

# **DEN NEDRE GRENSA FOR STRAFFBART FORSØK**

- Illustrert ved forsøk på seksualbrottsverk

Kandidatnr: 14 55 54

Leveringsfrist: 15. desember 2007

Til saman 12252 ord

16.12.2007

Vegleiar: professor dr. juris, Asbjørn Strandbakken

# Innholdsoversikt

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEIING</u></b> .....	<b><u>1</u></b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>LEGISLATIVE OMSYN BAK STRAFFBART FORSØK OG STRAFFRI FØREBUING</u></b> .....	<b><u>2</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>HISTORISK UTVIKLING</u></b> .....	<b><u>4</u></b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>FORSØKSREGELEN I NORDISK RETT</u></b> .....	<b><u>6</u></b>
4.1	DANSK RETT .....	6
4.2	SVENSK RETT .....	7
4.3	FINSK RETT .....	8
<b><u>5</u></b>	<b><u>TRE HOVUDTYPAR FORSØK</u></b> .....	<b><u>8</u></b>
5.1	GJERNINGSMANNEN VERT AVBROTEN AV ANDRE ELLER AVBRYT SJØLV – FORHOLDET TIL TILBAKETREDEN JF STRL § 50 .....	8
5.2	FORSØKET ”TREFFER” IKKJE.....	10
5.3	FORSØKET KAN IKKJE NÅ FRAM .....	10
<b><u>6</u></b>	<b><u>TO KUMULATIVE VILKÅR FOR FORSØK</u></b> .....	<b><u>11</u></b>
6.1	INNLEIING .....	11
6.2	EIT OBJEKTIVT VILKÅR OM UMIDDELBAR NÆRLEIK MELLOM UTFØRTE HANDLINGAR OG DET SOM STÅR IGJEN Å GJERE .....	13
6.2.1	INNLEIING .....	13
6.2.2	NÆRLEIK I TID.....	15

6.2.3	KOR MYKJE SOM STÅR IGJEN Å GJERE (KVANTITATIV NÆRLEIK) .....	16
6.2.4	NÆRLEIK I KARAKTER .....	17
6.2.5	DEN PSYKOLOGISKE SKILNADEN PÅ DET SOM ER GJORT OG DET SOM STÅR IGJEN Å GJERE 18	
<b>6.3</b>	<b>EIT SUBJEKTIVT VILKÅR OM FORSETT FOR FULLBYRDING.....</b>	<b>20</b>
6.3.1	FORSETTSFORMENE .....	20
6.3.2	GJENNOMFØRINGSPLANEN .....	21
6.3.3	FAST/KONSEKVENT FORSETT.....	23
6.3.4	SUBJEKTIVE MOMENT .....	25
6.3.4.1	Spørsmålet om det føreligg forsett .....	25
6.3.4.2	Fastlegging av den psykologiske skilnaden i det konkrete tilfellet .....	26
<b>7</b>	<b><u>UTVIDING AV STRAFFANSVAR OG FØLGJENE DETTE FÅR FOR FORSØKSANSVARET .....</u></b>	<b>28</b>
<b>8</b>	<b><u>STRAFFBART FORSØK PÅ UTVALDE SEKSUALBROTSVERK .....</u></b>	<b>30</b>
8.1	FORSØK PÅ Å SKAFFE SEG SEKSUELL OMGANG VED MISBRUK AV STILLING, AVHENGIGHETSFORHOLD ELLER TILLITSFORHOLD.....	30
8.2	OVERGREP MOT MINDREÅRIGE .....	32
8.2.1	GENERELT.....	32
8.2.2	SÆRLEG OM STRL § 201 A JF § 49 (FORSØK PÅ GROOMING) .....	34
8.3	BRUK AV VALD ELLER TRUSLAR SOM LEDD I Å SKAFFE SEG SEKSUELL OMGANG.....	36
<b>9</b>	<b><u>LITTERATURLISTE.....</u></b>	<b>A</b>
9.1	LITTERATUR .....	A
9.2	ARTIKLAR.....	B
9.3	FØREARBEID.....	B
9.4	INTERNETTSIDER.....	C

## 1 Innleiing

Tema for avhandlinga er den nedre grensa for straffbart forsøk, illustrert ved forsøk på seksualbrottsverk, jf straffelova (strl)<sup>1</sup> kap 19 jf strl § 49.

Eit straffbart forsøk har det vesentlege trekket at eit brotsverk er mislykka. Det er med andre ord ikkje fullbyrda, noko som kjem fram i ordlyden til § 49: ”Strafbart Forsøg foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet (...)”.

Spørsmålet om brotsverket er fullbyrda eller ikkje, høyrer med under fastlegginga av den øvre grensa av forsøket. Som utgangspunkt er brotsverket fullbyrda når gjerningsskildringa i straffebodet er oppfylt. Konklusjonen i det konkrete tilfellet får i utgangspunktet berre betydning for straffutmålinga; forsøk skal straffast mildare enn det fullbyrda brotsverket jf strl § 51.

Straffbart forsøk vert vidare avgrensa nedover mot den straffrie førebuinga (§ 49 første ledd if) ved orda ”der er foretaget Handling hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.” Det er dette som vert tema nedanfor. Konklusjonen i eit grensetilfelle får betydning for om handlingane kan straffast i det heile. Spørsmålet om det føreligg eit straffbart forsøk høyrer prosessuelt til under skuldspørsmålet i ei straffesak. Utfallet – materielt sett – blir dermed frifinning eller domfelling for forsøk.

Regelen om forsøk er plassert i første del av straffelova, ”Almindelige Bestemmelser”, og kjem derfor til bruk på alle straffbare handlingar, med mindre noko anna er bestemt, jf § 1. Det er gjort unntak for forsøk på misferd jf § 49 andre ledd (eit unntak som vil gå ut ved ny straffelov av 2005, pr i dag ikkje i kraft).

---

<sup>1</sup> Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1903 nr 10.

Avhandlinga tek sikte på å greie ut om gjeldande rett rundt grensedragninga, illustrert med utvalde seksualbrottsverk (sjå kap 8). Den nedre grensa for straffbart forsøk vert drøfta allment før grensedraginga for førebuande handlingar og forsøk på seksualbrottsverk vert drøfta konkret.

## **2 Legislative omsyn bak straffbart forsøk og straffri førebuing**

Straffansvar er grunna i mellom anna allmennpreventive og individualpreventive omsyn.<sup>2</sup> Dei same omsyna ligg bak straff for forsøk på brotsverk. Når ein person har vist eit tilstrekkeleg forbrytarsk forsett til å gjere lovbrøtet, talar preventive omsyn for å straffe han for forsøk sjølv om han ikkje har lukkast i gjerninga si. Litt forenkla kan ein seie at det er det forbrytarske forsettet – òg kalla den vonde viljen – som gjev grunn til straff. På førebuingstadiet er det nemleg ”muligt, at [gjerningsmannen] endnu kun ruger over sin plan og træffer forberedelser eller anstiller undersøgelser for det tilfælde, at han skulde beslutte sig til at udføre den.”<sup>3</sup>

Men som det vil gå fram nedanfor, er det ikkje mogleg å straffe nokon for det som berre eksisterer i tankane til gjerningsmannen. Han må ha vist at han set forsettet ut i livet før han kan straffast for forsøk, jf strl § 49.

Tilsvarande vil handlingar som er å karakterisere som førebuande i seg sjølv ikkje kunne bidra til å vise eit tilstrekkeleg fast forsett. Sjølv om det er straff og ikkje straffridom som treng grunngjeving og heimel, krev ei drøfting av grensedraginga mellom det straffbare og straffrie at omsyn på båe side av grensa vert drøfta.

---

<sup>2</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 81 flg.

<sup>3</sup> Jf Morgenstjerne s 151 (uteheva der).

For det første er det naturleg i ein rettsstat at tankar og det ”indre livet” til folk ikkje kan utgjere grunnlag for straff -”[t]anken er tollfri.”<sup>4</sup>

Dette gjeld sjølvstilt uansett kor grufulle brotsverk ein person fantaserer om å setje i ut i livet.

For det andre vil gjerningsmannen etter sin eigen plan for utføring av brotsverket<sup>5</sup> ha så mykje igjen å gjere på førebuingstadiet at det ikkje kan utelukkast at han sjølv vil avbryte planen. Lovgjevar erkjenner dermed det menneskelege i å vurdere å gjere noko ulovleg, men å gje seg etter å har innsett faren for å bli oppdaga eller at motet vil briste osv. Fleire forfattarar sluttar seg til dette siste som ei sentral grunngeving for straffri førebuing; Andenæs viser til Peer Gynt for å illustrere poenget: ”Ja, tenke det; ønske det; ville det med; men gjøre det! Nei; det skjønner jeg ikke!”<sup>6</sup>

Vidare vil handlingane på dette stadiet òg i somme høver føresetje at ein del skal ”klaffe”. Til dømes er brotsmannen avhengig av ein særskild type vèr, utstyr, bistand frå andre, at den potensielt fornærma skal vere på ein konkret stad til eit fastsett tidspunkt eller liknande. Det er dermed ein større sjanse for at brotsverket vert avblåst av tilfeldige grunnar på dette førebuingstadiet, enn på eit seinare.

For det tredje vil mange av dei typiske førebuande handlingane for det meste skje i gjerningsmannen sine eigne tankar, og eigen, private ”sfære”, og dermed sjeldan eller aldri komme til politiet sin kunnskap. Å la desse handlingane vere straffrie, kan då heller ikkje få særleg skadeverknad for samfunnet.<sup>7</sup> Slike handlingar er til dømes kartlegging, planlegging heime på kontoret, å utferdige skisser og skaffe reiskapar. Å kriminalisere slike handlingar er ressurskrevjande både med tanke på etterforskning og påtale. Er den aktuelle aktiviteten tilstrekkeleg farleg eller samfunnsskadeleg, vert den

---

<sup>4</sup> Jf Mæland s 70.

<sup>5</sup> Sjå nedanfor under kap 7 om objektive vilkår for meir om ”gjennomføringsplanen” som omgrep.

<sup>6</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 347. Sjå òg Røstad, s 226.

<sup>7</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 347 med vidare tilvisningar.

likevel unntaksvis kriminalisert, sjå nærare under kap 7 om kriminalisering av førebuande handlingar.

Førearbeida til strl 1902 grunnjev straffrie førebuingshandlingar mellom anna med at ”det som Regel ei kan forsvares at lade Strafbarheden indtræde, saalænge den forbryderske Villie ei er traadt frem paa den Maade, der lader antage, at den besidder den til Forbrydelsens Udførelse fornødne Styrke og Bestemthet, saalenge det maaske endog blot er tale om Skridt som foretages for det Tilfælde, at man senere maatte bestemme sig til at begaa Forbrydelsen”.<sup>8</sup>

Dette gjev ikkje svar på kva *typar handlingar* som er å karakterisere som høvesvis forsøks- og førebuande handlingar. Dette vert tema nedanfor.

### 3 Historisk utvikling

I tida før kriminallova av 1842 rådde eit subjektivt grunnsyn i norsk rett. Norske Lov hadde ikkje reglar om forsøk. Ørsted gjekk ut i frå at ”Strafbarheden allerede indtræder, naar den Daagjeldende har foretaget nogensomhelst Handling, der endog i fjerneste Maade gaaer ud paa at sætte ham i Stand til at udøve forbrydelsen”. Dette fordi ”det er indlysende, at der (...) eksisterer ikke blot en retstridig Villie, men ogsaa en virkelig i Udenverdenen yttret Bestræbelse for at frembringe det, Straffeloven gaaer ud paa at forebygge (...)”.<sup>9</sup> Etter dette skulle straffa ramme ei kvar handling som manifesterer seg i det ytre og som spring ut i frå forsettet til gjerningsmannen.

Kriminallova av 1842 var inspirert av den franske Code Pénal og dei tankane om legalitetsprinsippet og rettssikring generelt som rådde sterkt på den tida.<sup>10</sup> Eit objektivt

---

<sup>8</sup> Jf S.K.M. 1896 s 90.

<sup>9</sup> Jf Ørsted, s 185.

<sup>10</sup> Jf Husabø s 275-276.

syn og ein snever forsøksregel vart søkt lovfesta med ordlyden "begyndt paa at iverksette en Forbrydelse", jf Kriminallova kap 3 § 1.

Det vart allereie her skilt mellom straffrie førebuande handlingar og straffbare forsøkshandlingar. Faktiske påbyrjingar av lovbrotet var rekna som forsøkshandlingar, jf motiva til kriminallova: "den, som skal kunne straffes for Forsøg paa Forbrydelse, maa have begyndt paa at iverksætte Forbrydelsen".<sup>11</sup> Denne snevre tolkinga vart likevel ikkje følgd opp i praksis, og vart kritisert i juridisk teori.<sup>12</sup> Først vart innbrot med tjuveriføremål i tråd med motiva berre straffa som innbrot eller forsøk på det, men seinare som forsøk på tjuveri.<sup>13</sup>

Straffelova 1902 § 49 oppretthaldt skiljet mellom førebuing og forsøk: "Det er her i Overensstemmelse med alle navnlig nyere Love, i det Danmark saavidt bekjent er det eneste Land, hvor enhver Handling "der sigter til at fremme eller bevirke Fuldbryrdelse" af en Forbrydelse er strafbar".<sup>14</sup>

Vurderingstemaet vart gjort meir subjektivt enn etter kriminallova ved å setje ordet "tilsigtedes" framføre "paabegyndt" jf strl. § 49.

Vurderinga skulle etter motiva gjerast i lys av den forbrytarske verksemd "i sin totalitet og dens enkelte akter i sin indbyrdes sammenhæng, og at det afgjørende da er, om herved et bestemt forbrydersk Forsæt har aabenbaret sig gennem Handlinger, der utvetydig peger mod et forbrydersk Maal".<sup>15</sup> Dette er mykje sitert i nyare teori og rettspraksis, og har avgjort tung rettskjeldemessig vekt.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Jf Utkast 1835 s 53.

<sup>12</sup> Jf Schweigaard I s 171-175 og Husabø s 275-277.

<sup>13</sup> Jf til dømes Rt 1846 s 650 og Rt 1888 s 360.

<sup>14</sup> Jf S.K.M 1896 s 90.

<sup>15</sup> Jf S.K.M 1896 s 90.

<sup>16</sup> Jf Husabø s 279.



Per i dag er den nye Straffeloven 2005 ikkje i kraft. Regelen om forsøk er teke med under kapittel 3 om "Grunnvilkår for straffansvar", og § 16 lyder slik:

"Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som kan medføre fengsel i 1 år eller mer, og som foretar noe som er ment å lede direkte til utføringen, straffes for forsøk, når ikke annet er bestemt.

Den som frivillig avstår fra å fullbyrde lovbruddet eller avverger at det blir fullbyrdet, straffes likevel ikke for forsøk."

Straffansvar for forsøk i straffelova 2005 knyt seg til strafferamma på vedkomande straffebod og ikkje til skiljet mellom misferd og brotsverk som i dag, samt at det er gjort ei mindre endring i regelen om tilbaketreden. For øvrig "viderefører bestemmelsen dagens rettstilstand". Juridisk teori og rettspraksis om strl § 49 vil dermed framleis ha relevans.<sup>17</sup>

## **4 Forsøksregelen i nordisk rett**

### **4.1 Dansk rett**

Av dei nordiske lands rett, er det som nemnt den danske forsøksregelen som skil seg ut som den vidaste;

"Handlinger, som sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse, straffes, når denne ikke fuldbyrdes, som forsøg" (danske straffelova § 21).

Ordlyden er vid jf "sigter til". Det er dermed opna for at dei handlingane som etter norsk rett er av førebuande art, i Danmark kan straffast som forsøkshandlingar. Waaben

---

<sup>17</sup> Jf Ot prp nr 90 (2003-2004) s 413.

opsummerer gjeldande rett slik: ”Når de fleste lande – modsat Danmark – begrænser forsøgsområde ved kriteriet påbegyndt iværksættelse, skyldes det formentlig bl.a. at man herved sikrer straffrihed for den der næppe ville have fuldført forbrydelsen. I dansk praxis synes en begrænsning af forsøgsansvaret ud fra de nævnte kriterier ikke at spille en praktisk rolle. Der er en formodning for at den beviselige beslutning om at begå en forbrydelse og de handlingsmæssige udslag heraf er tilstrækkeligt grundlag for at dømme for forsøg”.<sup>18</sup>

#### 4.2 Svensk rett

I svensk rett lyder forsøksregelen i Brottsbalken kapittel 23 § 1 første ledd slik:

”Har någon påbörjat utförandet av visst brott utan att detta kommit till fullbordan, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för försök till brottet (...).”

Uttrykket ”påbörjat utförandet” kan hevdast å likne den norske ordlyden ”tilsiktetes paabegyndt”.

I SOU 1996: 185 blir forsøket drøfta utførleg. Utredninga viser til rettspraksis der det vart domfelt for forsøk ”når gärningsmännen bröt sig in i en lägenhet med uppsåt att misshandla två bröder, som dock inte var där”.<sup>19</sup> I utredninga vert det vist til at handlingane til gjerningsmannen var eit brotsverk i seg sjølv, og at mishandlinga skulle ta til umiddelbart etter gjerningsmannen hadde kome seg innafør leiligheta.<sup>20</sup> Som det vil gå fram nedanfor, er momenta sentrale i òg i norsk rett, og med tilvisning til dette og den svenske ordlyden, kan det hevdast at den svenske regelen liknar den norske.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Jf Waaben, Alm del I s 201.

<sup>19</sup> SOU 1996 : 185, s 179.

<sup>20</sup> SOU 1996 : 185, s 179.

<sup>21</sup> Jf òg Husabø, s 340.

### 4.3 Finsk rett

Finsk rett manglar ein definisjon av forsøksregelen, men det er særleg uttalt under det enkelte straffebedet om forsøk er straffbart eller ikkje. I fråver av lovregulering har rettspraksis og juridisk teori dermed lagt grensene for kva som er straffbart forsøk. I avgjerda om det føreligg eit forsøk, må det takast i omsyn både subjektive og objektive element, samanhalde med forsettet for fullbyrdinga.<sup>22</sup> Frände hevdar at eit forsøket har inntrede ”når två kriterier samtidigt uppylls. Jag talar om verställighetskravet och farekravet”. Dette inneber at ”gärningsmannen måste ha utfört minst en verkställighetshandling som hör til brottsbeskrivningen, dvs han har börjat begå brottet.”<sup>23</sup> I finsk rettspraksis går det fram: ”Det har i rättspraksis ansetts att gärningsmannen gjort sig skyldig till försök först när en till brottsbeskrivningen hörande verkställighetshandling har inletts så at det har uppkommit en verklig fara för brottets fullbyrdan.”<sup>24</sup> Husabø er av oppfatning at finsk rett liknar langt på veg norsk og svensk rett på dette området.<sup>25</sup>

## 5 Tre hovudtypar forsøk<sup>26</sup>

### 5.1 Gjerningsmannen vert avbroten av andre eller avbryt sjølv – forholdet til tilbaketreden jf strl § 50

Gjerningsmannen kan av fleire grunnar bli avbroten frå å fullbyrde brotsverket.

---

<sup>22</sup> Jf Frände, s 259.

<sup>23</sup> Jf Frände, s 263.

<sup>24</sup> Jf HD 2002:112

<sup>25</sup> Jf Husabø s 345.

<sup>26</sup> Røstad nyttar òg denne inndelinga s 227-228.

For det første kan han sjølv avbryte, enten fordi han er redd for å bli oppdaga, eller fordi han er usikker på om han vil makte å fullbyrda brotsverket. Trer han tilbake frå lovbrottet av eigen fri vilje, eller førebyggjer den skaden som ville ha inntreft etter planane hans, er dette kreditert av lovgjevar ved at straff fell bort jf. strl § 50. Straffridom førset at forsøket er enno ikkje ”fullendt”, jf § 50. Ufullendt forsøk føreligg når det enno gjenstår noko å gjere før fullendt brotsverk føreligg. Dette er særleg aktuelt når det er glidande overgang til fullbyrda brotsverk, til dømes tjuveri: ”Her er det tilstrekkelig at gjerningspersonen avstår fra vidare virksomhet – noen positiv virksomhet kreves ikke.”<sup>27</sup> For at strl § 50 skal kome til bruk, må gjerningsmannen altså vere forbi forsøkspunktet, men framleis ha noko igjen å gjere for at brotsverket skal vere fullbyrda.

Vidare kan andre personar komme til å avbryte planen hans. Det kan vere fornærma sjølv som skrik opp i det gjerningsmannen vil forgripe seg på vedkomande, eller at den mindreårige fornærma sine føresette eller andre tredjemenn kjem til. Her vil for øvrig ikkje tilbaketreden vere aktuelt, då tilbaketredinga må skje av ”egen fri vilje” og utan at gjerningsmannen veit ”at den forbryderske Virksomhed er opdaget” jf § 50.

Særleg når gjerningsmannen vert avbroten, vil problemet oppstå om gjerningsmannen har gått over frå dei førebuande handlingane til forsøket. I praksis ser det ut til å verta vektlagt på grunnen til at gjerningsmannen ikkje fullbyrdar brotsverket. Dette gjeld både i drøftinga om grensa for forsøk er overskriden, herunder i samband med kor ”fast” forsettet er, eller i straffutmålinga, jf til dømes LG-2002-2485.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Jf Matningsdal, [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no) til strl § 50.

<sup>28</sup> Sjå kap 6.3.3 om fast forsett.

## 5.2 Forsøket "treffer" ikkje

Planen til gjerningsmannen kan vidare slå feil ut, eller handlingane til gjerningsmannen kan vise seg å ikkje vere effektive i forhold til å oppfylle den ønska verknaden. Han skyt til dømes mot fornærma i det han vil skade eller drepe han, men bommar når fornærma dukkar unna. Her har gjerningsmannen – til forskjell frå dømet under 5.1 – gjort det han kan for å fullbyrda brotsverket. Avdi han står utan det resultatet han ønskte seg, vert handlinga subsumert under forsøk i staden for det fullbyrda brotsverket, trass i at det kan vere marginale tilfelle som gjorde at han ikkje lukkast. Denne typen forsøk – og i alle fall dømet om drapsforsøk – framstår som like straffverdig som brotsverket sjølv, sidan gjerningsmannen så godt som har realisert forsettet sitt.

I så måte vil ikkje denne typen handlingar vere tvilsame med omsyn til om dei skal plasserast innanfor eller nedanfor grensene for forsøk. Dei vil alltid kvalifisere til forsøk jf § 49.

## 5.3 Forsøket kan ikkje nå fram

Ei gruppe forsøk, dei utenlege forsøka, skil seg ut. Dei er kjenneteikna ved at det er nytta eit utenleg middel (til dømes sukker i staden for arsenikk i kaffien) eller at handlingane rettar seg mot eit utenleg objekt (gjerningsmannen skyt i ein stubbe i staden for det planlagte drapsofferet). Desse tilfella har vorte karakterisert som høvesvis relativt og absolutt utenleg forsøk.<sup>29</sup>

At denne typen forsøk er straffbare går fram av førearbeida - straffelovskommisjonen meinte dette skulle gå fram av ordet "tilsigtedes".<sup>30</sup> Utenlege forsøk har i tråd med dette vore straffa i rettspraksis, til dømes Rt 1971 s 416 om forsøk på promillekøyning når

---

<sup>29</sup> Jf S.K.M s 91.

<sup>30</sup> Jf S.K.M s 92.

bilen sat fast i grusen, og Rt 1993 s 916 forsøk på innføring av narkotika som viste seg å vere koffein.

Slike problemstillingar har tradisjonelt vore drøfta i samanheng med forsøk, men dei er lite praktiske. Avdi dei ovanfor nemnte døma ikkje er særleg interessante under fastlegginga av den nedre grensa til forsøket, blir det ikkje sagt noko om denne konkrete problemstillinga her. Eit døme knytta til seksualbrottsverk kan likevel nemnast: Ein vaksen mann får kontakt med ei ung jente som seier at ho er 14 år. I røynda er ho 16 år. Har han seksuell omgang med henne i den tru at ho er mindreårig, vil han truleg kunne straffast for forsøk på brot på § 196.

## 6 To kumulative vilkår for forsøk

### 6.1 Innleiing

Ordlyden i strl § 49 krev at gjerningsmannen må ha gjort ei ”handling hvorved [forbrytelsens] Udførelse tilsigtedes paabegyndt”.

Etter strl § 4 er unnlating av å handle likestilt med faktisk handling. Forsøksstraff ved unnlating kan tenkast, men det blir skjeldan: ”Så lenge det ikke ennå er for sent å handle, foreligger ikke noe straffbart, og når det er for sent, foreligger som regel en fullbyrdet forbrytelse.”<sup>31</sup>

Ved dei straffeboda som krev ei skadefølgje er forsøksstraff ved unnlating meir aktuelt. Ei mor lar til dømes sitt nyfødde barn til å svelte i hel, men ein tredjemann kjem til og hindrar at barnet dør. Mora kan straffast for forsøk på drap.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 346.

<sup>32</sup> Jf Andenæs, Straffbar unnlatelse, s 484.

I og med ordet ”hvorved” ligg det eit krav til nærleiken mellom den utførte handlinga og det som står igjen å gjere for å få fullbyrde brotsverket (”Udførelse tilsigtedes paabegyndt”).

Førearbeida viser til at vurderinga om forsøkspunktet er overskride måtte sjåast i lys av den forbryterske verksemda, og om forsettet har manifestert seg gjennom handlingar som ”utvetydig peger mot et forbrydersk Maal”.<sup>33</sup> Avgjerande blir dermed ei heilskapsvurdering av gjerningsmannen si verksemd.

Ein nyare dom om forsøk på mobiltjuveri, Rt 2005 s 1625, formulerer vurderingstemaet slik:

”Et straffbart forsøk forutsetter at to vilkår er oppfylt: Gjerningspersonen må for det første ha som forsett å fullbyrde den straffbare handlingen. (...) Det andre vilkåret er at det må være foretatt en handling som viser at fullbyrdelsen skulle skje i noenlunde umiddelbar sammenheng med den foretatte handling.”

Juridisk teori har oppsummert vurderingstemaet på ulike måtar, og mest nytta i praksis er truleg Andenæs: ”[g]jerningsmannens opptreden må vise at nå er forberedelsens og overveielsernes tid forbi, nå skrider han til verket.”<sup>34</sup>

For å vurdere om handlingane til gjerningsmannen kan kvalifisere til å vere forsøkshandlingar, må gjennomføringsplanen til gjerningsmannen takast i omsyn. Gjennomføringsplanen er ”gjerningsmannen sin konkrete plan for gjennomføringa av det forbryterske forsettet.(...) Det er nettopp *gjennomføringsplanen* som gir enkeltledda i handlingsrekkja retning og samanheng, og bestemmer kor nær fullføringa den enkelte handlinga ligg.”<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Jf S.K.M s 90, og kap 3.

<sup>34</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett, s 347.

<sup>35</sup> Jf Husabø, s 281.

Det ligg etter dette føre to kumulative vilkår med tilknytning til dei vanlege vilkåra for straff: eit subjektivt (krav om skuld; forsett) og eit objektivt (krav om nærleik, jf ordlyden i § 49). Som det går fram nedanfor, flyt dei likevel på nokre område over i kvarandre. Fullstendig separate drøftingar kring desse emna er difor korkje hensiktsmessig eller mogleg. Nedanfor blir likevel dei ”tradisjonelle” objektive vilkår drøfta først, og deretter dei subjektive.

Gjennomføringsplanen blir sentral fordi den gjev meining til dei allereie utførte handlingane, og fordi den utgjer forsettet i tenkt realisert form - grensa mellom forsøk og førebuing må ”vurderast konkret både i relasjon til det bestemte straffebodet, det konkrete faktum og gjerningsmannen sitt forsett om den vidare gjennomføringa”.<sup>36</sup>

## 6.2 Eit objektivt vilkår om umiddelbar nærleik mellom utførte handlingar og det som står igjen å gjere

### 6.2.1 Innleiing

Høgsterett har i seinare tid oppstilt fleire moment som knyt seg til ei samanlikning mellom handlingane som er utført, og handlingane som gjenstår. Her blir problemstillingen kor nære dei utførte og ikkje utførte handlingane – objektivt sett – er i tid, karakter og psykologisk skilnad.

Kravet om at dei utførte handlingane i tid og karakter står i direkte samanheng med handlingane som gjenstår, er her formulert som eit av dei to kumulative krava for forsøk, og går for så vidt fram av uttrykket ”hvorved” i ordlyden i § 49: det skal vere

---

<sup>36</sup> Jf Husabø, s 28. Formuleringa er sitert i Ot prp nr 90 (2003-2004) s 414, og er der rekna for å oppsummere rettstilstanden.



føreteke ei ”Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt”. Vilkåret er likevel formulert uttrykkeleg i rettspraksis og juridisk teori.

I Rt 1930 s 890 hadde ein mann, med føremål å gjere seksuelle handlingar mot henne, lokka ei 5 år gammal jente opp til eit loft. Her hadde ein tredjeperson kome til, og teke med seg jenta der i frå. Mannen vart dømt for forsøk på det som då var ”utuktig handling”. Høgsterett viste mellom anna til at ”tiltaltes opptreden sett i sammenheng fører så langt mot forbrytelsens utførelse at det ikke reiser sig grunnet tvil om at han i *umiddelbar forbindelse med de allerede utførte handlinger* vilde ha bragt forbrytelsen til utførelse hvis han ikke var blitt hindret ved tredjemanns inngripen” (utheva her).

Den såkalla ”Sjekkdommen”, Rt 1991 s 95, illustrerer bruken av dei objektive momenta: Domfelte hadde stole ”to tusen brevsjekker som tilhørte B og var påført Bs navn og konto nr i Norges Bank. Etter atskillig planlegging og forberedende arbeid opprettet han - i hensikt å begå bedrageri overfor et stort antall banker (...) i eget navn konto i sju forretningsbanker og i tre sparebanker. Den 1. januar 1990 postla han brev til 140 sparebanker hvor han søkte om å få opprettet konti under forskjellige andre personers navn. Som innskudd på disse konti ville han få bankene til å motta sjekker, trukket på Bs konto i Norges Bank. Disse hadde han påført et stempel hvor det stod ”Regnskapssjef” og han hadde videre underskrevet med navnet til regnskapssjefen ved B. Sjekkene var utskrevet med noe ulike beløp, påført personnavn, og lå i adresserte konvolutter klar til utsendelse. Det sto bare igjen å påføre sjekkene kontonummer. Når beløpene var godskrevet domfeltes konti i fremmed navn, ville han føre innskuddene over til sine konti i eget navn og deretter heve pengene.”

Høgsterett formulerer her vurderingstemaet konkret: ”De handlinger domfelte utførte før han ble pågrepet, ligger både i tid og karakter så vidt nær opp til selve den avsluttende bedragerihandling”.

Nedanfor blir kravet til nærleik drøfta under nærleik i tid (kap 6.2.2), kor mykje som står igjen å gjere, kvantitativ nærleik (kap 6.2.3), nærleik i karakter (kap 6.2.4), og den psykologiske skilnaden på det som er gjort og det som står igjen å gjere (kap 6.3.5).

## 6.2.2 Nærleik i tid

Spørsmålet blir først *kvifor* eit krav om nærleik i tid er oppstilt.

Tid i seg sjølv kan i somme tilfelle bety at brotsverket fell bort, dersom gjerningsmannen vert avbroten eller kjem på andre tankar. Er fullbyrdinga avhengig av meir eller mindre tilfeldige hendingar, kan lang tid òg i somme tilfelle gjere prognosane meir usikre.

Så blir spørsmålet kva som ligg i dette momentet.

I Sjekkdømmen gjenstod kun papirarbeid og saksbehandlingstid i bank før brotsverket var fullbyrda. Dette vart sett som å ligge "nært" opp til fullbyrda brotsverk – i tid.

I Rt 1996 s 766 om forsøk på ran synest tidsmomentet å ha vorte vektlagt. To personar hadde stilt seg utanfor døra på eit kjøpesenter iført maske, med tåregass og avsagd hagle, i påvente av ransofferet. Høgsterett dømte dei to for forsøk på ran, og la mellom anna vekt på at det var "slik nærhet i tid fra det som var foretatt til selve ranshandlingen måtte ventes å skje." Dette vart avgjerande, trass i at Høgsterett vedgjekk at "A og B kunne for eksempel ikke vite sikkert hvor lang tid det ville ta før ransofferet kom, og om han da ville komme alene. Det kunne i mellomtiden skjedd noe som ville fått dem til å ombestemme seg".

Trass i at tidsmomentet ikkje var avgjerande i denne dommen, blir det illustrert at det er grunn til å vektlegge dette i heilskapsvurderinga. Dommen kan vidare takast til inntekt for at tidsperspektivet ikkje treng å vere fastslått på førehand for at forsøkspunktet blir sett som kryssa.

Andenæs skriv nemleg kategorisk: "At det er usikkert når *resultatet* vil inntre, er i og for seg uten betydning" (utheva her).<sup>37</sup> Han gjev vidare eit døme der A vil ta livet av B

---

<sup>37</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 349.

med gift ved å blande inn sterke giftpiller i sovepillene til B. Sjølv om det kan ta lang tid mellom kvar gong B nyttar sovemidlar – og B kanskje vil plukke ein sovepille i staden for ein giftpille – vil A likevel ha gjort alt han treng for å lukkast med planen. A kan difor bli straffa for drapsforsøk.

I ein dom frå Frostating lagmannsrett, LF 2001 207, vart ein mann dømt for mellom anna forsøk på valdtekt jf strl § 192, for å med hensikt å oppnå samleie ha nekta fornærma å forlate huset, samt trua henne med at han hadde kontaktar i Hells Angels og/eller i A-og B-gjengane i Oslo. Han lukkast ikkje med dette, då fornærma klarte å rømme huset. Forsøkets nedre grense vart ikkje drøfta i dommen (som berre gjaldt straffutmåling).

Saka viser likevel det som er sagt over; at sjølv om det er usikkert kva tid fullbyrdinga vil skje, utelukkar ikkje det forsøksstraff.

### 6.2.3 Kor mykje som står igjen å gjere (kvantitativ nærleik)

Spørsmålet om kor mykje som står igjen å gjere kom opp i Rt 1925 s 670 om smugling av brennevin. Tiltalte var på veg ut til eit fiskefelt for å kjøpe brennevin, som han skulle ta med seg tilbake til Noreg. Han vart frikjent for forsøk, mellom anna fordi ”det var en meget betydelig del av veien som stod tilbake”. Målenorma refererer seg her til faktisk distanse, og vurderingstemaet framstår som utprega praktisk.

Høgsterett har nytta liknande formuleringar i Rt 1948 s 531 der tiltalte vart frikjend for forsøk på promillekøyring fordi det stod igjen ”diverse håndgrep”.

I Rt 1995 s 17 (”brannplandommen”) var tiltalte frikjent for forsøk på skadeverk. Han hadde parkert bilen sin utanfor eit lokale der det skulle opnast ei forretning i hans eigen bransje (konkurrerende verksemd). Det hadde allereie vore fleire brannar i det same lokalet. Han hadde parkert bilen, og gjekk rundt i området iført parykk og med fyrstikker i lomma. I bilen hadde han ei kanne bensin. Førstvoterande held fram at ”gjerningsmannen hadde utført flere forberedende handlinger (...). Men viktige handlinger – fysisk og psykisk stod igjen: Han måtte skaffe seg adgang til lokalet, han

måtte helle bensin utover, og han måtte tenne på”. Om kva som står igjen psykisk, sjå nedanfor.

Momentet om kor mykje det står igjen kvantitativt får openbert relevans berre i einskildstilfeller det finst slik faktisk avstand til fullbyrdinga.

#### 6.2.4 Nærleik i karakter

I vurderinga om handlingane som er gjort ligg nære fullbyrdinga i karakter, meiner Husabø at ”karakteristikken må knytast til (...) kvalitative trekk ved handlemåten”<sup>38</sup>.

Høgsterett nytta uttrykket ”i tid og karakter” i Rt 1991 s 95 (sjekkdømmen, refert under kap 6.2.1). Gjerningsmannen hadde stole eit stort antal sjekkar, og fylt ut desse med falsk underskrift og sendt brev til bankane med anmodning om å få oppretta kontoar. Høgsterett meinte at desse handlingane låg så nært opp til det som stod igjen – ”den avsluttende bedragerihandling” – at det talte for at forsøkspunktet var nådd. Forfalskning og bedrageri går ofte i kvarandre, eit bedrageri inneheld ofte eit falskt dokument.

I eit forsøk på valdtekt, vil det ofte føreligge andre fullbyrda seksualbrottsverk, som til dømes strl § 200 om seksuell handling, til dømes ved at gjerningsmannen har befølt brystene til den fornærma. Både forsøkshandlingane og fullbyrdinga inneheld ei inngripen i intimsfæren til den fornærma og er båd lekamskrenkingar. Kvalitativt kan forsøkshandlingane hevdast å ligge nære fullbyrdinga i karakter.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup>Jf Husabø s 289.

<sup>39</sup> Sjø nærare kap 8.2 om valdtektsforsøk.

### 6.2.5 Den psykologiske skilnaden på det som er gjort og det som står igjen å gjere

I seinare tid har Høgsterett lagt vekt på den psykologiske skilnaden mellom det som er gjort og det som står igjen å gjere.

I brannplandommen (Rt 1995 s 1) som nemnt under kap 6.2.3 hadde tiltalte skaffa seg utstyr (bensin, fyrstikker), han var komen til området der det aktuelle bygget låg, og han var forkledd med parykk. Igjen stod det å faktisk hente bensinen i bilen, få tilgang til lokalet, spre bensinen i lokalet og tenne på. Som nemnt over, vart tiltalte frikjent i det det mellom anna vart vist til at den psykologiske skilnaden på dei utførte og dei ikkje-utførte handlingane var stor.

I Rt 1996 s 766 om forsøk på ran, referert under pkt 5.1.2, vart momentet nytta igjen. Gjerningsmennene hadde stilt seg opp utanfor døra til eit kjøpesenter, i påvente av innehavaren. Dei var maskerte og utstyrte med tåregass og avsagd hagle. Igjen stod det å faktisk overfalle/true innehavaren med vald (jf ordlyden i strl § 267) og få utlevert eit pengebeløp. Her meinte Høgsterett at den psykologiske skilnaden var så liten, at det i heilskapsvurderinga (jf dei øvrige momenta ovanfor) tala for at forsøkets nedre grense var overstigen.

Andenæs forklarar momentet med tilvisning til fransk rett, og det såkalla ”stige-dømet”. Å klatre oppover ein stige for å gå gjennom vinduet er forsøk, dersom føremålet er å stjele, men berre førebuaande handling dersom det er meininga å myrda nokon inne i huset. ”Mellom innstigningen og selve tyveriet er den psykologiske forskjell så liten at den som gjør det ene også etter all sannsynlighet vil gjøre det andre, hvis han ikke blir forstyrret. Å drepe et menneske er derimot for de fleste en så grufull ting at det er en nærliggende mulighet for at motet kan svikte når det kommer til stykket.”<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 348.

I Rt 1995 s 1738 (Torp-dommen) vart det domfelt for forsøk for drap. Gjerningsmannen hadde etter eit postbankran teke ein politimann som gissel, halde ein skarpladd, usikra pistol mot offeret sitt hovud og trua med å drepe dersom han ikkje fekk ein pengesum og eit fly til disposisjon innan ein viss tidsfrist. Fem minuttar før fristen gjekk ut, aksjonerte politiet og pågreip gjerningsmannen. Høgsterett la til grunn etter orskurden til lagmannsretten som bevist at gjerningsmannen ville drepe om han ikkje hadde vorte hindra av politiet. Lagmannen gav slik rettsutgreiing om forsøket:

"Det er et absolutt krav at det er tatt en beslutning om å drepe. Hvis det ikke er tatt et endelig standpunkt kan han ikke straffes for drap. Forutsatt at det er tatt en endelig beslutning om å drepe, og han sitter med ladd usikret pistol mot Ds hode er jeg personlig tilbøyelig til å si at det er et forsøk - forutsatt at han har bestemt seg for å drepe."

Fleirtalet i Høgsterett meinte dette var rett lovbruk. Mindretalet (to dommarar) dissenterte i det dei meinte "at det dreier seg om å gjennomføre en straffbar handling som de aller fleste vil vike tilbake for. Det er videre karakteristisk for situasjonen at den straffbare handling bare forutsettes å ville bli gjennomført hvis kravet om penger og fluktmuligheter ikke ble imøtekommet. Det var noen tid igjen av fristen, og det skal ikke utelukkes at erkjennelsen av ikke å kunne lykkes også kunne ha betydning for gjennomføring av trusselen om drap." Andenæs er samd med mindretalet.<sup>41</sup>

Sjølv om momentet om den psykologiske skilnaden ser ut til å ha blitt tillagt stor vekt i rettspraksis, er ikkje vurderingstema blitt presisert i det større. Husabø etterlyser såleis ei klarare retningslinje for bruken av momentet. Slik Høgsterett har nytta det, blir det eit spørsmål om gjerningsmannen har kryssa over ein (tenkt) psykologisk barriere ved dei handlingane han allereie har utført. Han har altså komen forbi stadiet der det framleis er mogleg å trekke seg, jf dei innleiande merknadane om skjæringspunktet mellom førebuaende handlingar og forsøk. Momentet om den psykologiske skilnaden svarar

---

<sup>41</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 349.

langt på veg til mykje av det same som allereie er sagt om karakter og tid mellom utførte og ikkje utførte handlingar. Med mellom anna dette som bakgrunn, kritiserer Husabø bruken av momentet.<sup>42</sup>

Eit spørsmål er ut i frå kva vurderingsgrunnlag den psykologiske skilnaden skal målast.

Mindretalet i Torp-dommen Rt 1995 s 1738 viser til at ”de fleste” ville vike tilbake for å gjennomføre handlinga, noko som etter alt å døma viser til den vanlege kjensla ”folk flest” har for å vurdere slike spørsmål. Det kan spørjast kor gode føresetnader folk flest har til å vurdere andre sine psykologiske barrierar. Dei fleste har jo nettopp ingen erfaring med å fullbyrde alvorlege brotsverk.<sup>43</sup> Vurderingsgrunnlaget blir såleis utprega hypotetisk, der dommaren må setje seg inn i det tenkte tilfelle at han sjølv hadde til forsett å fullbyrde det aktuelle brotsverket, og kva barrierar og skruplar han (dvs ”dei fleste”) hadde hatt med dei ulike handlingane. Naturlegvis vil folk flest ha store problem med å gjennomføre alvorlege brotsverk, slik at det ikkje kan utelukkast at den tiltalte blir tildelt svært ”menneskelege” føresetnader, noko som kan hevdast å vise seg i mindretalet sitt standpunkt i Torp-dommen Rt 1995 s 1738.

Meir om det subjektive i dette momentet vert drøfta nedanfor under kap 6.3.4.2.

### 6.3 Eit subjektivt vilkår om forsett for fullbyrding

#### 6.3.1 Forsettsformene

Ved domfelling for forsøk, vert det som nemnt krevd at gjerningsmannen har forsett for fullbyrding av brotsverket. Ordet ”tilsigtedes” kan isolert sett tolkast som å kreve hensikt (kvalifisert forsett). Dette var likevel ikkje intensjonen til lovgjevar. Uttrykket vart nytta for å ramme dei utenlege forsøka, ikkje for å krevje ei særskild form for

---

<sup>42</sup> Jf Husabø s 294.

<sup>43</sup> Jf òg Husabø s 294.

forsett.<sup>44</sup> I rettspraksis er det difor lagt til grunn at alle dei allmenne forsettstypene er omfatta.<sup>45</sup>

All den tid det berre er krav om forsett, kan forsøk på aktlaus åtferd ikkje straffast, jf hovudregelen jf. strl § 40. Dette er òg haldningen i rettspraksis. I Rt 1999 s 874 var spørsmålet om forsøk på grovt aktlaust bedrageri jf strl § 271 a var straffbart. Høgsterett sa til dette at strl § 49 krev fullbyrdingsforsett, noko som var uforeineleg med den aktløysa saka gjaldt.<sup>46</sup>

Som ved domfelling for fullbyrda brotsverk, vert det som hovudregel kravd at forsettet omfattar heile gjerningsskildringa i det aktuelle straffebodet. Om det ikkje lar seg bevisje at den tiltalte til dømes hadde forsett for å gjennomføre ”seksuell omgang” med fornærma jf strl § 196, må det eventuelt nedsubsumerast til forsøk på ”seksuell handling” jf § 200 andre ledd.

### 6.3.2 Gjennomføringsplanen

Når retten skal vurdere om forsøkpunktet er overskride, står gjennomføringsplanen som sagt sentralt. Er det retten sitt inntrykk av gjerningsmannen sine handlingar eller gjerningsmannen sitt eige syn på framdriftsplanen som er avgjerande? Svaret følgjer av det allmenne prinsippet i strafferetten om at den tiltalte skal bli vurdert slik han sjølv såg dei faktiske forholda (noko som kjem til uttrykk i strl § 42); gjerningsmannen sitt eige syn må bli avgjerande.

I teorien har ein gått ut i frå at vurderingstemaet her er subjektivt: Getz skriv om den ”saakaldte delagtighed” i 1876 at det avgjerande for om ein står overfor ei forsøkshandling eller ikkje er om ”den staar den forbryderske virksomheds *egen*

---

<sup>44</sup> Jf S.K.M s 92.

<sup>45</sup> Sjå til dømes Rt 1980 s 979 om bruk av forsettstypen ”dolus eventualis” om forsøk på drap.

<sup>46</sup> Sjå NOU 1983 : 57 s 132 for hypotetisk døme på forsøk på aktlaust brotsverk/aktlaust forsøk.



afslutning fjern eller nær”.<sup>47</sup> Husabø skriv om dette at ”[d]esse utsegnene føreset nettopp at ein ser det som alt er gjort i lys av gjerningsmannen sin konkrete plan for gjennomføringa av det forbryterske forsettet.”<sup>48</sup> Morgenstjerne skreiv i 1888 at spørsmålet ”om Forsøgets Fremskredethed må afhænge af den Forestilling, *den handlende* har gjort sig om Nødvendigheden eller Unødvendigheden af en yderlige Virksomhed fra hans Side”.<sup>49</sup> Til slutt kan Andenæs siterast, krev at ”fullbyrdelsen etter *gjerningsmannens forutsetningar*” må skje i nokolunde umiddelbar samanheng med den handlinga som er utført (uthevingar her).<sup>50</sup>

Om planen til gjerningsmannen er langsiktig, skal handlingane hans etter det som er sagt plasserast i den konkrete planen, og deretter vurderast i forhold til ”avstanden” til fullbyrdinga av brotsverket. To gjerningsmenn som planlegg å gjere overgrep mot mindreårige jf strl § 196, har til dømes ulike tankar om framgangsmåten. Når dei båe er komen til den samme handlinga – dei har oppretta kontakt med ein mindreårig – er den eine likevel nærare fullbyrdinga enn den andre. Gjerningsmann nr 1 har tenkt å nytta lengre tid til å bli kjend med den mindreårige før han gjer sitt framstøyt. Gjerningsmann nr 2 ønskjer å slå til ved første møte. Forsøkspunktet for dei to vert ulike, i og med at det subjektive og individuelle vert teke omsyn til.

Høgsterett uttalar i Sjekkkdommen Rt 1991 s 95 at ”vurderingen av hvor grensen mellom straffrie forberedende handlinger og straffbart forsøk ligger, slik denne er definert i straffeloven §49 første ledd og tolket i rettspraksis, vil i noen grad være skjønnspreget og både objektive og subjektive momenter vil kunne ha betydning for grensedragningen. *Grensen behøver således ikke nødvendigvis i alle tilfelle å trekkes på samme sted i det ytre hendelsesforløp for handlinger som gjelder overtredelse av samme straffebud*” (utheva her).

---

<sup>47</sup> Jf Getz s 12.

<sup>48</sup> Jf Husabø s 281.

<sup>49</sup> Jf Morgenstjerne s 431.

<sup>50</sup> Jf Andenæs, Alm strafferett s 316-317.

Dette støttar det som er sagt over. Gjerningsmann nr 2 kryssar såleis forsøkspunktet tidlegare enn gjerningsmann nr 1, sjølv om dei to har same brotsverk for auge, og har utført den same handlinga.

Førstvoterande i sjekkdømmen held vidare fram: ” Saken her er særpreget. De bedragerihandlingar domfelte var i ferd med å skulle foreta, forutsatte et omfattende forberedende opplegg, med handlingar som bl a innebar fullbyrdede overtredelser av andre straffebed. Handlingsforløpet uttrykker et konsekvent forbrytersk forsett, og det ble avbrutt ved at domfelte ble pågrepet før han fikk opplyst de kontonummer som før utsendelsen måtte påføres de ellers ferdig utfylte sjekkene. Kontonumrene kunne han - etter foretatte prøver - vente å få i løpet av noen dagar som svar på de 140 brev. Dermed ville han la sjekkene gå ut, og ved inngang på konti ville det foreligge fullbyrdet bedrageri - fare for tap. De handlingar domfelte utførte før han ble pågrepet, ligger både i tid og karakter såvidt nær opp til selve den avsluttende bedragerihandling som han ble avskåret fra å utføre, at jeg - som byretten - finner at det foreligger straffbart forsøk.”

Høgsterett skisserer her fleire moment for den skjønsmessige vurderinga: For det første om det føreligg eit ”konsekvent forbrytersk forsett”, for det andre kor nær handlingane ligg i tid opp til den fullbyrda bedragerihandlinga, og for det tredje kor nær handlingane ligg i karakter opp til den fullbyrda handlinga.

Bruken av dei objektive momenta som nemnt ovanfor, må etter dette ta utgangspunkt i gjerningsmannen sin individuelle gjennomføringsplan.

### 6.3.3 Fast/konsekvent forsett

Etter sjekkdømmen som nemnt i 6.2.4 og 6.2.5 ovanfor tilseier eit ”konsekvent forbrytersk forsett” at gjerningsmannen er over grensa for førebuande handlingar til forsøk på eit brotsverk. Spørsmålet blir her kva som ligg i uttrykket til eit ”konsekvent” eller ”fast” forsett, som det òg er blitt omtalt som.

Uttrykket som det er brukt her må ikkje forvekslast med kravet om forsett, som nemnt under kapittel 7. Her er det styrken av forsettet som moment som blir diskutert.

Sjekkdommen tilseier at ei framferd og ein plan som er planmessig, systematisk og grundig utgjer eit "fast" forsett; summen av dei utførte handlingane til gjerningsmannen er av ein slik fast karakter at det peiker resolutt mot det endelege brotsverket.

Som nemnt under kap 5 er det fleire grunnar til at brotsverket ikkje blir fullbyrda. Ei undersøking av rettspraksis tilseier at grunnen til at gjerningsmannen ikkje fullfører vert lagt vekt på i vurderinga om forsettet er fast.

Sjekkdommen nyttar uttrykket i samanheng med måten gjerningsmannen vert avbroten på: " Handlingsforløpet uttrykker et konsekvent forbrytersk forsett, og det ble avbrutt ved at domfelte ble pågrepet før han fikk opplyst de kontonummer som før utsendelsen måtte påføres de ellers ferdig utfylte sjekkene."

Loftdommen nemner ikkje uttrykket fast forsett, men mykje av det same går fram: "Med hensyn til dommens lovanvendelse finner jeg nemlig at tiltaltes opptreden sett i sammenheng fører så langt frem mot forbrytelsens utførelse at det ikke reiser sig grunnet tvil om at han i umiddelbar forbindelse med de allerede utførte handlinger vilde ha bragt forbrytelsen til utførelse hvis han ikke var blitt hindret ved tredjemanns inngripen."

I ein dom frå Gulating lagmannsrett, LG 2006 39876 (referert nedanfor kap 8.1), uttalar fleirtalet at den tiltalte var "kommet så langt i sin opptreden at seksuell omgang ville ha funnet sted dersom fornærmede ikke hadde avslått i medvirke".

I Oslo tingrett, TOSLO 2002 11602 (referert under kap 8.3), vart det domfelt for forsøk på valdtekt (strl § 192 jf § 49). At avbrytninga kom frå ytre hald, vart sett i samband med at forsettet var "forbrytersk":

"Tiltalte hadde bestemt seg, og det er ikke hans fortjeneste at voldtekten ikke ble utført. Han hadde således et straffbart forbrytersk forsett".

Etter det som er sagt, kan det hevdast at det føreligg eit fast forsett når handlingane til gjerningsmannen samla sett peiker mot at han ville gjennomført brotsverket om det ikkje

hadde vore for at han vart avbroten av tredjemann eller andre ytre tilhøver. I såfall har han underkjent all tvil om han sjølv vil og kan fullbyrde, og han har såleis levert eit truverdig vitnemål som brotsmann.

Eit slikt vurderingsmoment vert i så tilfelle både subjektivt og objektivt. Subjektivt fordi ein må gå ta stilling til forsettet – objektivt fordi det blir ei vurdering knytta til ytre faktorar som ikkje er styrt av gjerningsmannen sjølv.

#### 6.3.4 Subjektive moment

##### 6.3.4.1 Spørsmålet om det føreligg forsett

Spørsmålet om det føreligg forsett for fullbyrding ligg til bevisvurderinga i ei straffesak. Påtalemakta har bevisbyrda på vanleg måte. Men der aktor sitt arbeid i straffesaker som omhandlar fullbyrda brotsverk knyt seg til å bevise kva som faktisk har skjedd, er bevistema i forsøkssaker kva som skulle skje – altså gjennomføringsplanen til gjerningsmannen.

Andenæs skriv om dette: ”Om det foreligger fullbyrdelsesforsett eller ikke, er et bevissspørsmål. Ved dette ledd av avgjørelsen vil dommerens kjennskap til tiltaltes karakter og fortid kunne ha betydning”.<sup>51</sup> Ein kan altså gå ut i frå at fortida til den tiltalte kan tene til å fastlegge gjennomføringsplanen hans. Særleg ved gjengangarar kan det vere aktuelt å søke vegleiing i korleis den tiltalte opererer, og kva mål han har for auge når han gjer dei aktuelle handlingane.

---

<sup>51</sup> Jf Andenæs, Alm strafferett s 348.

#### 6.3.4.2 Fastlegging av den psykologiske skilnaden i det konkrete tilfellet

Som nemnt over i kap 6.2.6 er spørsmålet Høgsterett har stilt om det objektivt sett er stor psykologisk skilnad på det som er gjort og det som står igjen. Det er altså ”folk flest” som skal vere vurderingsgrunnlag for avgjerda.

Dersom tiltalte er ein gjengangar innanfor det brotsverket han står under tiltale for, kan det spørjast om ein bør vurdere vedkomande annleis. Det konkrete spørsmålet må bli om gjerningsmannen sin psykologiske barriere i såfall manglar, eller i alle fall ligg lengre framme enn hos ein førstegongsforbrytar. Eit rulleblad treng heller ikkje vere naudsynt; det kan tenkast at gjerningsmannen er utreda av ein sakkunnig psykiatar eller liknande og får påpeikt at han til dømes manglar vanlege skruplar eller har vanskeleg for å setje eigne grenser.

Andenæs skriv om dette: ”[S]kal en ved avgjørelsen av hvor nær han må være kommet til fullbyrdelsen, også ta hensyn til gjerningsmannens person og f. eks. bedømme en tidligere rovmorder annerledes enn en tidligere ustraffet? Svaret bør etter min mening være nei.”<sup>52</sup>

Husabø meiner momentet ikkje må nyttast ut frå generelle trekk ved gjerningsmannen sin person. ”I så fall vil ein sterkt kriminelt belasta person bli rekna for å ha mindre terskel til fullbyrdinga, med den konsekvensen at han når forsøkspunktet før andre vil koma i straffansvar. Det vil innebera ei forskjellsbehandling der retten dømmer ut frå fordommar om kor farleg personen er. Ei slik løysing må difor klart avvisast.”<sup>53</sup>

Dersom kriteriet først skal nyttast på ein subjektivisert måte, ”må ein spørja etter den psykologiske skilnaden for denne gjerningsmannen *i den konkrete handlingssituasjonen*” (kursivert der). Han vedgår at bevistemaet i såfall blir svært vanskeleg, i det ”den psykiske barrieren mellom ulike handlemåtar høyrer til det

---

<sup>52</sup> Jf Andenæs, Alm. strafferett s 349.

<sup>53</sup> Jf Husabø s 295.

innerste indre, som personen kanskje ikkje ein gong sjølv kan svara særleg klart på.” I og med at ei slik utreiing vil vere vanskeleg, er faren tilsvarende større for at det vert dømt etter fordommar.<sup>54</sup>

Matningsdal/Bratholm avviser at det med tilvisning til sjekkdommen Rt 1991 s 95 i seg sjølv kan leggest vekt på at gjerningspersonen tidlegare er straffa. Ved ”den konkrete vurderingen kan det derimot tenkes at man kommer til at forsettet er fastere hos en person som er straffet mange ganger for tilsvarende forhold, enn når man står overfor en ustraffet person. På denne måten kan tidligere kriminalitet påvirke grensdragningen.” Likevel vil dei gjere unntak for forsøk i samvirke: ”Men ved samvirke kan man neppe sondre mellom de forskjellige gjerningspersonene slik at noen dømmes for forsøk mens andre frifinnes.”<sup>55</sup>

Etter bevis for utførte handlingar, fullbyrdingsforsett og gjennomføringsplanen er klart i ei straffesak, er det lovbruken som vert avgjerande for spørsmålet om forsøkpunktet er overskride. Når ein tar omsyn til gjerningsmannen sine tidlegare og liknande straffbare forhold i denne vurderinga, gjer fleire motførestillingar seg gjeldande. For det første kan det hevdast å vere i strid med rettssikringsprinsippet om likskap for loven.

For det andre vil ein på generelt grunnlag undergrave eit kriminalpolitisk prinsipp om å gje ferdigsona forbrytarar ein ny sjanse i samfunnet.

Mot dette kan det innvendast at vurderinga om forsøkpunktet er overskriden allereie er utprega subjektiv, i det dommaren må gå inn i tankane til gjerningsmannen, og slå fast gjennomføringsplanen i forsettsdrøftinga.

Problemet i denne diskusjonen kan vere at juristar, folk flest og brotsmenn sjølv i realiteten ser at den psykologiske terskelen for å gjennomføre eit brotsverk kan vere

---

<sup>54</sup> Jf Husabø s 295.

<sup>55</sup> Jf Matningsdal/Bratholm II s 931.

lågare for gjengangarar enn førstegongsforbrytarar. Å la dette få følger for lovbruken i eit enkelttilfelle, herunder spørsmålet om vilkåra i strl § 49 er oppfylte, er som nemnt ikkje foreineleg med rettsikringstanken om at lova skal vere lik for alle.

## **7 Utviding av straffansvar og følgjene dette får for forsøksansvaret**

Visse handlingar som presumtivt ville vorten vurdert som førebuande og dermed straffrie, er av lovgjevar gjort til sjølvstendige brotsverk (latin: *delicta sui generis*).

Døme på kriminaliserte førebuingshandlingar er oppmoding til å gjere ulike brotsverk (til dømes strl §§ 140, 160), å lage kriminelle og samfunnsskadelege organisasjonar (til dømes strl § 86 nr 5, å stifte organisasjon som verkar til fordel for fiende i eller med auge for krigstid). I nyare tid er førebuing til overgrep mot mindreårig kriminalisert jf § 201 a (sjå meir om forsøk på § 201 a nedanfor i kap 8.2.2).

Spørsmålet om forsøk på kriminaliserte førebuingshandlingar kan vere straffbart har vore gjenstand for debatt i juridisk teori.<sup>56</sup> Umiddelbart er det ikkje noko i vegen for å nytte strl § 49 i samband med desse brotsverka. Så lenge ei førebuande handling er kriminalisert som brotsverk, vil forsøkspunktet i utgangspunktet bli drege tilsvarande ned, jf ordlyden i strl § 49.

Det kan likevel spørjast de lege ferenda om det eksisterer eit forsøkspunkt for slike straffebod. Ved domfelling for forsøk på kriminaliserte førebuingshandlingar, kan det hevdast at ein står overfor eit ”forsøk på forsøk”, og at det straffbare området såleis blir strekt svært vidt.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Jf Røstad s 234.

<sup>57</sup> Dette har vore diskutert i teorien, sjå Røstad med vidare tilvisningar i fotnote 9 s 234.

Det kan nemleg innvendast at det for fullbyrding av desse straffeboda ikkje eksisterer same psykologiske barriere for folk flest som det gjer ved fullbyrding av andre, meir klassiske straffebod. Førebuande handlingar er jo pr definisjon ”harmlause”. Vidare vil moment som kvalitativ nærleik til fullbyrdinga vere vanskelege å anvende, nettopp på grunn av at gjerningsmannen sine handlingar ikkje har det samme preget av å ligge nært opp mot noko straffbart.

Når lovgjevar likevel har vald å kriminalisere desse handlingane er det fordi dei er rekna som særleg farlege og samfunnskadelege. Kriminaliseringa representerer i tillegg eit taktisk førebyggjande grep for å få bukt med særleg kjente problem før dei eigentleg har gjort skade; ”[v]ed slike delicta sui generis er samfunnets ”festningsverker” mot kriminalitet rykket langt ut i terrenget, for å møte ”fienden” i hans forberedelser til fremrykking.”<sup>58</sup>

Dersom det ikkje er sagt noko anna, må ein trass i dette gå ut i frå at strl § 49 om forsøk kjem til bruk på vanleg måte.<sup>59</sup> Forsøk på kriminaliserte førebuingshandlingar blir dermed straffbare med samme grunngeving som forsøk på ”ordinære” straffebod, jf kap 2 ovanfor.

Ein anna metode lovgjevar nyttar, er å straffe handlingar som skapar fare for skade eller liknande, til dømes strl § 155 som mellom anna straffar den som ”utsetter en annen for fare for å bli smittet” av ein allmennfarleg sjukdom. Ordlyden er vid i og med enkelte sjukdommar kan smitte på mange ulike måtar, og forsøksansvaret jf strl § 49 vert tilsvarande vidare, jf det førenemnte.

---

<sup>58</sup> Jf Røstad s 234.

<sup>59</sup> Jf Røstad s 234; ”Som særskilte straffebud vil de også ramme forsøk på overtredelse”. I fotnote 9, samme side: ”Flere forfattere har hevdet at de kriminalpolitiske hensyn som har begrunnet utformingen av delicta sui generis, tilsier at man ikke utvider det straffbare området til handlinger som står enda fjernere fra det forbryterske mål. Men som det har vært hevdet fra den annen side: lovens ordlyd gir ikke støtte for – her mer enn ved andre straffebud – å utelukke forsøk.”



## 8 Straffbart forsøk på utvalde seksualbrottsverk

Nedanfor tek eg sikte på å illustrere korleis vilkåra og momenta som nemnt i kap 6 ovanfor er nytta ved forsøk på seksualbrottsverk. Dette er gjort kasuistisk ut i frå føreliggande rettspraksis og tenkte konkrete tilfelle.

### 8.1 Forsøk på å skaffe seg seksuell omgang ved misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold

Etter strl § 193 første ledd er det straffbart å skaffe seg eller andre ”seksuell omgang ved misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold”.

Eit tilfelle som omhandlar forsøk på overtreding av § 193 er drøfta i LG 2006 39876.

Ein mannleg fysioterapeut hadde i samband med ein behandlingstime blotta sin erigerte penis for ein kvinnelege pasient og føreslått at dei to skulle ha seksuell omgang der og då, eller at pasienten kunne kome igjen etter arbeidstid.

Lagmannsretten kom til at fysioterapeuten hadde til forsett å ha seksuell omgang med pasienten sin jf strl § 193. Retten fann det klart at ”tiltalte ønsket å fullbyrde seksuell omgang med fornærmede, og at han var kommet så langt i sin opptreden at seksuell omgang ville ha funnet sted dersom fornærmede ikke hadde avslått å medvirke. Flertallet viser til at tiltalte ba om seksuell kontakt med fornærmede i form av masturbasjon og samleie mens hans penis var blottet og erigert. Grensen for den straffrie forberedelse er derved passert, og strl § 49 kommer til anvendelse.”

Slik eg les dommen, var dette tilstrekkeleg for at han etter lagmannsretten si oppfatning var komen forbi forsøkspunktet. Blottinga representerer eit seksualbrottsverk i seg sjølv jf strl § 201, og er ei handling som i karakter ligg nære det fullbyrda brotsverket sidan det inneber ei seksuell tilnærming utan samtykke frå den fornærma, jf kap 6.2.4 over.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> At blotting kvalifiserer til seksuell åtfærd jf strl § 201, går fram av Rt 1957 s 210 (som omhandlar det tilsvarande utuktig handling”.

Sjølv om det ikkje kjem fram i dommen, er det etter mi meining eit sentralt moment her at det er ein mindre psykologisk skilnad på det å blotte seg i ein behandlingssituasjon og å ha seksuell omgang i ein behandlingssituasjon.

I tillegg til å blotte seg, føreslo fysioterapeuten at pasienten alternativt kunne komme tilbake etter arbeidstid slik at dei kunne gjennomføre den seksuelle omgangen då.

Ein problemstilling blir korleis denne sistnemnte tilnærminga skal vurderast – isolert, utan å blotte seg eller gjere andre fysiske tilnærmingar – men elles i den same situasjonen i forhold til strl § 193 jf § 49.

Eit forslag eller spørsmål om å ha seksuell omgang kan ikkje åleine alltid få stor vekt.

Ein dom om forsøk på narkotikabrotsverk kan illustrere dette: I Rt 1980 s 1373 var saksforholdet at ei kvinne i byretten hadde vorte dømt for forsøk på narkotikabrotsverk. Etter tips frå andre oppsøkte ho ein person for å kjøpe hasj av han, men utan å kjenne han frå før, og i tillegg utan førehandsavtale. Ho reiste til Oslo og forsøkte å spora han opp, men fekk ikkje kontakt. Byretten sin dom vart opphevd av Høgsterett på grunn av uklare domsgrunnar.

Høgsterett sa i eit obiter dictum likevel noko om grensa mellom førebuande handlingar og forsøk i denne samanheng: ”Dersom situasjonen hadde vært den at domfelte oppsøkte en som hun jevnlig hadde kjøpt hasjisj av eller iallfall tidligere hadde kjøpt av, og det var underforstått at hun når som helst kunne komme igjen og kjøpe mer, antar jeg at grensen for den straffri forberedende handling hadde vært overskredet”.

Dommen seier noko om slike tilbod/framstøyt som er usikre, dvs at den som set dei fram er usikre på resultatet. Eit forslag eller spørsmål om ein mindreårig kan beføle gjerningsmannen mot pengar, for å hjelpe han eller liknande må reknast som ei handling som ligg svært nær opp til fullbyrdinga fordi det ofte vil vere svært sannsynleg at barnet vil gje etter. Svaret på spørsmål om ein vaksen pasient kan beføle fysioterapeuten sin er derimot meir usikkert. Sjølv om det kanskje er mindre praktisk, kan føremålet bak spørsmålet få betydning: Dersom gjerningsmannen spør for å undersøke kor gode

sjansar han har, med føremål å realisere ønsket sitt ved eit seinare høve, har handlinga preg av å vere ei førebuingshandling.

Med visning til krav om umiddelbar nærleik i tid og art, tilseier det førenemnte at forslaget må innebere eit snarleg møte, og at gjerningsmannen sjølv ser det som realistisk for han å oppnå den seksuelle omgangen. Når gjerningsmannen i tillegg går konkret og seriøst til verks med eit forslag om seinare møte, tilseier det dermed at handlingane ligg kvalitativt nær fullbyrding. Eit spørsmål som er hypotetisk og som ”sonderer” terrenget, bør såleis verta vurdert annleis enn eit oppriktig spørsmål om å møtast samme dag, etter stengetid.

Det må likevel vedkjennast at eit slikt forslag eller spørsmål i seg sjølv vil trø over den *etiske grensa* som blir oppstilt for helsearbeidarar i den konkrete situasjonen, og krenke det bluferdige som er særpregar arbeid for utøvarar som er særleg avhengige av tillit frå pasientane sine for å utføre arbeidet sitt. Dette kan samla tale for at handlinga, spørsmålet, frå gjerningspersonen i dette lyset ligg kvalitativt nære fullbyrdinga. Same veg talar momentet om den psykologiske skilnad, som vist til ovanfor i drøftinga av dommen om fysioterapeuten i LG 2006 39876.

## 8.2 Overgrep mot mindreårige

### 8.2.1 Generelt

Etter strl § 196 første ledd er seksuell omgang med barn under 16 år straffbart med 5 års strafferamme. Dersom barnet er under 14 år, er strafferamma 10 år, jf strl § 195 første ledd. For begge straffeboda gjeld tilleggsvilkår for straffskjerping. Straffelova § 201 a om grooming rettar seg òg mot overgrep mot mindreårige – forsøk på brot på dette straffebodet blir handsama nedanfor.

Praktisk ved overgrep mot mindreårige, er at tiltalte hevdar han var i villfaring om den fornærma sin alder. Etter § 196 tredje ledd vil likevel ikkje villfaring om alder utelate straffeskuld med mindre ”ingen uaktsomhet foreligger i så måte.” I forhold til kunnskap om alder, føreligg det etter ordlyden eit særleg strengt krav for gjerningsmannen til

aktsam framferd. Straffebodet utgjer med andre ord unntak frå den allmenne føresetnaden for forsøksansvaret om at det må føreligge forsett i høve til kvart enkelt vilkår i gjerningsskildringa.

Dersom dei utførte handlingane representerer eit brotsverk i seg sjølv, kan dette tilseie at det føreligg kvalitativt umiddelbar nærleik til fullbyrdinga av brotsverket, jf Rt 1991 s 95 om sjekkbedrageri. Slik kan Rt 1898 s 717 om puffing mot fornærma bak ei kyrkje vere illustrerande for seksualbrottsverka; denne typen kroppskontakt utan samtykke inneber nemleg ei lekamskrenking (strl § 228); gjerningsmannen vart tiltalt for forsøk på ”uterlig forhold”, som tilsvarar ”seksuell handling” jf strl § 200.

Loftdommen Rt 1939 s 890 og baderomsdommen Rt 1985 s 67 gjev vegleiing i tilfella med såkalla ”lokkemenn” som ikkje nyttar vald eller anna tvang. Den formuleringa Høgsterett nytta seg av i loftdommen Rt 1939 s 890 er mykje nytta seinare i rettspraksis og juridisk teori:

”[T]iltaltes opptreden sett i sammenheng fører så langt mot forbrytelsens utførelse at det ikke reiser sig grunnet tvil om at han i umiddelbar forbindelse med de allerede utførte handlinger vilde ha bragt forbrytelsen til utførelse hvis han ikke var blitt hindret ved tredjemanns inngripen”.

I loft- og baderomsdommen er det ikkje gjort ”fysiske framstøyt” mot den mindreårige. Dei fornærma har derimot blitt tekne og/eller lokka bort frå det offentlege og frie rom. Som Husabø hevdar, har gjerningsmannen gjort fornærma til eit utsett og sårbart offer.<sup>61</sup> På denne måten har han lagt til rette for brotsverket, sidan den mindreårige er i stor grad overlata til den vaksne.

I baderomsdommen gjekk gjerningsmannen så langt som å spørje dei to jentene ut om seksuelle forhold, og om dei ville bli med inn på badet for å vaske han. Her har han

---

<sup>61</sup> Jf Husabø s 291.

trødd ”både tryggleiken deira og intimitetsgrensa deira svært nær. Desse dommane kan såleis tolkast slik at det vil vera eit moment i retning av forsøksansvar at tiltalte har trødd offeret sin rettsleg verna sfære farleg nær.”<sup>62</sup>

Har gjerningsmannen ikkje kome lengre enn til kontaktetableringa, når planen er å ta barnet med bort, tilseier det førenemnte at forsøksgrensa ikkje er overskride. Dette var kjæremålsutvalet i Høgsterett sitt standpunkt i Rt 1898 s 717, og er Husabø sin oppfatning.<sup>63</sup>

Eit anna spørsmål er korleis ein skal vurdere kontaktetablering med eit barn i det offentlege rom når gjerningsmannen har til forsett å fullbyrde overgrepet der og då. Til dømes vender gjerningsmannen seg til eit eller fleire barn på lekeplassen, og innleier ein samtale med føremål å få dei til å gjere seksuelle handlingar overfor han. Her ligg kontaktsøkinga vesentleg nærare fullbyrdinga av brotsverket i tid enn i dømet ovanfor, noko som tilseier at forsøkspunktet kan vere overskriden allereie ved kontaktetablering.

### 8.2.2 Særleg om strl § 201 a jf § 49 (forsøk på grooming)

Etter straffelova § 201 a vert den som ” har avtalt et møte med et barn under 16 år, og som med forsett om å begå en handling som nevnt i §§ 195, 196 eller § 200 annet ledd har kommet frem til møtestedet eller et sted hvor møtestedet kan iakttas” straffa med fengsel opp til eitt år. Straffebodet tredde i kraft 17. april 2007.

Handlingane som inngår i gjerningsskildringa vil etter arten i forhold til §§ 193, 195, 196 og 200 andre ledd vere straffrie førebuande handlingar.<sup>64</sup> Det nye straffebodet inneber dermed å kriminalisere førebuande handlingar, jf kap 7.

---

<sup>62</sup> Jf Husabø s 291.

<sup>63</sup> Jf Husabø s 290.

<sup>64</sup> Jf Ot prp nr 18 (2006-2007) s 9 (pkt 3.1).

Departementet legg til grunn at det vanlege forsøksansvaret etter § 49 vil gjelde for § 201 a. ” Det betyr at straffansvar kan inntre også før gjerningspersonen har kommet frem til møtestedet eller et sted hvor møtestedet kan iakttas, såfremt vilkårene i straffeloven § 49 er oppfylt. Etter omstendighetene kan forsøksansvar inntre allerede på tidspunktet for kontaktetablering, slik riksadvokaten og KRIPOS tar til ordet for.”<sup>65</sup> Dette er føresettt at det føreligg forsett om å møte opp i tråd med gjerningsskildringa i § 201 a.

Det kan til dømes tenkast at partane har avtalt møte ved eit kjennemerke i eit kjøpesenter i heimbygda til den mindreårige, og gjerningsmannen må køyre eit stykke for å komme til bygda. Når han kjem til bygda, har parkert utanfor kjøpesenteret i tide til å nå avtalen, tilseier det førenemnte at det føreligg slik umiddelbar nærleik for fullbyrding at han kan straffast for forsøk.

Korleis skal ein vurdere det tilfellet at gjerningsmannen har byrja på reisa til møtestaden jf § 201 a? Kor langt det er å reise til det avtalte ”møtestedet” jf § 201 a og kortid gjerningsmannen reiser, får relevans i forhold til tidsmomentet. Er det kort veg til bygda, men gjerningsmannen køyrer i god tid slik at han når fram fleire timar tidlegare enn møtetidspunktet, tilseier tidsmomentet at fullbyrdinga ikkje er i ”umiddelbar” samanheng med reisa.

Slik departementet viser til, går ein ut i frå at ”etter omstendighetene kan forsøksansvar inntre allerede på tidspunktet for kontaktetablering”. Det kan tenkast at gjerningsmannen ved første kontakt med den mindreårige avtalar at dei skal møtast same kveld, seinare på eit offentleg toalett, og at dei (implisitt eller direkte) skal ha seksuell omgang der. Her har gjerningsmannen ved handlingane sine trødd ”intimgrensa” til den mindreårige farleg nær jf det førenemnde, og det er nær tidsmessig nærleik mellom det han har gjort og det som står igjen. Samla tilseier dette at dømet ligg

---

<sup>65</sup> Jf Ot prp nr 18 (2006-2007) s 18 (pkt 3.6.3.3).

innanfor det som etter departementet sine vurderingar vil innebere eit straffbart forsøk på strl § 201 a.

Dersom avtalen går ut på at den mindreårige skal komme heim til gjerningsmannen, føreligg det etter førearbeida fullbyrding av brot på § 201 a dersom han er i heimen sin på det avtalte tidspunktet uavhengig av om den mindreårige møter opp eller ikkje. For å ombestemme seg med straffriande verknad (jf strl § 50), må gjerningsmannen aktivt avlyse avtalen.<sup>66</sup> Dersom avtalt møtestad er heimstaden til gjerningsmannen, vil fullbyrdinga av dei planlagde seksualbrotsverka ligge nærare enn ved anna møtestad ute i det ”offentlege rom”. Hans innsats for å halde avtalen er minimal; han treng berre vere til stades heime til avtalt tid. Dette tilseier at forsøkspunktet vert trekt tilsvarende ned, i det hans forslag eller avtale om å møtast ligg nærare fullbyrdinga her enn ved avtale om møte i det offentlege rom.

### 8.3 Bruk av vald eller truslar som ledd i å skaffe seg seksuell omgang

Straff for valdtekt vert gjeven for den som ”ved vold eller truende atferd” skaffar seg seksuell omgang (strl § 192, første led, bokstav a), den som har seksuell omgang med ”noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen” (bokstav b), og den som ”ved vold eller truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre tilsvarende handlinger med seg selv” (bokstav c).

Forsøk på valdtekt jf strl 192 jf § 49 vil praktisk ofte innebere brot på strl §§ 227, 228, fullbyrda seksuelle handlingar jf strl § 200 (til dømes beføling). Prosessuelt blir dette rekna som del av forsøket, og kjem eventuelt i omsyn som straffskjerpande moment, og

---

<sup>66</sup> Jf Ot prp nr 18 (2006-2007) s 18 (pkt 3.6.3.3).

ikkje som sjølvstendig brotsverk i konkurrans.<sup>67</sup> I forsøksdrøftinga kan valdshandlingane likevel vere tungtvegande moment med tanke på den kvalitative nærleiken til fullbyrdinga. Like fullt vil utøving av vald med forsett om å skaffe seg seksuell omgang vitne om at det er små psykologiske skilnader på det som er gjort av gjerningsmannen og som står igjen.

”Overfallsvaldtekt” blir brukt om tilfeller der det ikkje har vore føregående kontakt mellom gjerningsmannen og den fornærma. Den fornærma blir overrumpla av gjerningsmannen til dømes på gata, i oppgangen etc. Som vanleg blir det største bevisproblemet kva som låg i forsettet til gjerningsmannen; om det berre var overfallet eller om det omfattar seksuell omgang.

Spørsmålet om kva tid grensa for forsøk er overskriden melder seg her òg.

Ein dom frå Oslo tingrett (TOSLO-2002-11602) illustrerer dette: Etter å ha blitt avvist av fornærma tidlegare på kvelden, følgde gjerningsmannen etter henne og inn i oppgangen der ho budde. Her kom det til eit basketak utfor døra til den fornærma, der gjerningsmannen sa mellom anna at han ville valdta henne. Innanfor leiligheten sat han seg oppå henne i senga og slo henne med knytta hand, og prøvde å få opp beltet sitt. Då den fornærma bad om å få vaske anletet for blod, klarte ho å springe ut av leiligheten. Tingretten viser til Sjekkkdommen Rt 1991 s 95, og legg til grunn at objektive og subjektive moment må takast i omsyn:

”Etter rettens vurdering av bevisene var forsettet rettet direkte mot voldtekt ved samleie, og det var en tilstrekkelig nærhet i tid mellom det tiltalte foretok seg, og hans forsett om fullbyrdelse. Handlingsrekken blir bare avbrutt som følge av fornærmedes opptreden. Retten har funnet at forholdet rent objektivt tilfredsstillende kravene i loven til straffbart forsøk på voldtekt, selv om både tiltalte og fornærmede hadde klærne på.”

---

<sup>67</sup> Jf Mæland s 74. Voldtekt omfattar derimot ikkje grovare forhold enn dette, som lekamsskade, sjå til dømes Rt 1997 s 31 der det er domfelt for § 192 jf § 49 i tillegg til fullbyrding av § 229.



Dei ytre handlingane til gjerningsmannen er altså vald mot den fornærma, truslar om at han skal valdta henne, og forsøk på å få av seg sine egne klede (fikling med beltet). Som vist over under kap 6.2.4 om nærleik i karakter, er dette handlingar som er kvalitativt sett ligg nære dei som står igjen; han har invadert den fornærma si intime sfære ved vald og beføling, og å forsøke å kle av seg framfor henne. I tillegg kjem det moment at han har gjort seg skuldig i straffbare handlingar allereie, jf sjeekdommen Rt 1991.

Om meir subjektive moment, held retten fram:

”Tiltalte hadde etter rettens mening foretatt handlinger som viser at tiltalte tilsiktet å gjennomføre voldtekt. (...) Hans opptreden og utsagn fra han slår henne, har etter rettens mening alle kjennetegn på et voldtektsforsøk, til tross for at selve den utuktige handling ikke var påbegynt, utover at tiltalte tok på fornærmedes bryster. Retten viser også til at retten har funnet bevist at tiltalte fiklet med beltet på sin bukse og gjorde forsøk på å trekke opp fornærmedes kjole. Tiltalte hadde bestemt seg, og det er ikke hans fortjeneste at voldtekten ikke ble utført. Han hadde således et straffbart forbrytersk forsett, og tiltalte var milevis forbi en normal tankemessig barriere for hva man kan foreta seg for å få samleie.”

Når retten viser til det den ser som ”alle kjennetegn på et voldtektsforsøk”, kan det spørjast om det er objektive eller subjektive moment som blir drøfta. For begge deler kan det uansett hevdast at haldninga er utslag av fordommar etter erfaringar retten har gjort seg, noko som i tilfelle er uheldig.

Måten gjerningsmannen vart avbroten på, framstår som et sentralt moment for forsett som moment (jf kap 6.3.3); ”det er ikke hans fortjeneste at voldtekten ikke ble utført. Han hadde således et straffbart forbrytersk forsett (...)”.

Den psykologiske skilnaden på det som er gjort og det som står igjen vert òg rekna som liten, når den tankemessige ”barriere” i følge retten blir sett som broten for lengst.

I ein dom frå Bergen tingrett (15. november 2002, 02-2763 M/02) vart ein mann domfelt for to forsøk på overfallsvoldtekt mot to ulike fornærma, jf strl § 192 jf § 49. Det første fann stad seint i juli 2002, det andre tidleg i august 2002.

I det første tilfellet, i juli 2002, hadde gjerningsmannen seint ei natt kome opp bak den fornærma kvinna (fornærma nr 1) i gata der ho budde. Kvinna var på veg heim frå fest og svært rusa. Her hadde han halde henne fast og forsøkt å få av kleda hennar medan ho uttalte til han ”please let me go” og gjorde fysisk motstand. Eit vitne som budde i gata oppdaga det heile og gjorde anskrik slik at gjerningsmannen forlot åstaden.

I august 2002 møtte den samme mannen ei anna kvinne (fornærma nr 2) i Bergen sentrum seint ei natt. Dei to hadde gått til ein plen og røykt hasj i lag, då fornærma ville gå tilbake til venninna si. Gjerningsmannen kom då bak henne, og drog henne ned i nokre buskar. Han haldt handa si over munnen og nasa på den fornærma, opna buksa si og drog opp skjørtet til fornærma, og rørte ved trusa hennar. Fornærma hadde uttalt at ho hadde menstruasjon og difor ikkje kunne ha samleie, og gjerningsmannen fekk sædavgang på låret hennar. Deretter slapp han henne laus slik at ho rømte frå staden.

I juli-tilfellet vart det sett bevist i tingretten at det var knuffing mellom partane. Når gjerningsmannen vart avbroten, stod han bøygd over fornærma, som sat inntil ein husvegg med toppen dradd opp, og buksa dradd ned. Når vitnet gjorde anskrik, spratt han opp og forlot åstaden. I bevisspørsmålet viser retten mellom anna til ”hva tiltalte gjorde et par uker seinere med [fornærma nr 2 i det andre tilfellet i august 2002]. Etter rettens vurdering forligger det ikke rimelig tvil som kan komme tiltalte til gode”. Retten fann vidare at gjerningsmannen ”åpenbart [har] handlet forsettlig fordi han har handlet med vilje og målrettet. Formålet handlingen har åpenbart vært seksuell omgang med [fornærma], men han oppgav dette fordi en beboer i huset ble oppmerksom på hva som var i ferd med å skje.”

I tingretten vart tiltalte vart dømt til fengsel i to år for to forsøk på valdtekt.

Det kan spørjast om tingretten si handsaming av *bevisspørsmålet* i valdtektsforsøket mot fornærma nr 1 i juli 2002 byggjer på rett tolking av strl § 49.

Slik eg les dommen, legg retten vesentleg vekt på ”hva tiltalte gjorde et par uker seinere med” fornærma nr 2 i sin slutning om at tiltalte hadde fullbyrdingsforsett.

Som nemnt under kap 6.3.4 har Andenæs opna for å ta i omsyn gjerningsmannen sine tidlegare straffbare forhold under fastlegginga om det føreligg bevis for fullbyrdingsforsett. Grunngevinga for å ta i omsyn tidlegare forhold i kartlegging av forsettet, må søkjast i den erfaringen som finst kring gjerningsmenn som fleire gonger bryt samme straffebod. Det kan til dømes vere aktuelt å sjå på kva metodar gjerningsmannen tar i bruk første gong, og deretter samanlikna dette mot det neste forsøket for å slå fast gjennomføringsplanen hans.

Når Bergen tingrett i forsettsdrøftinga viser til eit anna tilfelle som ligg *fram i tid*, er momentet nytta på ein annan måte enn det som kan forsvarast av grunngevinga som nemnt.

Spørsmålet prinsipielt sett er om eit framtidig tilfelle kan illustrere føremålet med eit fortidig tilfelle. Ved førstegongsbrotverket er nemleg gjerningsmannen på ”ukjent grunn” slik at han sjølv ikkje har den erfaringen som elles vil styrke retten sin oppfatning av framgangsmåte og gjennomføringsplan.

Avdi det ved bruk av framtidige tilfeller ikkje finst empirisk grunnlag å støtte seg på ved bevisvurderinga av det første, fortidige tilfellet, framstår tingretten si vurdering i dette tilfellet av denne grunn som usikker, og kanskje som utslag av ”etterpåklokskap”. Det kan hevdast til fordel for retten si vurdering at begge tilfella på domstidspunktet var fortidige, og at retten såleis gjer ei heilskapsvurdering av tiltalte.

Dersom ein tiltalt tidlegare har gjort seg skuldig i fullbyrda brotsverk av same art som det han no har forsøkt å fullbyrde, kan fortida tene til å fastlegge bevis for forsettet, jf det førenemnte. I saka frå Bergen tingrett er det derimot vist til eit (framtidig) *forsøk* for å slå fast forsettet ved eit anna forsøk.

Det kan prinsipielt spørjast om eitt forsøk kan bidra til å klargjere forsettet ved eit anna forsøk. Mykje talar for å svara avkreftande. Eit forsøk er per definisjon mislykka, slik at forsettet ikkje vert realisert. Retten manglar dermed haldepunkt for å sei at

gjerningsmannen har den gjennomføringsviljen som krevst ved fullbyrding – og kanskje særleg ved valdtekt; tiltalte hadde i denne saka ikkje vist at han var i stand til å fullbyrde ei valdtekt, slik momentet normalt skal tene til å illustrere.

Domfelte anka over skuldspørsmålet og straffutmålinga til lagmannsretten. Gulating lagmannsrett (LG 2002 2485) fann han skuldig etter tiltalen, men uttalte i samband med straffutmålinga om juli-tilfellet som nemnt over: "...forholdet mot [fornærma nr 1] ligger i nedre sjikt av det som rammes av forsøk på seksuell omgang, noe som må tillegges vekt, og som gjør handlingene samlet sett mindre graverende." Straffa vart med tilvisning til dette sett ned til eitt år og seks månadar i fengsel.

Påtalemakta anka til Høgsterett, men anken vart ikkje tillaten fremja (HR 2003 00346).

Etter mi meining, er tilfellet i juli 2002 eit *klart* forsøk på valdtekt, slik at lagmannsretten manglar grunnar for å setje ned straffa. Til dette kan det merkast følgjande:

Som det går fram over, blir *overfallsvoldtekt* kjenneteikna av at det ikkje er føregåande kontakt mellom gjerningsperson og fornærma før valdtekten finn stad. Når retten nyttar dette uttrykket om hendinga, er det òg implisitt lagt til grunn at fullbyrdinga av seksuell omgang skulle skje i direkte samanheng med kontaktetablering mellom partane. Tidsmomentet tilseier altså i første omgang at forsøkspunktet er overksride, jf kap 6.2.2 ovanfor.

Vidare har gjerningsmannen knuffa eller liknande på den fornærma, og byrja å dra av kleda hennar, utan at dei to har hatt noko føregåande fysisk kontakt. Her er intimitetsgrensa hennar tråkka over, og det kan hevdast at det i dette ligg eit brot på strl § 200, eventuelt § 201 – men uansett § 228. Handlingane ligg etter dette kvalitativt nære fullbyrdinga jf kap 6.2.4 ovanfor.

Gjerningsmannen stansa forsøket og forlot åstaden på grunn av at naboen ropte opp. Avbrytninga kom frå ytre hald, noko som etter mi meining tilseier at han hadde eit fast, forbrytarsk forsett jf kap 6.2.3 ovanfor.

Føresett at den fornærma var så rusa at ho ikkje var i stand til å ta vare på seg sjølv, styrker dette det førenemnte. Fornærma var eit "enklare" offer fordi gjerningsmannen hadde den fysiske kontrollen og fullbyrdinga av valdtekta kunne skje i umiddelbar samanheng med at gjerningspersonen hadde kledd av henne jf. momenta som nemnt under pkt 8.2.1, om mindreårige.

## 9 LITTERATURLISTE

### 9.1 Litteratur

Andenæs, Alm. strafferett:

Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett. Femte utgåve ved Magnus Matningsdal og Georg Rieber-Mohn. Oslo 2005.

Andenæs, Straffbar unnlattelse:

Johs. Andenæs, Et bidrag til rettsdogmatikken, Oslo 1942.

Getz, Avhandlinger:

Bernhard Getz, Juridiske Afhandlinger. Utgjeven ved Francis Hagerup. Kristiania 1902.

Hagerup:

Francis Hagerup, Strafferettens almindelige del. Tredje utgave, Oslo 1930.

Husabø:

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

Frände:

Dan Frände, Allman Straffrätt, 1. utgave, 3. opplag, Helsinki, 2004.

Matningsdal/Bratholm I:

Magnus Matningsdal og Anders Bratholm, Straffeloven med kommentarer, Første del, Almindelige bestemmelser. Andre utgave. Oslo 2003.

Matningsdal/Bratholm II:

Magnus Matningsdal og Anders Bratholm, Straffeloven med kommentarer, Anden del, Forbrydelser, Oslo 1995.

Røstad:

Helge Røstad, Innkast i straffefeltet, Utvalgte emner i strafferett. Oslo 1993.

Schweigaard:

A. Schweigaard, Commentar over den norske Criminallov, Første del, Tredie utgave. Christiania 1882.

Waaben, alm del I:

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

## 9.2 Artiklar

Andersen:

Kjell V. Andersen, Juristkontakt, nr 6, 1991 s 68-70.

Morgenstjerne:

Bredo Morgenstjerne: "Om det strafbare Forsøgs Begyndelsespunkt." Tidsskrift for Retsvidenskap 1888, s 410-460.

## 9.3 Førearbeid

Ot prp nr 18 (2006-2007):

Ot. prp. nr. 18 (2006-2007). Om lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (straffebud om å møte et barn med forsett om å begå seksuelt overgrep mv.)

Ot prp nr 90 (2003-2004):

Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).

NOU 1983 : 57:

NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under utforming

S.K.M 1896:

Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriket Norge II, Motiver, Udarbeidet af den ved Kgl. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission.

*SOU 1996:185:*

Statens offentliga utredningar 1996:185 Justitiedepartementet, Straffansvarets gränser, Bilagor, Betänkande av Straffansvarsutredningen Malmö 1996.

Motiv 1932:

Motivene til det i Aaret 1832 udgivne Forslag til en lov for Kongeriket Norge angaaende Forbrydelser. Christiania 1835.

#### 9.4 Internettsider

*www.rettsdata.no:*

Gyldendal rettsdata, Norsk lovkommentar. Magnus Matningsdal sine kommentarar til straffelova 1902 (desember 2007).