsbetingende handlingen. Det kreves altså at det foreligger en viss negativ effekt som har materialisert seg gjennom en skade eller krenkelse hos skadelidte. Denne negative effekten etablerer et kompensasjonsbehov som nødvendiggjør en tilkjennelse av oppreisningserstatning som et ”plaster på såret” til skadelidte.

Disse betraktningene stemmer overens med slutninger i Fribergs avhandling om den svenske Kränkingsersättning. Hun viser hvordan strafferetten og erstatningsretten grunnleggende sett har to ulike funksjoner.¹⁶ Mens straff sanksjonerer uønskede gjerninger på vegne av samfunnet, skal erstatning derimot kompensere skadelidte. Hun fremholder videre at det i strafferetten er fokus på selve krenkelseshandlingen, mens det i erstatningsretten er fokus på krenkelsen av rettsgodet, skaden.

I tillegg viser behandlingen over at forsøksstraffen og oppreisningsinstituttet har hatt historisk forskjellige utviklingslinjer når det gjelder rettsinstituttens funksjon og formål. Disse forskjellene innebærer at det ikke uten videre bør settes et likhetstegn mellom forsøksstraffen og oppreisningsinstituttet ved å la alle straffbare forsøkshandlinger berettigede oppreisningserstatning.

2.4. Resonnementet i Rt 2011 s. 247:

Som tidligere nevnt omhandler dommen seksuelle krenkelser overfor barn. Tre av barna ble utsatt for fullbyrdede overtredelser av strl. § 195 (1) annet straffalternativ og (2) c, jfr. § 206. Tiltalte fikk barna B, C og D til å masturbere seg. I tillegg førte han penis inn i munnen til B og C. Barna E, F og G ble utsatt for forsøk på overtredelse av denne bestemmelsen. Anken over straffespørsmålet ble ikke tillatt fremmet. Høyesterett behandlet utelukkende anken over de sivile krav om oppreisningserstatning til de seks barna.

Det som er interessant for denne avhandlingen er den del av avgjørelsen som gjelder oppreisningskravene til barna som ble utsatt for forsøk. I fortsettelsen vil oppmerksomheten rettes mot hvordan Høyesterett resonnerer rundt denne problemstillingen. Mer konkret er problemstillingen hvilke legislative hensyn Høyesterett lener seg på i sin argumentasjon for å

¹⁶ Sandra Friberg. Kränkingsersättning, s. 906. Uppsala 2010.

åpne hjemmelsgrunnlaget for forsøkshandlinger, og videre om dette er i tråd med det som er utledet under punkt 2.1.

Mesteparten av resonnementet til Høyesterett fremgår av avsnitt 31 i dommen. Her uttaler Høyesterett at de overgrep som nevnes i § 3-3 ”erfaringsmessig påfører fornærmede skadevirkninger”. Det uttales så at ”når denne type overgrep har funnet sted, skal det derfor ikke være nødvendig å påvise en konkret skade, slik som når et krav forankres i bokstav a. Etter min mening gjør de samme hensyn gjør seg gjeldende ved forsøk på slike overgrep”.

Høyesterett forstår med andre ord systemet i § 3-5 (1) jfr. § 3-3 slik at dersom tilfellet faller innunder § 3-3 er det ikke nødvendig å vurdere individuelle forhold, altså om det konkret har inntrådt skadevirkninger. Dette har lovgiver allerede tatt standpunkt til ved å regne opp en rekke typetilfeller i § 3-3 som skal berettige oppreisningserstatning. Lovgiver synes å forstå slik at skaderisikoen etter slike straffbare overgrep regnes som så stor, at en nærmere bevisføring for konkret skadevirkning er unødvendig. Slik sett fungerer bestemmelsen som en retts teknisk forenkling hvor det er tilstrekkelig å konstatere at det straffbare forholdet har funnet sted.

Denne lovforståelsen stemmer også med det som er gjengitt fra Nygård under punkt 1.1 hvor det vises til at krenkelsen skal likestilles med en personskade når den faller innunder det objektive gjerningsinnholdet i en av disse straffebestemmelsene. Systemet synes å være motivert av de store vanskelighetene en fullstendig bevisføring rundt slike skadevirkninger innebærer.¹⁷ Av forarbeidene er det uttrykkelig presisert at det for bestemmelsene i §§ 192-196 ikke er nødvendig å føre bevis for konkrete skader for idømmelse av oppreisningserstatning etter § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3. For § 195 sin del er det slått fast i praksis at en skal legge til grunn den generelle risikoen for skadevirkninger ved fastsettelsen av oppreisningserstatning, ”uten at det vanligvis vil være behov for å gå nærmere inn på hvordan utviklingen for den unge i den konkrete saken har vært eller kan ventes å bli”, jfr. Rt. 2004 s. 1068 i avsnitt 35.

¹⁷ Ot. prp. nr. 20 (1991-1992), s. 41-42.

På denne bakgrunn vil jeg operere med en *risiko* for skadevirkninger når jeg omtaler negativ effekt og kompensasjonsbehov. Det kunne imidlertid vært diskutert om et slikt standpunkt er holdbart ut fra det sivilrettslige beviskravet, og ut fra at erstatning skal gis for skade, og ikke for fare for skade. Den diskusjonen lar jeg ligge. På generell basis kan det likevel sies at jo sikrere grunnlaget for skaderisikoen er, jo større grunn vil det være til å tilkjenne oppreisningserstatning ved forsøk.

At Høyesterett anser ”de samme hensyn” for å gjøre seg gjeldende ved forsøk, tyder på en oppfatning om at også forsøk på straffebudene nevnt i § 3-3 erfaringsmessig påfører skadevirkninger. Med denne slutningen synes Høyesterett å legge til grunn den samme retts tekniske forenklingen for forsøkshandlinger som for fullbyrdede handlinger. Med dette systemet skal det ikke foretas konkrete vurderinger av om det har inntrådt skadevirkninger hos den skadelidte under hjemmelsspørsmålet etter en forsøkshandling. Videre er det heller ikke nødvendig å vurdere om forsøket, som et typetilfelle, erfaringsmessig vil innebære skadevirkninger. Hjemmelsgrunnlaget for oppreisningserstatning er derimot innfridd i det tiltalte strafferettslig er dømt for slike forsøkshandlinger.¹⁸

I utmålingsdelen uttaler Høyesterett at selv om det dreier seg om forsøk, som er mindre alvorlige overgrep enn for barna som ble utsatt for fullbyrdete overtredelser, er det ”likevel tale om alvorlige krenkelser”. I avsnitt 37 fremheves det som en kommentar til utmålingsbestemmelsen i § 3-5 (2), at det er ”krenkelsens karakter som er avgjørende for utmålingen” og at det ikke er nødvendig å påvise konkrete skadevirkninger.

Likevel har Høyesterett et gjennomgående fokus rettet mot risikoen for skadevirkninger av krenkelsene i utmålingsdelen. I avsnitt 50 konkluderer Høyesterett med at barna tilkjennes 50 000 kroner hver da ”risikoen for skadevirkninger er nokså lik for de tre”. Det vises til at ett av barna, E, ble utsatt for flere overgrep, at et annet barn, F, overvar at venninnen masturberte tiltalte og at det siste barnet, G, var yngre enn de andre. Dette tyder klart på at det er risikoen for skadevirkninger, og da altså kompensasjonshensynet, som er styrende for Høyesterett i utmålingen. Også det at henvisningen til krenkelsens karakter ikke synes å følges opp i fortsettelsen støtter dette. Det er dermed uklart hvor stort gjennomslag dette momentet har fått

¹⁸ Her kan det også tenkes at tiltalte kunne blitt frikjent i straffespørsmålet, men dømt til å betale oppreisningserstatning for forsøkshandling på bakgrunn av at sivilretten har et lavere beviskrav, jfr. eksempelvis Rt. 2007 s. 1601. Nygård. Skade og ansvar, s. 169.

ved siden av kompensasjonshensynet. Momentet synes først og fremst å fungere som et støtteargument.

Alt i alt er det kompensasjonshensynet som først og fremst motiverer Høyesterett. Slik sett er dommens begrunnelse i tråd med de hensyn som oppreisningsinstituttet baserer seg på. Først anvendes kompensasjonshensynet til å begrunne innlemmelsen av forsøkshandlinger i hjemmelsgrunnlaget. Dette likevel slik at det ikke foretas en nærmere prøving av om kompensasjonshensynet rent faktisk gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Det legges bare til grunn at risikoen for skadevirkninger erfaringsmessig er tilstede så lenge det dreier seg om forsøk på straffebestemmelsene som er nevnt i § 3-3. Deretter blir kompensasjonshensynet konkret styrende for utmålingen.

En sentral innvending er at det ikke fremkommer noen erkjennelse av at forsøkshandlinger i mindre grad enn fullbyrdede handlinger, er egnet til å medføre skadevirkninger overfor skadelidte. Et forsøk er nettopp per definisjon mislykket.¹⁹

Et eksempel på en straffbar forsøkshandling som ikke er egnet til å medføre en skaderisiko for den krenkede, er et tenkt typetilfelle av overtredelse av strl. § 192 (1) b, jfr. § 49. Paragraf 192 er nevnt i skl. § 3-3 og vil således etter Høyesteretts generelle formuleringer være et tilfelle som innlemmes i hjemmelsgrunnlaget under henvisning til kompensasjonshensynet.

Eksempelet dreier seg om et forsøk på voldtekt hvor en mann med denne hensikt kler av en sovende kvinne. Mannen blir imidlertid skremt av en lyd. Han kler på kvinnen igjen uten at hun våkner og forlater straks stedet. Kvinnen vil aldri få kjennskap til overgrepet. Hun risikerer derfor ikke å ta skade av det, og det oppstår heller ikke noe kompensasjonsbehov. Ettersom det overhode ikke foreligger noe kompensasjonsbehov, kan ikke kompensasjonshensynet begrunne kravet. Etter de slutningene som er truffet under punkt 2.1 er oppreisningserstatning derfor ikke berettiget. Like fullt dreier det seg om et straffbart forhold.

¹⁹ Husabø. Straffansvarets periferi – Medverking, forsøk, førebuing, s. 273.

Eksempelet fremstår kanskje noe teoretisk da det er lite sannsynlig at en slik hendelse ville blitt påtalt uten at kvinnen fikk kjennskap til det. Vi kan derfor endre litt på saksforholdet. Mannen opplever dårlig samvittighet i etterkant, og etter å ha levd med dette i nesten ti år, tilstår han sin ugjerning overfor kvinnen. Kvinnen anmelder da straks forholdet som blir påtalt innen utløpet av foreldelsesfristen, og mannen blir strafferettslig dømt.

I denne situasjonen kan det hevdes at det vil oppstå en risiko for skadevirkninger for kvinnen fordi vissheten om at noe slikt har funnet sted kan skape en frykt som hun må leve med i fremtiden. Likevel synes ikke en slik risiko å være så stor. Hennes kunnskap inntreffer så pass sent etter hendelsen at det neppe vil gi den samme skremmende og ubehagelige effekten som om hun fikk den på hendelsestidspunktet. Tidsperspektivet medfører at hennes etterfølgende opplevelse av hendelsen svekkes.

At det fortsatt er behov for å markere samfunnets misnøye med hendelsen gjennom straff, er så. Å tilkjenne oppreisningserstatning for å kompensere for en påført sjelelig lidelse i en slik situasjon, blir derimot å strekke kompensasjonshensynet langt. Skaderisikoen vil være så liten at kompensasjonshensynet får minimal betydning. En tilkjennelse av oppreisningserstatning i denne situasjonen vil nesten utelukkende måtte basere seg på hensynet til det pønale og det preventive. Da vil oppreisningserstatningens funksjon som en kompensasjon sette en stopper for å tilkjenne oppreisningserstatning.

Avslutningsvis vil jeg si meg enig i at kompensasjonshensynet gjør seg gjeldende i den konkrete saken Høyesterett har til pådømmelse i Rt. 2011 s. 247. Det synes klart at risikoen for skadevirkninger for barna er overveiende. Når så unge barn blir trukket inn i en ”seksuell atmosfære” på denne måten, hvor de i en sårbar situasjon oppfordres til å masturbere en voksen mann, vil sannsynligheten være stor for at hendelsen virker skremmende for barna.²⁰ Særlig ettersom barna må sies å ha et tillitsforhold til mannen da han er stefaren til deres venninne, og det hele skjer under besøk i venninnens hjem. Etter mitt syn er derfor resultatet i dommen korrekt.

Likevel mener jeg at Høyesterett formulerer seg i for generelle vendinger, slik at også forsøkshandlinger som ikke nødvendigvis innebærer en tilstrekkelig skaderisiko, blir omfattet

²⁰ Med en ”seksuell atmosfære” siktes det til en seksuelt ladet situasjon innenfor et avgrenset, fysisk rom.

av hjemmelsgrunnlaget. Det fremstår da som om hjemmelsgrunnlaget for oppreisningserstatning åpnes for tilfeller hvor kompensasjonshensynet ikke gjør seg gjeldende. Dette er uheldig da det først og fremst er kompensasjonshensynet som er det bærende hensynet for oppreisningsinstituttet, jfr. slutninger i punkt 2.1.

3. Det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:

Under punkt 3.1 vil jeg redegjøre for hvorfor jeg i fortsettelsen anvender begrepet *det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp*. Deretter vil jeg i punkt 3.2 drøfte eksistensen av et slikt prinsipp, og i punkt 3.3 se nærmere på rekkevidden av et eventuelt slikt prinsipp. Under punkt 3.4 vil jeg forsøke å klarlegge hvordan Høyesterett tolker hjemmelsgrunnlaget i Rt. 2011 s. 247 og prøve denne tolkningen opp mot det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet. I punkt 3.5 vil jeg undersøke om Høyesteretts løsning reelt innebærer en omgåelse av legalitetsprinsippet, og i punkt 3.6 vil jeg vurdere om hendelsen heller burde vært hjemlet i § 3-5 bokstav a.

3.1. Begrep: Det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:

Kjernen i et legalitetsprinsipp er at staten ikke kan gripe inn i den private borgers rettsfære uten hjemmel i formell lov. For strafferettens del fremgår dette av Grunnloven § 96 hvor det kreves at ”Ingen kan dømmes uten etter Lov”. Erstatningsretten gjelder pengeoverføringer mellom private, men denne måte å tenke på har likevel fått utslag på noen områder av erstatningsretten. Ved erstatning for ikke-økonomisk tap råder det som vist innledningsvis en oppfatning om at det gjelder et eget lovhjemmelskrav, jfr. bl.a. praksis fra Høyesterett.²¹ Dette er også omtalt i teorien av bl.a. Øvergaard og Lødrup.

Ettersom spørsmålet om hvorvidt det skal gis oppreisningserstatning i tillegg til straff er en del av emnet, vil jeg operere med begrepet *det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp* i fortsettelsen. Med dette mener jeg at grunnlaget for oppreisningserstatning må ha hjemmel i lov. Merk at kilder jeg henviser til omtaler dette som et lovhjemmelskrav.

²¹ Blant annet omtalt i Rt. 1986 s. 1326 på s. 1344, Rt-2012-2056-A og Lødrup, Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt s. 213.

3.2. Eksistensen av det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:

I de senere år er det tatt opp til diskusjon om det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet fortsatt er gjeldende i dag. Særlig er det Monsen, og Stenvik og Rognstad som har tatt til orde for at tiden er moden for at erstatning for ikke-økonomisk tap bør kunne tilkjennes på ulovfestet grunnlag. En slik løsning vil innebære at den tradisjonelle oppfatningen om at det gjelder et lovhjemmelskrav forlates. I tillegg vil diskusjonen i seg selv kunne si noe om hvilken styrke som ligger bak det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet. Problemstillingen er dermed om legalitetsprinsippet fremdeles er gjeldende i dag.

Stenvik og Rognstad argumenterer med at oppfatningen om lovhjemmelskravet er gammel og utviklet i en tid der dette fungerte som et mer ekstraordinært kompensasjonsmiddel.²² Her vises det også til en uttalelse fra åndsverklovkomiteen i 1925, hvor det ble påpekt at utviklingen enda ikke var kommet lenger enn at det krevdes positiv lovhjemmel for å tilkjenne oppreisningserstatning. Ut fra tanken om at oppreisningserstatning nå har blitt et langt mer ordinært kompensasjonsmiddel, konkluderer forfatterne med at tiden kanskje nå er moden for å kunne tilkjenne oppreisningserstatning for ikke-økonomisk tap på ulovfestet grunnlag.²³ En slik konklusjon gir domstolene større handlingsrom når det gjelder tilkjenning av oppreisningserstatning. Oppreisningserstatning kan da idømmes helt løsrevet fra lovbestemmelsene.

Til dette bør imidlertid formålet og funksjonen bak et legalitetsprinsipp presiseres. Et legalitetsprinsipp utgjør en rettssikkerhetsmekanisme ved å dempe faren for vilkårlighet og rettsuvisshet.²⁴ Å tilkjenne erstatning for økonomisk tap på ulovfestet grunnlag innbyr ikke til særlige betenkeligheter i form av fare for rettsuvisshet eller vilkårlighet, ettersom det vil dreie seg om en konkret og målbar størrelse.

Derimot er det mer problematisk å fastsette i hvilken grad noen opplever, eller risikerer å oppleve, skade i form av sjelelige lidelser. Om, og eventuelt hvor mye det er riktig å kompensere for slike, er et svært skjønnsmessig og vanskelig spørsmål. Dette synspunktet

²² Are Stenvik og Ole-Andreas Rognstad, Hva er immaterialretten verd?, s. 511. Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, 2002.

²³ Stenvik og Rognstad. Hva er immaterialretten verd?, s. 548.

²⁴ Asbjørn Strandbakken, Grunnloven § 96, s. 190-191. JV 2004 s. 166.

fremhever også Monsen i forbindelse med ulempeerstatning.²⁵ Det at en ulempe er en subjektivt forankret effekt som ikke kommer til uttrykk i et objektivt pengemål, gjør det bevismessig vanskeligere å avgjøre om det foreligger en ulempe, og eventuelt verdsettelse av denne. Det må en utstrakt skjønnsutøvelse til. Gjennom kravet om lovhjemmel for berettigelsen av slik erstatning, sikres det at dommeren ikke kan foreta slike avgjørelser alene, og det bringes en viss forutberegnelighet og beskyttelse mot vilkårlighet på banen.

Stenvik og Rognstads argumentasjon om at oppreisningserstatningen nå har blitt et langt mer ordinært kompensasjonsmiddel, gjør ikke behovet for disse kvalitetssikringene mindre. Tvert i mot kan det hevdes at dette nødvendiggjør ivaretagelsen av slike hensyn i større grad, ettersom det å bli pålagt å betale oppreisningserstatning er en realitet for langt flere mennesker i dag.

En innvending mot disse betraktningene er at lovhjemlene er så skjønnsmessig formulerte at de uansett ikke egner seg til å ivareta forutberegnelighetshensynet og beskyttelse mot vilkårlighet. Domstolene har jo allerede stor frihet ved anvendelsen av disse lovbestemmelsene, særlig ved utmålingen av erstatningssummen.

Å vektlegge slike synspunkter vil likevel kunne føre galt av sted. Argumentet innebærer reelt en mistillit til en svært utbredt lovgivningsteknikk som rettshistorien har vist oss at er uunnværlig for å kunne gi en bred og omfattende lovgivning. Selv om bestemmelsene er skjønnsmessige, stiller de likevel opp visse rammer for domstolenes rettsanvendelse. Også skjønnsmessige bestemmelser tilbyr en viss forutberegnelighet og beskyttelse mot vilkårlighet.

Monsen har i sin artikkel konkludert med at lovhjemmelkravet fortsatt er gjeldende og at dette stenger for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap basert på ulovfestet rett. Likevel diskuterer han de lege ferenda hvorvidt det *burde* være adgang til å tilkjenne ulempeerstatning for formuesskade.²⁶ Hans argumenter synes her ikke overførbare til det mer

²⁵ Monsen. Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade, s. 49.

²⁶ Monsen. Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade, s. 51-59.

generelle spørsmålet om det gjelder et erstatningsrettslig legalitetsprinsipp for ikke-økonomisk tap..

Så vidt meg bekjent er det ingen andre teoretikere som har uttalt at det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp ikke lengre skal være gjeldende. Jeg har heller ikke funnet eksempler på at Høyesterett har tilkjent erstatning for ikke-økonomisk tap på grunnlag av ulovfestet rett. I tillegg har Høyesterett så sent som i år (2012) presisert at det gjelder et lovhjemmelskrav for erstatning for ikke-økonomisk tap.²⁷

Det konkluderes derfor med at legalitetsprinsippet fortsatt er gjeldende. Det gjenstår da å klarlegge hvor sterke bindinger prinsippet stiller opp.

3.3. Rekkevidden av det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:

En Høyesterettsdom inntatt i Rt. 1987 s. 764, også kalt VG-dommen, er et illustrerende eksempel på hvordan Høyesterett forholder seg til legalitetsprinsippet. En produsent av en borerigg fikk medhold i sitt oppreisningskrav mot VG fordi avisen hadde trykket uriktige påstander om manglende kvalitet ved boreriggene. Bestemmelsen i skl. § 3-6 hjemler oppreisningskrav hvor ”annens” ære er krenket. Juridiske personer er ikke nevnt. Høyesterett kom likevel til at generelle hensyn bak bestemmelsen, prevensjonshensynet og ønsket om å kunne bruke oppreisningsinstituttet hvor tap vanskelig lar seg bevise, medførte at juridiske personer kunne innfortolkes.

I denne saken ga ordlyden ingen bidrag til løsningen. Når juridiske personer likevel ble innfortolket, illustrerer det at Høyesterett ikke anså legalitetsprinsippet for å sette en stopper for å anvende vanlige tolkningsprinsipper. Dette kan tas til inntekt for at det ikke utelukkende er lovens ordlyd som er avgjørende for om hjemmelen er tilstrekkelig klar eller ikke. Om løsningen innebar en presiserende, utvidende eller analogisk tolkning er ikke lett å avgjøre, jfr. det som er skrevet tidligere om slike vanskeligheter. Men dommen viser at bakenforliggende hensyn kan trekkes inn i vurderingen. Dette gir en klar indikasjon på at

²⁷ HR-2012-2056-A, avsitt 50.

legalitetsprinsippet tillater at vanlige tolkningsprinsipper anvendes, slik at det ikke utelukkende er lovens ordlyd som kan gi hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap.

Problemstillingen i det følgende er hvor langt legalitetsprinsippet tillater at det gjennom vanlige tolkningsprinsipper opereres med hjemmelsløsninger som ikke naturlig springer ut av lovens ordlyd.

Som tidligere vist har oppreisningsreglene et nært slektskap med strafferetten. Dette fordrer en undersøkelse av om det strafferettslige legalitetsprinsippet gir noen veiledning ved kartleggingen av det erstatningsrettslige legalitetsprinsippets rekkevidde.

Strandbakken viser at bruk av straff er det strengeste virkemiddel staten kan ta i bruk overfor sine borgere.²⁸ Denne presiseringen understreker hvor viktig de rettssikkerhetsmekanismene som legalitetsprinsippet oppstiller er. Dette har også gitt seg utslag i en stadig strengere håndhevelse av prinsippet, noe som medfører at analogier til ugunst for tiltalte er utelukket. Dette understrekes også av Askeland som uttaler at der ”statens inngrep overfor borgeren er sterkt; så som ved straff, bør inngrepet ha klar hjemmel i lov og ikke hjemles i en analogi på usikkert grunnlag”.²⁹ Derimot er en viss utvidende tolkning tillatt. Gjennom sin artikkel viser Askeland at analogier kan bli møtt med større eller mindre motstand på ulike rettsområder.

Ettersom oppreisningserstatningen også har en side mot det pønale, bør det stilles spørsmål ved om det strafferettslige legalitetsprinsippets motstand mot analogiske slutninger, smitter over på det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet. Dersom det pønale hensynet får en ikke ubetydelig rolle i avgjørelsen av å pålegge gjerningsmannen et oppreisningskrav, vil en slik sanksjonering få en viss likhet med den strafferettslige boten. Den viktigste forskjellen er hvem pengesummen utbetales til. En bot betales til staten, mens erstatningen utbetales til skadelidte. Så lenge det pønale hensynet får en vesentlig rolle, vil sanksjoneringen lett kunne tenkes å oppleves like inngripende for skadevolderen. I slike tilfeller er behovet for den rettssikkerhet som legalitetsprinsippet tilbyr stort.. Tidligere, da de preventive og pønale

²⁸ Strandbakken. Grunnloven § 96, s. 206.

²⁹ Bjarte Askeland. Om analogi og abduksjon, s. 517. Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s. 499-547.

hensyn var mer i forgrunnen som begrunnelse for oppreisningsinstituttet, ville jeg av disse grunner uten tvil svart ja på det ovenstående spørsmålet.

Som vist under punkt 2.1 har imidlertid det styrende hensynet bak oppreisningsinstituttet flyttet seg bort fra det pønale og preventive, og over på kompensasjonshensynet i de senere år. Dette medfører at slektskapet mellom oppreisningserstatning og straff har blitt fjernere. I tillegg har idømmelsen av erstatningsansvar fått en mindre sanksjonerende rolle da fokuset i stedet er rettet mot å gi skadelidte et ”plaster på såret”. Behovet for den sterke beskyttelse som ligger i det strafferettslige legalitetsprinsippet blir ikke like opplagt.

De presenterte synspunktene åpner her for en mulig differensiering. Dersom det er kompensasjonshensynet som anvendes mest aktivt for å begrunne en analogisk tolkning, er kompensasjonsbehovet til skadelidte styrende. Hovedformålet er ikke å sanksjonere skadevolderen. En beveger seg da såpass bort fra strafferetten at analogi også til ugunst bør tillates. Er det derimot det pønale hensynet som kommer i forgrunnen ved anvendelsen av en analogi, bør konklusjonen bli motsatt. Å straffe er noe av det mest inngripende en stat kan gjøre mot sine borgere. Jo større del av formålet som sikter mot det pønale og et ønske om å straffe borgeren, jo strengere krav bør stilles til lovhjemmelen for å forhindre urettmessige overgrep.

Mot dette kan det innvendes at den rent faktiske virkningen overfor skadevolderen forblir den samme. Skadevolderen må uansett betale den samme pengesummen. Dette kan tilsi at en slik differensiering kan fremstå noe kunstig.

Likevel er det et sentralt poeng at idømmelse av oppreisningsansvar vil virke mer stigmatiserende der det pønale hensynet er avgjørende for tolkningen av ordlyden. Analogiske slutninger bør derfor utelukkende aksepteres hvor formålet er å imøtegå skadelidtes kompensasjonsbehov.

Oppsummert vil en ut fra disse betraktningene kunne slutte at det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet ikke setter en stopper for utvidende ordlydstolkninger, heller ikke til

tiltalt ugunst. Ved analogiske tolkninger smitter strafferettens legalitetsprinsipp over på det erstatningsrettslige når det pønale hensynet får en vesentlig rolle i avgjørelsen. Hvor kompensasjonsbehovet hos skadelidte er i forgrunnen, kan analogiske tolkninger til ugunst aksepteres.

I neste punkt vil jeg kartlegge hvilke tolkningsprinsipper Høyesterett anvender i dommen inntatt i Rt. 2011 s. 247, og undersøke om dette er i tråd med de slutninger jeg har truffet i dette underpunktet.

3.4. Høyesteretts tolkning av hjemmelsgrunnlaget i Rt. 2011 s. 247 prøvd opp mot det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp:

Domfelte ble overfor E, F og G dømt i lagmannsretten for forsøk på overtredelse av straffeloven § 195 (1) første straffalternativ, jfr. strl. § 49. Deretter ble oppreisningserstatningen hjemlet i skadeerstatningsloven § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3. Bestemmelsen i § 3-3 nevner strl. § 195, men hverken lovens ordlyd eller forarbeider gir klare indikasjoner på at også forsøk på disse bestemmelsene er omfattet.

I dommens avsnitt 31 innrømmer Høyesterett at ”ordlyden i § 3-5 jf. § 3-3 isolert sett kunne tyde på at bare fullbyrdede forbrytelser omfattes. § 3-5 taler om slik « atferd » som er nevnt i § 3-3 , og sistnevnte bestemmelse nevner ikke forsøk”. Deretter konkluderer Høyesterett med at ordlyden ikke kan tolkes så strengt og lar forsøk på straffebestemmelsene i § 3-3 omfattes.

Høyesterett oppfatter altså ikke ordlyden som i seg selv dekkende for forholdet. Likevel, fordi Høyesterett anser kompensasjonshensynet for å gjøre seg gjeldende ved forsøk på bestemmelsene i § 3-3, dras det i ordlyden av ”utført mislig atferd som nevnt i § 3-3” slik at også forsøk faller innunder. Ved hjelp av vanlige tolkningsprinsipper, hvor ordlyden tolkes utvidende eller analogisk under henvisning til bakenforliggende hensyn, finner Høyesterett hjemmel for sin løsning.

3.4.1. Rettsanvendelsen:

Allerede her bør det påpekes at ettersom ordlyden i seg selv ikke støtter løsningen, synes tolkningen å ligge i ytterkanten av det erstatningsrettslige legalitetsprinsipp. Ut fra de slutninger som er truffet over er ikke utvidende tolkninger til ugunst problematisk. Ved analogiske slutninger bør det derimot foretas en nærmere vurdering av hvor stort gjennomslag et eventuelt pønalt hensyn har fått i rettsanvendelsen. Her kan det tenkes at tolkningen ikke er i tråd med de krav det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet oppstiller. Spørsmålet er derfor om Høyesterett foretar en utvidende eller analogisk tolkning av ordlyden ved innlemmelsen av forsøkshandlinger i hjemmelsgrunnlaget.

Dette er ingen enkel oppgave å klarlegge. Om slike kategoriseringer skriver Andenæs at ”når vi beveger oss fra sentrum i ordenes betydningsinnhold og utover mot periferien, skjer det gjennom gradvise overganger, og det er umulig på noe punkt å si at akkurat her går grensen for ordenes språklige betydningsinnhold”.³⁰ Videre skriver Andenæs om grenseopptrekkingen mellom utvidende tolkning og analogi at ”jo lenger vi kommer bort fra ordenes naturlige anvendelsesområde, jo større forskjell det er mellom tilfelle a som loven direkte taler om og tilfelle b som vi har til bedømmelse, desto mer tilbøyelige vil vi være til å tale om analogi, men ingen kan si akkurat hvor grensen går”.³¹

Begrunnelsen for å innlemme forsøkshandlinger i ordlyden av den ”atferden” som er oppregnet i § 3-3, er altså at ”de samme hensyn gjør seg gjeldende”. Jeg har tidligere vist at Høyesterett synes å sikte til kompensasjonshensynet. Videre argumenteres det med at fraværet av en presisering i forarbeidene er et argument for å innlemme forsøkshandlinger. Hvis ikke ville en klargjøring av lovgiver vært forventet. Henvisningen til forarbeidene synes å underbygge at Høyesterett anser forsøkshandlinger som så tett knyttet til de fullbyrdete handlingene, at det ville vært grunn til å spesifisere det dersom dette ikke var tilfellet. Forsøkshandlinger er også noe som rent faktisk leder frem mot den fullbyrdede ”atferden” loven sikter til. Dette taler for at det dreier seg om en utvidende tolkning.

³⁰ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 112.

³¹ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 117.

Mot dette kan det hevdes at ettersom forsøkshandlinger beror på en egen strafferettslig rubrisering, bør tolkningen regnes som en analogi med den virkning at loven benyttes på et helt annet, men sammenlignbart tilfelle. Videre kan det også være slik at de faktiske handlingene som inngår i forsøket rent objektivt er nokså forskjellige fra handlinger som kvalifiserer for en fullbyrdet forbrytelse.

For illustrere dette nærmere vises det til en høyesterettsdom inntatt i Rt. 2008 s. 867. Her hadde en voksen mann kommet i kontakt med en fjorten år gammel jente via internett. De inngikk en avtale om at han først skulle kjøpe en mobiltelefon til henne, før de skulle ha seksuell omgang på et hotell. Mannen betalte for hotellrommet i resepsjonen. Imidlertid ombestemte jenten seg, og dette ble akseptert av mannen. Situasjonen ble kategorisert som et grensetilfelle, men mannen ble frikjent for forsøk på overtredelse av strl. § 196 (1), en bestemmelse som for øvrig nevnes i skl. § 3-3.

I avsnitt 24 vises det til at ”fornærmede da planen om seksuell omgang ble avbrutt, fortsatt befant seg i hotellets resepsjonsområde. De befant seg således på et sted som er tilgjengelig for allmennheten, og hadde ikke beveget seg inn i noen privat sfære. Ved vurderingen av om tiltalte har beveget seg over fra forberedelse til forsøk på seksuell omgang, må dette tillegges vekt. *Forholdet ville ha stilt seg annerledes dersom tiltalte og fornærmede var kommet inn på hotellrommet før fornærmede ombestemte se*” (min kursivering).

I en slik situasjon ville det vært en vesensforskjell i handlingenes karakter i forsøkshandlingen og i den fullbyrdete handlingen. Forsøkshandlingen ville gått ut på å følge jenten opp på et hotellrom hvor lovbruddet var tiltenkt å utføres. Dette ville utgjort en tilnærmelseshandling. Å gjennomføre seksuell omgang ville vært en handling av en helt annen og seksuell karakter. At hensikten hele tiden var den samme bør ikke tillegges betydning ved vurderingen av en ordlyd som sikter til en objektiv størrelse, altså utvist ”atferd”.

På denne bakgrunn synes jeg de beste grunner taler for å kategorisere tolkningen av ordlyden som en analogi.

Den analogiske slutningen skjer til skadevolderens ugunst. Det avgjørende for om rettsanvendelsen er i tråd med legalitetsprinsippet er da om det pønale hensynet spiller en vesentlig rolle i begrunnelsen. Under punkt 2.4 har jeg konkludert med at henvisningen til kompensasjonshensynet er treffende for denne konkrete saken ettersom hendelsene medførte en reell risiko for skadevirkninger. For denne konkrete saken er således rettsanvendelsen i tråd med legalitetsprinsippet.

Under punkt 2.4 viser jeg imidlertid også at Høyesterett formulerer seg i så generelle vendinger at analogien gis anvendelse på alle straffbare forsøkshandlinger tilknyttet bestemmelsene i § 3-3. Dette omfatter også situasjoner der en forsøkshandling ikke vil innebære en overveiende risiko for skadevirkninger. I slike tilfeller har ikke kompensasjonshensynet en fremtredende rolle i begrunnelsen for analogien. I stedet vil rettsanvenderen måtte belage seg på det pønale hensynet eller prevensjonshensynet for å kunne foreta samme slutning.

Mine tidligere konklusjoner viser at det strafferettslige legalitetsprinsippets forbud mot analogi smitter over på det erstatningsrettslige. Etter mitt syn har Høyesterett derfor ikke belegg for å la analogien omfatte *alle* forsøkshandlinger.

3.4.2. Er oppreisningserstatningen reelt knyttet til en fullbyrdet overtredelse av strl. § 201 (1) c?

Det bør bemerkes at domfelte ut fra tiltalepostene også synes å ha gjort seg skyldig i overtredelse av strl. § 201 (1) c. Bestemmelsen rammer den som utviser ”seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd” i nærvær av barn under 16 år. Både for E, F og G fremgår det at domfelte stod naken foran dem da han ba barna om å masturbere seg. Dette var også seksuelt motivert.³² Oppførselen kan derfor betegnes som blotting, noe som etter rettspraksis omfattes av bestemmelsen. For Gs del ble siktede frifunnet i tingretten for forsøk på overtredelse av § 195 (1)³³. I forhold til G ble han da i stedet dømt for overtredelse av strl. § 201 (1) c.

³² Dette er en forutsetning, jfr. Rt. 2003 s. 1382.

³³ TNERO-2009-176587. Ikke offentlig tilgjengelig.

Her kan det reises spørsmål ved om det reelt er blottingen Høyesterett vektlegger ved risikovurderingen for skadevirkninger. Bestemmelsen i strl. § 201 er ikke nevnt i skl. § 3-3. Det finnes ingen spesifikk lovhjemmel for oppreisningserstatning ved blotting overfor barn. Det kan derfor synes som at Høyesterett omgår hjemmelskravet ved å gå veien via forsøkshandlinger til en bestemmelse som *er* nevnt i § 3-3. For å belyse dette nærmere må det ses hen til hvilken plass blottingen har fått i dommene.

For at grensen for straffbart forsøk skal være overskredet, er det i den strafferettslige teorien særlig vist til tre momenter som inngår i vurderingen av om det straffbare forholdet er ”tilsigtedes paabegynt”, jfr. strl. § 49. Dette er nærhet i tid og sted, handlingenes karakter og den psykologiske sperren mellom hva som er gjort og hva som gjenstår, jfr. Rt. 2008 s. 867, avsnitt 20 og 23.

Ettersom mannen var avkledd og oppholdt seg i samme rom som barna da han ba dem masturbere seg, vil momentene om nærhet i tid og sted være oppfylt. Hadde barna sagt ja til forespørselen, kunne det vært utført der og da, på stedet. I karakter er både blotting og overgrep mot barn seksuelt motiverte handlinger. I tillegg er det naturlig at underrettsdomstolene anså den gjenstående psykologiske sperren som liten. Gjennom blottingen kan mannen regnes for å ha skapt en seksuell atmosfære som barna har blitt dratt inn i ufrivillig. Blottingen kan også regnes som en indikasjon på at domfelte hadde til hensikt å utføre handlingene.

Hadde barna derimot blitt forespurt om de ville masturbere mannen mens han enda var fullt påkledd, ville situasjonen vært en helt annen. For mannen ville det da gjenstått å kle av seg og å skape en seksuell atmosfære. I en slik situasjon ville det vært større grunn til å regne med at mannen fremdeles kunne ombestemt seg. Det ville da vært mindre sannsynlig at vedkommende ble dømt for forsøk. Det må likevel også tas høyde for at domstolen kan ha vektlagt at tilsvarende overgrep var utført overfor de tre andre barna, noe som kan tilsi at den psykologiske sperren allerede i stor grad ville blitt regnet som overskredet.

Dette viser at det er naturlig å tolke straffedommen slik at blottingen er regnet som en del av forsøkshandlingene, og da som en sentral indikasjon på at overgrepene var ”tilsigtedes

paabegynt”, jfr. strl. § 49. Det synes også lite naturlig at Høyesterett ville gått veien via § 3-3 og forsøk dersom blottingen ikke hadde skjedd. Kompensasjonshensynet ville ikke kommet inn med samme tyngde om barna fikk spørsmålet mens mannen var påkledd. Dersom det heller ikke hadde skjedd overgrep mot de tre andre barna, er det etter mitt syn også mindre sannsynlig at det ville blitt tatt ut tiltale for det strafferettslige forholdet.

Høyesterett velger altså å benytte den samme subsumsjonen ved behandlingen av oppreisningsspørsmålet som ved straffespørsmålet; forsøk på overtredelse av § 195 (1), første straffalternativ. I denne saken åpner det for en ny, mulig hjemmel for å tilkjenne oppreisningserstatning.

Om denne rettsanvendelsen er forsvarlig kan diskuteres. Etter mitt syn er et sentralt poeng hvor stor tilleggsbelastning en slik oppfordring om å masturbere seg vil være for barna. Det synes nokså klart at oppfordringen om å berøre ham er en vesentlig del av den negative opplevelsen. Det er først ved disse ordene, og for G's del ved fastholdelsen i hennes arm, at et element av tvang kommer inn i bildet. Dette bidrar nokså klart til å forsterke det skremmende i situasjonen. Det synes derfor mest riktig at en slik tilleggsbelastning for de skadelidte markeres gjennom å anvende et hjemmelsgrunnlag som omfatter dette. Når analogislutningen i den konkrete saken i tillegg er akseptabel i forhold til de skranker legalitetsprinsippet oppstiller, kan det konkluderes med at veien via forsøkshandlinger ikke innebærer en omgåelse av dette.

3.4.3. Ville det vært mer treffende å knytte tilkjennelsen av oppreisningserstatningen for forsøkshhandlingene til skl. §3-5 (1) bokstav a?

Dersom det finnes en mer treffende, alternativ erstatningshjemmel, viser rettspraksis at domstolene ikke er bundet til å anvende samme subsumsjon ved behandlingen av oppreisningsspørsmålet som i straffespørsmålet. Dette fremgår blant annet av dommene inntatt i Rt. 2005 s. 289 og Rt. 2005 s. 104. I begge disse ble domfelte dømt for forsøk på drap. Likevel ble oppreisningserstatningen hjemlet i § 3-5 (1) a for ”voldt skade på person”. Det følger av teorien og omfattende rettspraksis at bestemmelsen omfatter både fysiske og psykiske skader. Ettersom forsøkshhandlingene påførte ofrene massive, fysiske skader, tilbød dette vilkåret en klar hjemmel for oppreisningserstatning. I disse dommene var det derfor ikke

nødvendig å konstruere en egen regel for forsøkshandlinger, og dommene kan av denne grunn ikke tas til inntekt for at forsøkshandlinger berettiger oppreisningserstatning.

For dommen i Rt. 2011 s. 247 ville en mulighet for å hjemle oppreisningserstatningen i bokstav a i stedet for b vært fordelaktig. En ville da unngått en analogisk slutning, og med det en løsning som ligger i ytterkanten av hva det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet tillater. Spørsmålet er derfor om § 3-5 (1) a og vilkåret ”voldt skade på person” kunne fungert som en alternativ hjemmel for tilkjennelse av oppreisningserstatning.

I høyesterettsdommen ble det utelukkende vist til en *risiko* for skadevirkninger av psykologisk art. Det ble ikke vist til at det var ”voldt” skader på barna. Under behandlingen av straffespørsmålene i lagmannsrettens dom er det likevel presisert at ”de fornærmede er klart negativt preget av de opplevelser de har gjennomgått ved tiltaltes handlinger og adferd. De har siden kort tid etter at forholdene ble anmeldt gått til gruppesamtaler og individuelle samtaler. Med unntak av D har de fortsatt behov for oppfølging”. Det samme fremgår av tingrettsdommen. Dette kan tyde på at bokstav a kunne fungert som en god alternativ hjemmel, noe som ville vært fordelaktig sett opp mot legalitetsprinsippet.

Imidlertid viser tingretten i sin avgjørelse til en tidligere nevnt Høyesterettsdom inntatt i Rt. 2004 s. 1068. I avsnitt 35 uttales det at overtredelser av [§ 195](#) innebærer ”en risiko for skadevirkninger for barnet på både kortere og lengre sikt, noe som også er anført i vår sak. Denne generelle risikoen for skadevirkninger bør få betydning ved fastsettingen av oppreisningserstatningen, og uten at det vanligvis vil være behov for å gå nærmere inn på hvordan utviklingen for den unge i den konkrete saken har vært eller kan ventes å bli”. Det presiseres også i tingrettsdommen at det er ”usikkerhet knyttet til skadevirkninger fremover”. Ut fra Høyesteretts argumentasjon synes det heller ikke som om Høyesterett anser det som bevist at skadevirkninger rent faktisk vil inntre, og at disse er ”voldt”. Det sivilrettslige beviskrav for at det faktisk hadde inntrådt eller ville inntre en personskaade, ble nok ikke ansett oppfylt.

Høyesterett velger altså i stedet en tredje innfallsvinkel til skl. § 3-5. Der det ikke bevises at det rent faktisk foreligger en ”voldt skade på person”, og når straffebudet som retter seg

direkte mot den handlingen som innebar en skaderisiko ikke er nevnt i § 3-3, finner Høyesterett hjemmel hvor dette regnes som en forsøkshandling som leder mot en bestemmelse nevnt i § 3-3.

Det finnes imidlertid nok et alternativt hjemmelsgrunnlag som etter mitt syn ville vært den mest treffende sett opp mot det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet. Denne vil jeg presentere og begrunne i kapittel 5.

4. Ved hvilke straffebud finnes det hjemmel for oppreisningserstatning etter forsøkshandlinger?

I denne delen av avhandlingen vil jeg behandle enkelte av straffebudene som er nevnt i § 3-3 for å prøve hvor langt høyesterettsdommen i Rt. 2011 s. 247 rekker i å etablere en regel om oppreisningserstatning for forsøk. Som vist over begrunner Høyesterett sin analogislutning med kompensasjonshensynet. For at kompensasjonshensynet skal gjøre seg gjeldende må det imidlertid oppstå et kompensasjonsbehov som følge av forsøkshandlingen. Formålet med dette kapitlet er å vise at risikoen for skadevirkninger etter straffbare forsøkshandlinger vil kunne variere i de ulike straffebestemmelsene og ut fra ulike typetilfeller. I punkt 4.1 vil jeg knytte noen kommentarer rundt dette til seksualforbrytelsene (strl. §§ 192-199 og 200 (3)), i punkt 4.2 til innbrudd (§ 147) og i punkt 4.3 til legemsfornærmelse (§ 228).

Innledningsvis finner jeg grunn til å minne om at det særlig er tre momenter som inngår i vurderingen av om det straffbare forholdet er ”tilsigtetes paabegynt”, jfr. strl. § 49. Dette er nærhet i tid og sted, handlingenes karakter og den psykologiske sperren mellom hva som er gjort og hva som gjenstår, jfr. Rt. 2008 s. 867, avsnitt 20 og 23.

4.1. Oppreisningserstatning ved forsøk på seksualforbrytelser?

For de fleste typetilfeller vil forsøk på de seksualforbrytelsene som er oppregnet i § 3-3 (jfr. strl. §§ 192-199 og 200 (3)) kunne medføre en risiko for skadevirkninger for den fornærmede. Slike handlinger vil ofte ha en særlig nedverdiggende effekt som også for forsøkshandlingene ofte resulterer i skam, skyldfølelse, frykt og redsel. Unntak kan særlig tenkes hvor vedkommende sover eller er bevisstløs og av denne grunn aldri får kjennskap til hendelsen, eller først får kjennskap til det mange år senere. Se her eksempelet som er anvendt i punkt 2.4. Det understrekes likevel at det også her må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

4.2. Oppreisningserstatning ved forsøk på innbrudd (strl. § 147)?

Ved forsøk på innbrudd er det lett å tenke seg ulike rettslige utfall. Av § 147 fremgår det at den som ”baner seg eller annen uberettiget adgang” til hus, jernbane, motorvogn osv., begår et straffbart innbrudd.

Dersom en gjerningsmann med fullbyrdelsesforsett prøver å få opp låsen til inngangsdøren i en privatbolig ”ved hjelp av dirk” uten å lykkes, vil momentene overfor tilsli at det foreligger et straffbart forsøk på innbrudd, jfr. § 147, jfr. § 49. Her kan en tenke seg at en beboer våkner og blir skremt av lydene. Handlingene vil kunne oppleves som en trussel mot ens hjem og sin families trygghet, og en slik frykt kan vedvare i lang tid. Det kan derfor hevdes at situasjonen medfører en kvalifisert risiko for skadevirkninger i form av utrygghet i eget hjem. Disse vil utgjøre en faktisk negativ effekt og skape et kompensasjonsbehov for skadelidte. I et slikt tilfelle kommer kompensasjonshensynet på banen og støtter oppunder en analogislutning for å la forsøkshandlingen omfattes. For dette typetilfellet vil Høyesteretts hjemmelskonstruksjon være holdbar.

I et alternativt typetilfelle rettes innbruddet mot skadelidtes ”motorvogn”, jfr. § 147.

Gjerningsmannen forsøker å dirke opp låsen på bilen mens den er parkert på en parkeringsplass 200 meter unna huset. Dette oppdages av en nabo som straks skremmer bort innbruddstyven og melder fra til politiet og eieren av bilen.

I en slik situasjon er det lite trolig at eieren av bilen vil oppleve sin personlige integritet krenket. Det kan i det hele tatt diskuteres om et innbrudd i motorvogn innebærer en personlig krenkelse, eller om det er mer riktig å kategorisere dette som en krenkelse av eiendomsretten. Uansett foreligger det neppe noen risiko for skadevirkning. Like fullt vil Høyesteretts generelle formuleringer i Rt. 2011 s. 247 åpne hjemmelsgrunnlaget også for en slik forsøkshandling. Etter mitt syn vil ikke denne forsøkssituasjonen gi hjemmel for oppreisningserstatning fordi kompensasjonshensynet ikke kan begrunne analogislutningen.

4.3. Oppreisningserstatning ved forsøk på legemsfornærmelser (strl. § 228)

Den som ”øver Vold mod en andens Person eller på anden Maade fornærmer ham paa Legeme” gjør seg skyldig i legemsfornærmelse. Matningsdal fremhever at straffbart forsøk

typisk vil foreligge hvor gjerningsmannen bommer.³⁴ I forhold til denne bestemmelsen virker det umiddelbart noe søkt å snakke om en risiko for skadevirkninger etter et straffbart forsøk. Dette fordi bestemmelsen angår maktanstrengelser som ikke kvalifiserer som legemsbeskadigelser i § 229. I strafferettslig terminologi vil derfor selv ikke en fullbyrdet overtredelse av bestemmelsen innebære en skade.

Det er imidlertid ikke gitt at skadebegrepet i strafferetten er sammenfallende med skadebegrepet i erstatningsretten. Hva som utgjør en strafferettslig legemsbeskadigelse må tolkes med utgangspunkt i strl. § 229 med tilhørende praksis og teori. For oppreisningserstatning i tilknytning til § 228 er det tolkningen av vilkårene i skl. § 3-5 (1) b som er avgjørende.

Her kan saksforholdet i en høyesterettsdom inntatt i Rt. 1992 s. 851 anvendes som et utgangspunkt for å teste om en forsøkssituasjon vil berettige oppreisningserstatning.

En mann ble dømt for legemsfornærmelse etter å ha løftet sin fraskilte ektefelle og båret henne 50-60 meter mens han løp mot sjøen og ropte at dersom ikke han skulle få henne, skulle ingen andre få henne heller.

Dersom vi endrer faktum slik at mannen i stedet *prøvde* å løfte sin fraskilte kone, men mislyktes grunnet ekskonens kroppsvekt, foreligger det kanskje bare et straffbart forsøk på legemsfornærmelse. Men her kan det tenkes at også dette ville kvalifisert for en fullbyrdet legemsfornærmelse. Uansett kan vi neppe snakke om en risiko for skadevirkninger for konen.

Endres faktum igjen, slik at eksmannen var overstadig beruset da han tenkte å løfte sin kone og i stedet veltet over ende før han kom i fysisk kontakt med henne, vil det dreie seg om et forsøk på legemsfornærmelse etter strl. § 228, jfr. § 49. Her synes det noe absurd å snakke om en risiko for skadevirkninger.

Også ellers er det vanskelig å tenke seg et tilfelle der et forsøk på en legemsfornærmelse vil kunne innebære en risiko for skadevirkninger som bør kompenseres for gjennom oppreisningserstatning.

Dette viser tydelig at Høyesteretts analogislutning trekkes for langt når alle forsøkshandlinger omfattes på bakgrunn av kompensasjonshensynet.

³⁴ Magnus Matningsdal. Norsk spesiell strafferett, s. 85. Oslo, 2010.

5. En alternativ innfallsvinkel:

Ettersom Høyesteretts analogi uansett ligger i ytterkanten av det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet, vil jeg presentere en alternativ innfallsvinkel som etter mitt syn samsvarer bedre med de krav legalitetsprinsippet oppstiller.

5.1. Tilkjennelse av oppreisningserstatning for forsøkshandlinger med hjemmel i vilkåret "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3" i § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3:

Høyesterett har som tidligere vist hjemlet oppreisningserstatning for forsøkshandlinger i en analogisk slutning av ordlyden "utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3", jfr. § 3-5 (1) b, jfr. § 3-3. Bokstav b har imidlertid et alternativt vilkår. Også den som er "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3" er berettiget oppreisningserstatning.

Heller ikke i dette vilkåret gir ordlyden anvisning på en klar hjemmel for forsøkshandlinger. En forsøkshandling vil ikke være en tilføyd krenkelse "som nevnt i § 3-3". Her siktes det utelukkende til fullbyrdete overtredelser. Etter mitt syn er likevel veien kortere for å innlemme forsøkshandlinger i denne ordlyden, enn i ordlyden av "utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3". Hvorfor jeg inntar dette standpunktet skal jeg redegjøre for nærmere under punkt 5.1.2. Først må det imidlertid tas stilling til hvordan vilkåret egentlig er å forstå.

5.1.1. Tolkning av vilkåret "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3":

Problemstillingen i det følgende er hvordan vilkåret "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3" skal forstås. At vilkåret er oppfylt der en gjerningsmann har fullbyrdet en av de straffbare handlingene som er oppregnet i § 3-3, er klart. Spørsmålet er *hva det er med disse overtredelsene* som innebærer en "tilføyd krenking" som berettiger oppreisningserstatning.

Friberg illustrerer hvordan krenkelsesbegrepet i erstatningsretten kan forstås på to ulike måter. Enten som "själva gärningen eller handlingen ("han kränker henne")", eller som "själva skadan eller effekten av gärningen ("hon blev kränkt av honom)".³⁵ Friberg skriver om oppreisningserstatning i den svenske erstatningsrett, men de samme betraktningene kan også tas opp til diskusjon i forbindelse med den norske oppreisningserstatningen.

³⁵ Sandra Friberg. Kränkingsersättning, s. 351.

Ut fra en slik betraktning vil ordlyden av ”tilføyd krenking” kunne sikte til selve handlingene som er nevnt i § 3-3, eller den kan sikte til selve opplevelsen for den skadelidende av å få sin personlige integritet krenket, altså resultatet av handlingene. Vilkåret fungerer som en særskilt definisjon av skadebegrepet fra lovgivers side. Her har lovgiver gitt uttrykk for sin forestilling om hva som utgjør en erstatningsbetingende skade. Et endelig svar på hva som utgjør en erstatningsbetingende skade i rettslig forstand, gir lovteksten likevel ikke.³⁶ Ordlyden av ”tilføyd” tyder imidlertid på at det dreier seg om noe som er påført en annen. Dette gir en viss støtte for at det med krenkelse siktes til resultatet av handlingene. Her bør det imidlertid understrekes at lovteksten ikke alltid er helt gjennomtenkt når det kommer til slike nyansforskjeller.

Friberg illustrerer forskjellen nærmere ved hjelp av et eksempel fra den svenske Høyesterett.³⁷ Dommen omhandler et tre år gammelt barn som ble seksuelt utnyttet av morens samboer mens hun sov. Samboeren plasserte penis sin mellom barnets kjønnslepper, og fikk barnets hånd til å holde rundt den. Hendelsene innebar ingen form for vold, og barnet våknet aldri mens det pågikk. Forholdet ble oppdaget da det ble funnet fotografier av hendelsene i ettertid. Overfor domstolen ga barnets mor uttrykk for at hun aldri ville la datteren få kjennskap til overtredelsene i frykt for potensielle skadevirkninger. Spørsmålet for domstolen ble da om en gjerning man overhodet ikke har noen opplevelse av, verken under eller etter gjerningen, utgjør en erstatningsrettslig vernet krenkelse.

Den svenske Høyesterettsdomstolen svarte ja på dette spørsmålet. Mannen ble dømt til to års fengsel for grovt, seksuell utnyttning av mindreårig, og ble i tillegg pålagt å betale 50 000 kroner i oppreisningserstatning til barnet.

I sin begrunnelse henviste domstolen til et sitat fra forarbeidene hvor det fremgikk at ”en ersättningsgill kränkning kan föreligga även om den angripne inte uppfattat angreppet på grund av exempelvis medvetlöshet eller sömn (jfr. a. prop. S. 75 och 6 kap. 1 § andra stycket BrB).” Dette ble tatt til inntekt for at det er selve de straffbare handlingene som utgjør krenkelsen. Det ble også vist til at personer som ikke opplever overtredelsen, eller som ikke er

³⁶ Sören Koch. Det erstatningsrettslige skadebegrepet – en sammenligning mellom tysk og norsk rett, s. 254-255. TFE-2010-250.

³⁷ Friberg. Kränkingsersättning, s. 351-353. NJA 2007 s. 540.

i stand til å forstå hva de utsettes for, ikke bør avskjæres muligheten for å få oppreisningserstatning, slik som for eksempel barn og psykisk utviklingshemmede.

Mot dette innvender Friberg at en person som blir utsatt for en krenkelse mens de sover eller er bevisstløs, fortsatt kan få en negativ opplevelse av hendelsen i ettertid grunnet fysiske spor, eller gjennom innsikt i det å ha blitt utsatt for et angrep som kan føre til følelser av sjokk, frykt, skam og fornedring. For jenten i denne dommen ville ikke det være tilfellet. Friberg hevder da at oppreisningsbeløpet ikke kan ha noen reparerende eller lindrende effekt utover å utgjøre en sivilrettslig sanksjon mot de straffbare handlingene i tillegg til straffen. Hun uttrykker dette slik: ”det har blivitt kränkningen av skyddsinteresset snarare än skadan på angreppsobjektet (den enskilda personen som blir utsatt för brott), som utgör den ersättningsgilla skadan”.³⁸

Friberg kritiserer dommen for å ha ført til en objektivisering fra skaden til ansvarsgrunnlaget. Når det foreligger et straffbart overgrep mot en person, blir de mer subjektive og individualiserende omstendighetene rundt skaden mindre betydningsfulle. ”Huruvida den skadelidande verkligen drabbats av några besvär eller något lidande, behöver egentligen inte alls beaktas”.³⁹ På side 358 viser hun også at det ikke alltid kreves en skade på angreppsobjektet for å straffe, men at det normalt kreves for erstatning. Hun påberoper at oppreisningserstatning krever en negativ effekt for skadelidte. I fortsettelsen vil jeg undersøke hvordan disse betraktningene står seg i forhold til det tradisjonelle skadebegrepet i den norske erstatningsretten.

Nygård viser at en vanskelig kan komme lengre ved definisjonen av skade enn til å omtale det som et negativt faktum eller en ugunstig effekt. Om denne skal underlegges erstatningsrettslig vern beror så på en normativ vurdering.⁴⁰ Dette synspunktet tilsluttes av Monsen som omtaler det som en *faktisk negativ effekt*.⁴¹ At det kreves en negativ effekt, fremheves også av Koch under henvisning til Steriliseringsdommen (Rt. 1999 s. 203).⁴² Ellers hevder han at skadebegrepet er svært uklart i norsk rett, og slutter seg til Stavang som lander på at skadebegrepet er et navn på resultatet av at noen normative faktorer, bl.a. negativ effekt og erstatningsrettslig vern, foreligger i den konkrete situasjonen.⁴³ Dette underbygger at

³⁸ Friberg. Kränkningersättning, s. 356.

³⁹ Friberg. Kränkningersättning, s. 357.

⁴⁰ Nygård. Skade og ansvar, s. 59-60.

⁴¹ Monsen. Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade, s. 7.

⁴² Koch. Det erstatningsrettslige skadebegrepet – en sammenligning mellom tysk og norsk rett, s. 258.

⁴³ Koch. Det erstatningsrettslige skadebegrepet – en sammenligning mellom tysk og norsk rett, s. 260

skadevilkåret i hovedsak dreier seg om et *resultat* etter ansvarsbetingende handlinger, i likhet med det standpunkt Friberg inntar.

I Nygårds lærebok systematiseres erstatningsretten gjennom å operere med tre grunnvilkår; skade, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng mellom disse. Ved å knytte ordlyden til selve handlingen i stedet for resultatet, ville skillet mellom skadebegrepet og ansvarsvilkåret blitt svært uklart. Som Friberg viser ville selve skaden da utgjort den handlingen som skal være ansvarsbetingende.⁴⁴ Nygård fremhever under henvisning til rettspraksis at det personlige ansvaret i ansvarsgrunnlaget går på selve handlingen og ikke nødvendigvis på skadefølgen.⁴⁵ Det samme presiseres av Lødrup.⁴⁶

Å holde fast på forutsetningen om en faktisk negativ effekt gjennom å sikte ordlyden av ”tilføyd krenkning” mot resultatet, er et grep som bidrar til å verne skadevilkåret og å opprettholde et tydelig skille til grunnvilkåret om ansvarsgrunnlag. Motsatt løsning ville etter mitt syn vært å ”blande sammen kortene” i det erstatningsrettslige systemet.

Videre vil også det å rette ordlyden av ”tilføyd krenkning” i retning av resultatet etter de straffbare handlingene, stemme best overens med oppreisningserstatningens funksjon som en kompensasjon. Som vist under punkt 2.1 følger det både av rettspraksis og teori at oppreisningsinstituttets legislative begrunnelse har endret seg fra et fokus på det pønale og preventive hensynet, til at kompensasjonshensynet har kommet i forgrunnen. For at kompensasjonshensynet i det hele tatt skal gjøre seg gjeldende, må det foreligge et kompensasjonsbehov. Det er resultatet av de straffbare handlingene som skaper et kompensasjonsbehov. Et slikt standpunkt støttes også av Nygård som presiserer at ”Oppreising skal kompensera «tort og smerte» osv.” og Lødrup under henvisning til Rt. 2002 s. 481 på s. 486.⁴⁷

Etter dette vil både ordlyden i bestemmelsen, erstatningsrettens alminnelige skadebegrep og oppreisningserstatningens kompenserende funksjon samsvare med det standpunkt Friberg inntar for det svenske skadebegrepet ved oppreisningserstatning. På denne bakgrunn konkluderes det med at ordlyden av ”tilføyd krenkning (...) som nevnt i § 3-3” sikter til

⁴⁴ Friberg. Kränkningsersättning, s. 356.

⁴⁵ Nygård. Skade og ansvar, s. 166. Rt. 1999 s. 887 på s. 895 og Rt. 2005 s. 104 avsnitt 42.

⁴⁶ Lødrup. Oppreisningserstatning – et praktisk rettsinstitutt, s. 214. Rt. 1997 s. 883.

⁴⁷ Nygård. Skade og ansvar, s. 168. Lødrup. Oppreisningserstatning – et praktisk rettsinstitutt, s. 218.

resultatet av fullbyrdede overtredelser av straffebudene oppregnet i § 3-3. I fortsettelsen vil jeg også anvende begrepet *krenkelse* som resultatet av en ansvarsbetingende handling.

5.1.2. Oppreisningserstatning etter forsøkshandlinger med utgangspunkt i vilkåret "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3":

I dette underpunktet vil jeg forklare nærmere hvorfor jeg mener at tilkjennelse av oppreisningserstatning etter forsøkshandlinger bør knyttes til vilkåret "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3" fremfor til vilkåret "utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3".

Ordlyden av "utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3" sikter til de faktiske handlingene som har funnet sted ved overtredelse av straffebudene, uavhengig av hvordan disse har innvirket overfor fornærmede. I Rt. 2005 s. 104 fremheves det i avsnitt 53 at det ordlydsmessig helt like vilkåret i § 3-5 (2) sikter til hvor grov handlingen objektivt sett er, noe som vil avspeiles i det konkrete skaderesultatet og omfanget av skaden. Ordlyden synes å samsvare best med det pønale og preventive formålet, og kan kanskje derfor sies å utgjøre et uegnet utgangspunkt for en analogislutning basert på kompensasjonshensynet, slik Høyesterett gjør i Rt. 2011 s. 247, jfr. punkt 3.4.

Drøftelsen i punkt 5.1.1 viser at ordlyden av "tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3" derimot sikter til resultatet eller konsekvensene av disse handlingene, og da mer konkret mot skadelidtes følbare opplevelse av å få sin personlige integritet krenket. Her kommer kompensasjonshensynet mer til sin plass, og det blir mer naturlig å dra i ordlyden ved hjelp av kompensasjonshensynet ut fra et slikt utgangspunkt. Både for forsøkshandlinger og for fullbyrdede overtredelser, vil resultatet for de fleste tilfeller være at skadelidte opplever en negativ effekt gjennom å bli tilføyd en slik krenking. Vesensforskjellen mellom en fullbyrdet overtredelse og en forsøkshandling vil i hovedsak være i hvilken grad skadelidte opplever seg krenket.

Som vist under punkt 3.4.1 vil vesensforskjellen mellom den mislige "atferden" i en fullbyrdet handling og en forsøkshandling, objektivt sett kunne være nokså forskjellige. Her vil jeg gjenta eksempelet fra Rt. 2008 s. 867. Forsøkshandlingen ville innebære en *tilnærming* til det tenkte gjerningsstedet, hotellrommet, mens den fullbyrdede handlingen ville være å gjennomføre en handling av seksuell karakter. At hensikten var den samme, å faktisk gjennomføre den seksuelle omgangen, er ikke noe ordlyden av "atferden" gir rom for å ta i

betraktning. Innlemmelsen av forsøkshandlinger kunne derfor ikke kategoriseres som en utvidende tolkning, men ble sett på som en analogi hvor lovens ordlyd ble benyttet på et helt annet tilfelle enn det loven regulerte.

Når vilkåret ”tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3” tolkes som resultatet av krenkelsene, er den vesentlige forskjellen mellom en forsøkshandling og en fullbyrdet handling i hvilken grad skadelidte opplever seg krenket. Det ordlydsmessige spranget ved å gi dette vilkåret anvendelse på forsøkshandlinger, blir derfor ikke like stort. Ordlyden anvendes ikke på et helt annet tilfelle, men på en situasjon som innebærer en noe mindre kvalifisert risiko for skadevirkning, enn det ordlyden egentlig sikter til. Dette vil etter mitt syn derfor kunne kategoriseres som en utvidende tolkning, og ikke en analogi.

Her er det grunn til å understreke at heller ikke dette vilkåret gir hjemmel for omfatte alle forsøkshandlinger på bestemmelsene nevnt i § 3-3. En slik utvidende tolkning er utelukkende holdbar der kompensasjonshensynet kommer inn med en viss tyngde. Også her må vurderingen knyttes til skaderisiko i det konkrete tilfellet. Jo større negative konsekvenser forsøket regnes for å kunne påføre skadelidte, jo større grunn er det til å tolke ordlyden utvidende til å omfatte forsøkshandlingen.

Det rettsanvenderen oppnår ved å knytte innlemmelser av forsøkshandlinger til en utvidende tolkning av ”tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3”, er å opptre nærmere ordlydens kjerne. Rettsanvenderen slipper unna en analogislutning, slik Høyesterett foretar i Rt. 2011 s. 247. På denne måten vil rettsanvenderen opptre på tryggere grunn i forhold til det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet. Som vist under punkt 3.3 vil en utvidende tolkning til tiltaltes ugunst ikke være problematisk etter de føringene som smitter over fra det strafferettslige legalitetsprinsippet. En analogi vil derimot være på kanten og ikke akseptabelt hvor det pønale hensynet får en sentral rolle.

Oppsummert vil en utvidende tolkning av vilkåret ”tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3” være den løsning som er mest i samsvar med det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet, og som på denne måten ivaretar skadevolderens rettssikkerhet på en best mulig måte. Ettersom ”tilføyd krenking” tolkes som resultatet av de straffbare handlingene, vil ikke ordlyden være oppfylt dersom den fornærmede ikke *opplever seg krenket* på bakgrunn av forsøkshandlingene. Også det alminnelige skadevilkåret med krav om en faktisk negativ

effekt, og det at kompensasjonshensynet er styrende for oppreisningsinstituttet, setter en stopper for utvidende ordlydstolkninger i slike tilfeller.

Tidligere har jeg vist at det ofte er problematisk å dokumentere skadeeffekt. Høyesterett har her lagt til grunn at det er tilstrekkelig at det foreligger en viss risiko for skadevirkninger.⁴⁸ Slike synspunkter fremgår også av forarbeidene.⁴⁹

6. Avslutning:

I punkt 1.2 presenterte jeg følgende problemstilling:

”Hvor langt rekker hjemmelsgrunnlaget for oppreisningserstatning i lys av nyere utviklingslinjer i Høyesteretts praksis.

Herunder blir et spørsmål hvor langt dommen inntatt i Rt. 2011 s. 247 rekker i forhold til å etablere en regel om oppreisningserstatning for straffbare forsøkshandlinger.”

Gjennom avhandlingen har jeg vist at *resultatet* i 2011-dommen nok er korrekt. Det er nokså klart at de straffbare forsøkshandlingene barna ble utsatt for innebar en risiko for skadevirkninger som bringer kompensasjonshensynet på banen. Oppreisningserstatningens funksjon er nettopp å kompensere for ikke-økonomiske skader, og for den konkrete saken er det derfor treffende å innfortolke forsøkshandlingene i hjemmelsgrunnlaget.

Jeg har imidlertid forsøkt å vise at Høyesterett formulerer seg for generelt når *enhver* forsøkshandling på bestemmelsene nevnt i § 3-3 innlemmes i hjemmelsgrunnlaget med henvisning til kompensasjonshensynet. Ikke alle forsøkshandlinger innebærer en skaderisiko for den fornærmede. Der en slik skaderisiko ikke oppstår, eller bare gjør seg gjeldende i mindre grad, kan ikke kompensasjonshensynet anvendes som begrunnelse for innlemmelsen.

Videre har jeg presentert et alternativt hjemmelsgrunnlag for å tilkjenne oppreisningserstatning etter forsøkshandlinger enn det Høyesterett gjør. Ved å knytte innlemmelsen av forsøkshandlinger til vilkåret ”tilføyd krenking (...) som nevnt i § 3-3” fremfor til vilkåret ”utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3”, vil rettsanvendelsen opptre mer i

⁴⁸ Rt. 2004 s. 1068 avsnitt 35.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 20 (1991-1992), s. 41.

tråd med det erstatningsrettslige legalitetsprinsippet. Rettsanvenderen vil da slippe unna med en utvidende ordlydstolkning fremfor å måtte foreta en analogislutning.

Heller ikke i dette vilkåret finnes det hjemmel for å innlemme enhver forsøkshandling på bestemmelsene nevnt i § 3-3. Ordlyden av ”tilføyd krenking” viser til skadelidtes opplevelse av å få sin personlige integritet krenket. Hvor det ikke foreligger en faktisk negativ effekt gjennom en risiko for skadevirkninger etter forsøkshandlingen, vil ikke ordlyden kunne tolkes utvidende uten å bryte med grunnsystemet i erstatningsretten og den funksjonen oppreisningserstatningen er ment å ha. Rettsanvenderen må derfor foreta en konkret vurdering av hver enkelt forsøkshandling hvor en foreliggende, kvalifisert risiko for skadevirkninger avgjør om ordlyden kan tolkes utvidende eller ikke.

På denne bakgrunn kan det konkluderes med at dommen i Rt. 2011 s. 247 åpner for at straffbare forsøkshandlinger kan berettige oppreisningserstatning. Likevel vil det ikke være hjemmel for oppreisningserstatning ved et *hvert* straffbart forsøk på overtredelse av bestemmelsene oppregnet i § 3-3. Dommen begrenses i så måte av andre, nyere høyesterettsdommer som har satt kompensasjonshensynet i førersetet. Det kan derfor ikke settes et likhetstegn mellom forsøksstraffen og oppreisningserstatning.

Kildeliste:

Litteratur:

Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. Harstad 2009.

Andenæs, Johs. *Alminnelig Strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2005.

Askeland, Bjarte. *Om analogi og abduksjon*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s. 499-547.

Friberg, Sandra. *Kränkningersättning*. Uppsala 2010.

Husabø, Erling Johannes. *Straffansvarets periferi – Medverking, forsøk, førebuing*. Bergen 1999.

Koch, Sören. *Det erstatningsrettslige skadebegrepet – en sammenligning mellom tysk og norsk rett*. TFE-2010-250.

Lødrup, Peter. *Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt*. Tidsskrift for erstatningsrett 2006 s 211 -, 2006.

Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. Oslo, 2010.

Monsen, Erik. *Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade*. JV 2010 s. 1.

Nygård, Nils. *Skade og Ansvar*. 6. utgave, Bergen 2007.

Stenvik, Are og Rognstad, Ole-Andreas. *Hva er immaterialretten verd?* Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, 2002.

Strandbakken, Asbjørn. *Grunnloven § 96*. JV 2004 s. 166.

Øvergaard, Jørgen. *Norsk erstatningsrett*. 2. utg. 1950.

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 20 (1991-1992).

Norsk rettspraksis:

Rt-2012-2056-A

Rt. 2012 s. 1129

Rt. 2012 s. 770

Rt. 2012 s. 201

Rt. 2012 s. 5

HR-2012-2056-A

Rt. 2011 s. 769

Rt. 2011 s. 247

Rt. 2010 s. 1537

Rt. 2010 s. 1203

Rt. 2008 s. 867

Rt. 2007 s. 1601

Rt. 2005 s. 104

Rt. 2004 s. 1068

Rt. 2005 s. 289

Rt. 2003 s. 1382.

Rt. 2002 s. 481

Rt. 1999 s. 887

Rt. 1999 s. 203

Rt. 1992 s. 851

Rt. 1987 s. 764

Rt. 1986 s. 1326

TNERO-2009-176587 (Nedre Romerrike tingrett). Ikke offentlig tilgjengelig.

NJA 2007 s. 540.