

TILBAKETREDEN FRA STRAFFANSVAR

Regulering av tilbaketreden fra straffbare forberedelseshandlinger, sett i sammenheng med straffelovens regulering av tilbaketreden fra forsøk og dens motivering.

Kandidatnummer: 165719

Veileder: Jørn Jacobsen

Leveringsfrist: 1. juni 2010

Til sammen 14567 ord

1. juni 2010

INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	1
1.1	Om temaet	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Begrepsavklaringer	2
1.4	Avgrensning og veien videre	4
2	HISTORISK OG LEGISLATIVT PERSPEKTIV	5
3	KORT OM FORSØKSANSVARET	8
3.1	Utgangspunkter	8
3.2	Nedre og øvre grense for straffbart forsøk	9
3.3	Utjenlige forsøk	10
4	TILBAKETREDEN FRA FORSØK	11
4.1	Innledning.....	11
4.2	Tilbaketreden som straffbortfallsgrunn	11
4.3	Vilkårene for straffri tilbaketreden	13
4.3.1	Innledning	13
4.3.2	Generelt vilkår: "[A]f egen fri Vilje"	13
4.3.3	Nærmere vilkår for tilbaketreden ved ufullendt forsøk	15
4.3.4	Nærmere vilkår for tilbaketreden ved fullendt forsøk	17
4.3.4.1	Innledning	17
4.3.4.2	Aktiv forebyggingelse som vilkår	17
4.3.4.3	Betydningen av oppdagelse	20
4.3.5	Kort om straffeloven av 2005	23
4.4	Spesielle tilfeller av tilbaketreden	23
4.4.1	Tilbaketreden ved samvirke	23
4.4.2	Fremskutt fullbyrdelse	25
5	LOVGIVNING OM TILBAKETREDEN I SVERIGE OG DANMARK	26
5.1	Innledning	26

5.2	Sverige	27
5.3	Danmark	29
6	TILBAKETREDEN FRA STRAFFBARE FORBEREDELSESHANDLINGER	30
6.1	Forberedelseshandlinger som selvstendige straffebud	30
6.2	Rettspolitisk vurdering av regelen	32
6.3	Tre mulige løsninger	35
6.3.1	Innledning	35
6.3.2	Utvidelse av anvendelsesområdet til straffeloven § 50	35
6.3.3	Det danske alternativet	36
6.3.4	Den svenske regelen som utgangspunkt	37
6.4	Avsluttende vurderinger	39
7	KILDEOVERSIKT	42
7.1	Litteratur	42
7.2	Artikler	43
7.3	Norske lover	44
7.4	Forarbeider	44
7.5	Utenlandske lover og forarbeider	45
7.6	Dommer	45

1 Innledning

1.1 Om temaet

Peder Ås har i lengre tid planlagt å rane byens gullsmedforretning. Han har gått til anskaffelse av en lekepistol som ser autentisk ut, tøysekker til smykkene og en forkledning som han skal bruke ved selve utførelsen. Han har også lagt en plan for hvordan han skal holde seg selv og ransutbyttet skjult for politiet. Når dagen for gjennomføringen av planen kommer, går han inn i gullsmedforretningen. Han er forkledd og har forsett om å true til seg alle verdier i butikken. Idet han skal true til seg verdiene, oppdager han at kvinnen bak kassen er en bekjent av han. Han får motforestillinger, og ender opp med å avbryte ranet uten at betjeningen eller kundene har oppfattet hva som var i ferd med å skje.

Ås sitt forsøk på ran er i utgangspunktet straffbart fordi han har kommet så langt i gjennomføringen av sin forbryterske plan at han har passert den nedre grensen for forsøk, jf. straffeloven (strl.) § 267, jf. § 49. Han blir imidlertid straffri på grunn av sin tilbaketreden, jf. § 50. Selv om Ås i utgangspunktet har gjort noe straffbart, blir han altså straffri på grunn av subjektive forhold som hindrer at ranet blir fullbyrdet.

I et annet eksempel har Peder Ås og hans kamerat blitt enige om å rane byens gullsmedforretning. De skriver ned avtalen på en serviett, og foretar de samme forberedelser som Ås i det forrige eksempelet gjorde alene. Dagen før ranet skal gjennomføres bestemmer de seg for ikke å gjennomføre det. Avtalen var kommet i stand på et tidspunkt da begge slet med pengeproblemer som følge av finanskrisen, og nå innser de hvor unødvendig det er å ty til ulovlige midler for å fylle lommeboken.

Både Ås og kameraten vil rammes av straffeloven § 269 nummer 1, ettersom det å inngå avtale om ran er straffbart etter det selvstendige forberedelsesdeliktet. En handling som i utgangspunktet er en straffri forberedelsehandling er med denne bestemmelsen gjort til et fullbyrdet lovbrudd. Ås og kameraten vil her ikke kunne oppnå straffrihet. Muligheten for å bli straffri på grunn av tilbaketreden gjelder bare for tilfeller der gjerningspersonen er på forsøksstadiet, og er dermed avskåret dersom en fremdeles befinner seg på

forberedelsesstadiet.¹ Straffrihet er avskåret både for Ås og kameraten, selv om de i sin utførelse har kommet vesentlig kortere enn Ås hadde kommet i sin gjennomføring da han opptrådte alene.

1.2 Problemstilling

Temaet for oppgaven er tilbaketreden fra straffansvar, og hvordan dagens bestemmelse om tilbaketreden i § 50 relaterer seg til handlinger på henholdsvis forsøks- og forberedelsesstadiet. Problemstillingen er todelt. For det første skal det drøftes hva som etter gjeldende rett skal til for at en gjerningsperson skal bli straffri ved tilbaketreden fra forsøk, slik som i det første ovenfor beskrevne eksempelet med Peder Ås. Formålet med denne delen av oppgaven er å belyse den materielle siden av tilbaketreden fra forsøk, herunder dagens sterke kobling mellom forsøk og tilbaketreden. Likheter og forskjeller i straffeloven av 1902 og straffeloven av 2005 blir kommentert underveis.

Med bakgrunn i dagens regulering av adgangen til tilbaketreden, skal det for det andre ses nærmere på en eventuell regulering av tilbaketreden fra forberedelseshandlinger som er gjort straffbare. Som vist i det siste eksempelet i punkt 1.1 om Ås og kameraten, er tilbaketreden fra straffbare forberedende handlinger ikke mulig etter norsk rett i dag. Problemstillingen er ikke direkte behandlet i utredningsarbeidet frem mot vedtagelsen av den nye straffeloven. Det blir i denne oppgaven sett nærmere på hvorfor tilbaketreden er avskåret for forberedelseshandlinger, og drøftet om dagens avvikende regulering er kriminalpolitisk heldig. Det vil også vurderes hvordan en slik mulighet for tilbaketreden bør være, ved blant annet å sammenligne norsk, svensk og dansk rett på området.

1.3 Begrepsavklaringer

For å få forståelse for hva oppgaven skal omhandle, er det nødvendig å avklare hva som ligger i noen kjernebegreper.

Begrepet *tilbaketreden* er i dag uløselig knyttet til forsøksinstituttet, fordi straffrihet for tilbaketreden forutsetter at gjerningspersonen befinner seg på forsøksstadiet. Sammenhengen

¹ Se videre punkt 6.1 nedenfor.

går tydelig frem av straffeloven sin systematikk og oppbygning, ettersom regelen er plassert i lovens kapittel fire, ”Forsøg”. Det følger også direkte av ordlyden i § 50 om adgangen til å tilbaketre:

”Forsøgets Strafbarhed bortfalder, saafremt den skyldige af egen fri Vilje enten afstaar fra den forbryderske Virksomhed, før endnu fuldendt Forsøg foreligger, eller forebygger den Følge, ved hvis Indtrædelse Forbrydelsen vilde være fuldbyrdet, forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget.”

Regelen innebærer at tilbaketreden er avskåret dersom det foreligger fullbyrdet overtredelse.² Tilbaketreden er heller ikke mulig dersom gjerningspersonen fremdeles befinner seg på forberedelsesstadiet. Det sistnevnte er ikke problematisk når forberedelseshandlingen ikke er belagt med straff, siden det i slike tilfeller ikke er noe straffansvar å tre tilbake fra.³

Straffbart forsøk på forbrytelse foreligger når gjerningsbeskrivelsen i straffebudet ikke er oppfylt, men det er foretatt en ”[h]andling, hvorved dens [gjerningsbeskrivelsens] Udførelse tilsigtedes paabegyndt”, jf. strl. § 49 første ledd. Kjernen i det straffbare forsøket er at skyldkravet er oppfylt på den subjektive siden, mens det fremdeles mangler noe på den objektive siden.⁴ Gjerningsinnholdet i straffebudet er ikke oppfylt. Gjerningspersonens handling må i det ytre peke direkte mot en fullbyrdet straffbar handling, samtidig som han har forsett om å fullbyrde lovbruddet etter planen sin.

Det som normalt betegnes som forsøkets nedre grense er grensen mellom straffri forberedelse og forsøk, mens den øvre grensen er grensen mellom forsøk og fullbyrdet overtredelse. Det er den *nedre* grensen som i teorien vies mest oppmerksomhet, fordi det er den som vanligvis er vanskeligst å trekke. Grensedragningene og hvor langt på vei gjerningspersonen må ha kommet i sin realisering av forsettet gjennomgås i punkt 3.2.

² Se likevel et spesielt tilfelle i Rt. 1992 s. 1495 (Tysterkjennelsen), der strl. § 50 ble tolket utvidende til gunst for tiltalte. Kjennelsen gjaldt en sak om narkotikainnførsel der tiltalte inngikk samarbeid med politiet. På grunn av politiets taktikk ble innførselen tiltalte hadde gitt opplysninger om fullbyrdet før pågripelse. Saken kan ikke tas til inntekt for at straffrihet kan innrømmes når forsøkets øvre grense er overskredet i andre tilfeller.

³ Annerledes hvis allerede den forberedende handlingen er gjort straffbar som en selvstendig overtredelse, se særlig oppgavens del 6.

⁴ Skillet mellom en objektiv og en subjektiv side av straffansvaret er gjengs terminologi i strafferettsteorien. Det strenge skillet er imidlertid ikke helt beskrivende for forberedelses- og forsøksansvaret, ettersom det i mange tilfeller er vanskelig å se gjerningspersonens ytre handling isolert fra hva som var hans formål med den. For enkelhets skyld bruker jeg likevel det tradisjonelle skillet videre i oppgaven.

For at gjerningspersonen skal gå fri fra et pådratt straffansvar, må han etter § 50 enten frivillig avstå fra å fullføre lovbruddet eller frivillig hindre den ønskede følgen i å inntre. Det fremgår av lovteksten at tilbaketreden kan deles inn i to grupper; tilbaketreden fra henholdsvis *ufullendt og fullendt forsøk*. Skillet trekkes etter hvor mye som gjenstår for at lovovertrедelsen er fullbyrdet, og er avgjørende for hva som skal til for å oppnå straffrihet i det konkrete tilfellet. Denne sentrale sondringen blir nærmere behandlet under punkt 4.3.3 og 4.3.4.

En spesiell gruppe straffebestemmelser er de som inneholder *fremskutt (eller fremrykket) fullbyrdelse*. Slike straffebud kjennetegnes ved at gjerningen beskrives som en forsøkshandling, se for eksempel vegtrafikkloven § 22. Fullbyrdelsestidspunktet fremskyndes her ved at gjerningsbeskrivelsen er oppfylt allerede når grensen fra forberedelse til forsøk på promillekjøring er overtrådt. Hvilken betydning fremskutt fullbyrdelse har for reglene om tilbaketreden blir behandlet i punkt 4.4.2.

Den generelle delen til ny straffelov ble vedtatt den 20. mai 2005, mens den spesielle delen ble vedtatt i 2009.⁵ Den samlede straffeloven av 2005 skal erstatte dagens straffelov av 1902, og trer tidligst i kraft i løpet av 2012. Også i den nye loven er reglene om tilbaketreden knyttet til forsøksstadiet, med forskjellige vilkår for ufullendte og fullendte forsøk. Regelen om når forsøk er straffbart er plassert i strl. 2005 § 16 første ledd. Andre ledd i bestemmelsen har følgende ordlyd:

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

1.4 Avgrensning og veien videre

I det følgende skal det redegjøres for den legislative begrunnelsen for forsøksinstituttet og adgangen til å tre tilbake, samt reglenes historikk (del 2). Hensikten med denne gjennomgangen er å gi et overordnet perspektiv for å klargjøre innholdet og sammenhengen i reglene om tilbaketreden fra straffansvar. Videre skal hovedelementene i forsøkslæren kort

⁵ Ved lov 19. juni 2009 nr. 74.

omtales, ettersom straffri tilbaketreden i dag ikke er mulig uten at gjerningspersonen er på forsøksstadiet. Del fire dreier seg om problemstillingens første element, nemlig vilkårene for og konsekvensene av tilbaketreden fra forsøk etter gjeldende rett. Den grundige kjennskapen og forståelsen fra del fire er nødvendig som bakgrunn for drøftelsen av problemstillingens andre element i del fem og seks.

Den norske reguleringen av tilbaketreden er særegen, noe som kommer klart frem om man ser spørsmålet fra et større skandinavisk perspektiv. Del fem inneholder derfor en oversikt over lovgivningen om tilbaketreden fra straffansvar i Sverige og Danmark. Kunnskap om forskjellene mellom lovgivningen i Norge og våre naboland danner utgangspunktet for en prinsipiell diskusjon om den norske reguleringen. I denne sjette delen drøftes det spesielle norske problemet i forbindelse med straffansvaret ved overtredelse av forberedelsesstraffebud. Den norske straffeloven avskjærer her, i motsetning til både dansk og svensk straffelov, lovovertrederens mulighet til å tre tilbake og oppnå straffrihet (punkt 6.1). Videre drøftes det om denne avvikende reguleringen av tilbaketreden er et reelt problem eller er godt begrunnet (punkt 6.2). Til slutt vurderes det nærmere hvordan lovgivningen eventuelt kan endres for å gi rom for tilbaketreden også fra forberedelseshandlinger.

Siden temaet for oppgaven er tilbaketreden, vil de generelle utgangspunkter i forsøksinstituttet ikke behandles mer i dybden enn det som er nødvendig for å forstå den nære sammenhengen mellom forsøk og vilkårene for tilbaketreden. Heller ikke straffeprosessuelle spørsmål eller strafferettslige bevisregler for tilbaketreden blir behandlet.⁶ Når det gjelder spørsmålet om tilbaketreden fra forberedelseshandlinger, avgrenses det til handlinger som per i dag er belagt med straff. Jeg vil ikke komme med betraktninger om i hvilken grad lovgiver generelt eller spesielt bør forby forberedelseshandlinger.

2 Historisk og legislativt perspektiv

Historisk sett har tilbaketreden fra straffansvar alltid vært koblet til forsøksinstituttet. Hvis man går helt tilbake til tiden før kriminalloven av 1842, hadde ikke norsk rett noen generell forsøksregel, og dermed heller ikke noen regel om tilbaketreden. Norske Lov inneholdt i stedet kun spredte enkeltregler som straffet både forsøk og det som i dag kalles

⁶ For spørsmål om bevisbyrden og beviskravet ved tilbaketreden vises det til Strandbakken (2003) s. 438-442.

forberedelseshandlinger. Man straffet uavhengig av handlingens objektive karakter, så lenge den som foretok seg den handlet med forbrytersk forsett.⁷ Denne første begrunnelsen for forsøksstraff, nemlig den onde vilje, omtales av Husabø som *det subjektive grunnsynet*.⁸

Med kriminalloven kapittel 3 § 1 fikk Norge en generell forsøksbestemmelse, og strafferettsteorien ble mer preget av *det objektive grunnsynet*, på samme måte som resten av Europa. Det var ikke lenger nok at gjerningspersonen hadde utvist et forbrytersk forsett, så lenge han ikke hadde foretatt en ytre rettskrenkelse som loven mente å ramme. I årene som fulgte ble forsøkslæren noe utvidet gjennom rettspraksis, slik at også det siste steget før oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen ble omfattet av ansvaret.⁹ Denne regelen er i tråd med dagens ordlyd i strl. § 49 om at gjerningsbeskrivelsens ”Udførelse tilsigtedes paabegyndt”.

Selv om kriminalloven tilla hva gjerningspersonen objektivt sett hadde foretatt seg større betydning enn tidligere lover, beholdt den også elementer fra den subjektive forsøkslæren. Såkalte utjenlige forsøk som umulig kunne lede til fullbyrdelse ble ansett for å være straffbare på lik linje med andre forsøk, jf. kriminalloven kapittel 3 § 4. Bakgrunnen var *det subjektive forsøksprinsipp*, som fastslo at den onde viljen hadde påvirket handlingen uavhengig av om forsøket var tjenlig eller ikke.¹⁰

I relasjon til forsøksinstituttet etter dagens straffelov er det alminnelig akseptert at både subjektive og objektive elementer sammen begrunner straff for forsøk. Det er den objektive farefremkallelse som viser gjerningspersonen sin vilje til å begå en forbrytelse, og som dermed legitimerer forsøksstraff. Husabø formulerer det slik: ”Forsøksansvaret hentar, liksom anna straffansvar, si grunngeving frå ein *kombinasjon av handlinga sin karakter av krenking av rettsordninga og gjerningsmannen si subjektive skuld*.”¹¹

De hensynene som begrunner forsøksstraff gjør seg imidlertid ikke like sterkt gjeldende i alle tilfeller. Kriminalloven åpnet for at lovovertrederen i visse tilfeller kunne bli straffri for forsøket ved å tre tilbake, jf. lovens kapittel 3 § 5. Muligheten gjaldt i utgangspunktet kun for

⁷ Husabø (1999) s. 275.

⁸ l.c.

⁹ Husabø (1999) s. 277.

¹⁰ Se Andenæs (2004) s. 352, som også viser til Ørsted (1817) s. 149-152.

¹¹ Jf. Husabø (1999) s. 299.

ufullendte forsøk.¹² Ved straffeloven av 1902 ble det også mulig å tilbaketre fra fullendte forsøk, og slik er regelen i dag.

I tilfeller der gjerningspersonen frivillig avbryter gjennomføringen av lovbruddet før det er fullbyrdet, blir straffrihet begrunnet med både skyldsynspunkter og kriminalpolitiske synspunkter.¹³ For det første viser en tilbaketreden at gjerningspersonens forsett ikke er fast nok til at han velger å gjennomføre forbrytelsen. Hans passive avståelse eller aktive forebyggelse annullerer hans opprinnelige forbryterske vilje.¹⁴ Når gjerningspersonen har vist at han ikke har en fast forbrytersk vilje, svekkes også de individualpreventive hensyn som taler for straff.

Når det gjelder de kriminalpolitiske hensyn, fremhever motivene ”Samfundets fælles Interesse” i at lovbrudd ikke fullbyrdes som et viktig hensyn for straffrihet, særlig for de fullendte forsøkene.¹⁵ Lovgiver har her sett det som fornuftig å gi gjerningspersonen straffrihet dersom han hindrer det samfunnsskadelige lovbruddet han har satt i gang. Videre kan reglene om straffrihet motivere lovbyteren til å la være å fullbyrde forbrytelsen. En slik motivasjon forutsetter imidlertid at han kjenner til muligheten for straffrihet på grunn av tilbaketreden, noe de færreste nok gjør.¹⁶ Røstad nevner likevel at man ikke kan se bort fra at regelen kan ha en viss moraldannende effekt på samfunnet som helhet, og på den måten ha en allmennpreventiv effekt mot skadelige handlinger.¹⁷

Betydningen av allmennprevensjon er i praksis neppe særlig stor på et slikt detaljnivå som utformingen av reglene om tilbaketreden. Det kan argumenteres for at allmennprevensjon har større betydning for det strafferettslige systemet på det mer generelle plan, for eksempel for spørsmålene om man skal ha et strafferettssystem i det hele tatt og hvilke hovedtyper handlinger som skal være straffbare.¹⁸ De hensyn som synes mest relevante som begrunnelse for reglene om tilbaketreden, er rettferdighets- og likhetsbetraktninger. Det vil i mange

¹² S.K.M. 1896 s. 94. Straffrihet for fullendte forsøk var kun anerkjent etter kriminalloven kap. 5 § 2.

¹³ Røstad (1993) s. 251.

¹⁴ Se i motsatt retning svenske Wennberg (1985) s. 279 og 349, som argumenterer mot at den forbryterske viljen kan annulleres og danne grunnlag for straffrihet.

¹⁵ Jf. S.K.M. 1896 s. 94.

¹⁶ NOU 1992: 23 s. 83. Skeie og Andenæs trekker også samme konklusjon i Skeie (1946) s. 297 og Andenæs (2004) s. 360.

¹⁷ Røstad (1993) s. 251.

¹⁸ Se i den forbindelse Jareborg (1992) s. 136 flg.

tilfeller være mest rettførdig at man går fri for straff når man har valgt å la være å fullbyrde en straffbar handling.

3 Kort om forsøksansvaret

3.1 Utgangspunkter

Ettersom tilbaketreden som vist er koblet til forsøksinstituttet, er det naturlig å begynne med en kort klargjøring av reglene om straffbart forsøk. Straffeloven § 49 regulerer når det foreligger straffbart forsøk, mens § 51 er en straffutmålingsregel for forsøksstilfeller. Den store hovedregelen er at forsøk skal ”straffes mildere” enn fullbyrdelse av samme straffebed, jf. § 51 første ledd første punktum.¹⁹

Regelen i § 49 om at forsøkshandlinger er straffbare innebærer en utvidelse av anvendelsesområdet for mange straffebestemmelser.²⁰ Forsøksregelen gjelder både straffebed i straffeloven og i spesiallovgivningen, jf. strl. § 1. For at straffansvaret ikke skal bli for vidt, har lovgiver begrenset forsøksstraffen til kun å gjelde alvorlige overtredelser, jf. § 49 andre ledd og ordlyden ”naar en Forbrydelse²¹ ei er fullbyrdet” i første ledd. Forsøk på forseelse er likevel straffbart dersom det fremgår av det aktuelle straffebedet.

Skillet mellom forbrytelse og forseelse vil ikke bli videreført når straffeloven av 2005 trer i kraft. Begrunnelsen er at skillet på mange områder ikke lenger speiler alvorligheten av lovovertrødelsen. Skillet er på disse områdene flyttet ved at mange overtredelser som etter sin strafferamme skulle vært forbrytelser likevel er kategorisert som forseelser.²² Etter den nye straffeloven vil skillet i stedet være knyttet direkte opp mot strafferammen i bestemmelsen, slik det etter gjeldende rett er for bestemmelser i spesiallovgivningen. Det avgjørende for om forsøk er straffbart vil være om lovbruddet ”kan medføre fengsel i 1 år eller mer”, jf. strl. 2005 § 16 første ledd.

Videre må gjerningspersonen ha utført forsøket med tilstrekkelig grad av skyld i gjerningsøyeblikket. Skylden må omfatte alle elementene i straffebedets objektive

¹⁹ Straffeloven § 51 andre ledd inneholder et unntak fra hovedregelen, se Røstad (1993) s. 248-250. Straffeloven av 2005 viderefører ikke regelen om ubetinget mildere straff for forsøk. Forsøk er i stedet en av flere straffnedsettelsesgrunner, se strl. 2005 § 80 bokstav b.

²⁰ Bratholm/ Matningsdal (2003) s. 425.

²¹ Hva som er forbrytelser og forseelser følger av strl. § 2.

²² Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 55-58. Eksempler på bestemmelser som av straffeprosessuelle grunner er forseelser er overtredelser av vegtrafikkloven, jf. vtrl. § 31 første ledd tredje punktum, og overtredelser av alkoholloven, jf. alkh. § 10-1 sjette ledd.

gjerningsbeskrivelse.²³ Det er sikker rett at forsett etter § 40 første ledd er tilstrekkelig.²⁴ Dersom fullbyrdet overtredelse av et straffebud derimot krever kvalifisert forsett i form av hensikt, må fullbyrdelseshensikt også foreligge for forsøket.

3.2 Nedre og øvre grense for straffbart forsøk

Forsøkets øvre grense, grensen mellom forsøk og fullbyrdet lovbrudd, er overtrådt når alle objektive momenter i gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Når fullbyrdelse foreligger avhenger med andre ord av en tolkning av det konkrete straffebudet. Bedrageriet er fullbyrdet når gjerningspersonen ”forleder noen til en handling som volder tap eller fare for tap”, jf. § 270, og legemsfornærmelsen når noen ”skader en anden paa Legeme eller Helbred”, jf. § 229.²⁵

Grensen mellom forberedelse og forsøk – forsøkets nedre grense – er mer skjønnsmessig og vag. Forarbeidene fremhever som avgjørende om det gjennom ytre handlinger har vist seg et ”bestemt forbrydersk Forsæt” som klart peker mot et forbrytersk mål.²⁶ Det er ikke nødvendig at selve handlingen som er beskrevet i gjerningsbeskrivelsen er påbegynt. Andenæs uttrykker det slik at ”[g]jerningsmannens opptreden må vise at nå er forberedelsen og overveielens tid forbi, nå skrider han til verket”.²⁷ Gjerningspersonens egne forutsetninger og mål er utgangspunktet for vurderingen, jf. bestemmelsens uttrykk ”tilsigtedes”. Det han allerede har foretatt seg må holdes opp mot hvor mye som i det ytre gjenstår for at planen hans skal være gjennomført, slik at det foreligger en fullbyrdet overtredelse.

Rettspraksis viser at dersom det går for lang tid mellom det gjerningspersonen allerede har foretatt og handlingen som skal fullbyrde overtredelsen, er det ikke nær nok sammenheng mellom handlingene til at de førstnevnte rammes som forsøk. I ordlyden er det med andre ord bakt inn et vilkår om at fullbyrdelsen etter gjerningspersonens plan skal skje ”i noenlunde umiddelbar sammenheng med den foretatte handling”.²⁸ Momenter i denne vurderingen vil

²³ Kravet om fullbyrdelsesforsett følger av dekningsprinsippet, se Andenæs (2004) s. 221-232, Mæland (2004) s. 133-135 og Eskeland (2006) s. 302-310.

²⁴ Hagerup (1930) s. 145 og Bratholm/ Matningsdal (2003) s. 430. Forsettskravet er også fastslått i rettspraksis. For en nærmere gjennomgang av skyldformen forsett, se Andenæs (2004) s. 232-243 og Eskeland (2006) s. 267-277. Straffeloven av 2005 § 22 inneholder for øvrig en legaldefinisjon av begrepet.

²⁵ Også medvirkningshandlingene kan være overtredelse av straffebud. For en redegjørelse av medvirkningsansvaret viser jeg til Husabø (1999) s. 32 flg.

²⁶ Jf. S.K.M. 1896 s. 90.

²⁷ Jf. Andenæs (2004) s. 347.

²⁸ Jf. Rt. 2005 s. 1625 avsnitt 10.

være hvor fast hans forbryterske forsett er, tidsmessig nærhet mellom det han har foretatt og det han planlegger å gjøre videre for å oppnå målet, om handlingene er forskjellige eller like av karakter, samt den psykologiske forskjellen²⁹ mellom handlingene.

Straffeloven av 2005 viderefører dagens regler om forholdet mellom forsøk, forberedelseshandlinger og fullbyrdede handlinger, riktignok ved at definisjonen av forsøk i strl. 2005 § 16 første ledd er språklig modernisert. Tidligere rettspraksis vil fortsatt være relevant for grensedragningene forsøkets øvre og nedre grense.

3.3 Utjenlige forsøk

Det er nærliggende å spørre om forsøk som objektivt sett kan lede til fullbyrdelse og forsøk som ikke under noen omstendighet kan fullbyrdes, skal behandles likt. Et eksempel er Peder Ås som forsøker å selge potetmel i den tro at det er heroin. Ås sitt forsøk er objektivt sett utjenlig, og det er ingen fare for at narkotikasalg skal fullbyrdes. En del av begrunnelsen for straff er å eliminere handlinger som kan medføre fare eller skade for samfunnet. Når det her ikke oppstår noen fare for skade, taler dette mot at Ås kan straffes for forsøk på narkotikasalg etter § 162. Ordlyden i § 49 trekker imidlertid i den andre retningen, da "tilsigtedes" kan forstås som at det er gjerningspersonens egne forutsetninger om hva som skal skje som er avgjørende. Denne forståelsen støttes av lovmotivene,³⁰ og i Rt. 1932 s. 1034 fastslo Høyesterett at "straffbarheten [avhenger] ikke av om handlingen i sig selv var tjenlig, men alene av om den av den angjeldende ansaaes for tjenlig".

Det kan synes urimelig at Ås kan straffes for noe som objektivt sett ikke har skapt noen fare for skade. Løsningen er klar og er et utslag av det subjektive forsøksprinsipp. Det er kun på grunn av hans onde vilje at han straffes.³¹ Det faktum at det isolert sett aldri forelå fare for skade vil likevel være en formildende omstendighet når straffen skal utmåles. Juridisk teori oppstiller videre et unntak fra det subjektive forsøksprinsipp, ved at forsøk ikke er straffbart dersom bruken av det utjenlige middelet eller objektet skyldes ren overtro eller

²⁹ Om betydningen av den psykologiske forskjellen, se bl.a. Rt. 1995 s. 17 (Parykkpyromandommen) og Rt. 2008 s. 867.

³⁰ S.K.M. 1896 s. 93.

³¹ Hvis handlingen ikke rammes av et straffebud, kan han selvsagt ikke straffes selv om han har en forbrytersk vilje. I slike tilfeller av imaginærforbrytelser mangler det lovhjemmel for å straffe, se Grunnloven § 96.

vrangforestillinger.³² Dersom Ås forsøker å drepe sin nabo ved bruk av trolldom, kan han ikke straffes for forsøk på drap.

4 Tilbaketreden fra forsøk

4.1 Innledning

Med bakgrunn i denne omtalen av forsøksinstituttet, skal de nærmere reglene om tilbaketreden fra forsøk etter gjeldende rett behandles. I punkt 4.2 behandles den rettslige betydningen av at tilbaketreden foreligger. Videre drøftes de enkelte vilkårene for straffri tilbaketreden for fullendt og ufullendt forsøk (punkt 4.3). Avslutningsvis i del 4 tar jeg i punkt 4.4 for meg noen spesielle tilfeller av tilbaketreden, deriblant tilbaketreden ved samvirke.

4.2 Tilbaketreden som straffbortfallsgrunn

Før vilkårene for tilbaketreden skal drøftes nærmere, er det grunn til å stille spørsmål ved den mer grunnleggende karakteren og virkningen av tilbaketredensregelen.

Det følger av ordlyden i § 50 at dersom vilkårene er oppfylt bortfaller straffbarheten til handlingen. Konsekvensen av tilbaketreden er altså at gjerningspersonen ikke kan straffes,³³ selv om han på et tidspunkt har vært over den straffbare grensen. Dersom vilkårene for tilbaketreden ikke er til stede, kan ikke hele straffen bortfalle, men kun reduseres på nærmere vilkår, jf. strl. § 59. Jeg går ikke nærmere inn på rekkevidden av denne straffnedsettelsesgrunnen.

Det kan stilles spørsmål om hva slags konstruksjon regelen om tilbaketreden egentlig er. Én mulighet er å se regelen som en form for *ansvarsfrafall*, ettersom gjerningspersonen har pådratt seg et straffansvar som bare eksisterer i en kort periode. Straffverdigheten av handlingen anses liten på grunn av det gjerningspersonen har foretatt seg i etterkant av forsøket, og av den grunn bortfaller straffansvaret. På den andre siden har regelen også

³² Se bl.a. Bratholm (1980) s. 338 og Røstad (1993) s. 243.

³³ Selv om straffbarheten for forsøket faller bort, kan gjerningspersonen ofte straffes for å ha fullbyrdet et annet lovbrudd på veien mot det forbryterske målet (kvalifisert forsøk). Forutsetningen er at skylden hans også omfatter den mindre alvorlige overtredelsen.

karakter av å være en *straffefrafallsregel*, fordi personen på et tidspunkt har pådratt seg ansvar, men slipper straff for det, på samme måte som der ansvaret foreldes eller gjerningspersonen dør. Regelen har altså trekk som gjør at den passer delvis under avgjørelsen av skyldspørsmålet, og delvis under straffespørsmålet.

Rettspraksis er klar når det gjelder den prosessuelle siden av spørsmålet. Hvorvidt vilkårene for tilbaketrede fra forsøk er oppfylt er en del av skyldspørsmålet, ikke straffespørsmålet, jf. Rt. 1905 s. 839 og Rt. 1952 s. 742. Begrunnelsen er at tilbaketreden kaster lys over gjerningspersonens opprinnelige skyld.³⁴ At spørsmålet om tilbaketreden foreligger hører inn under skyldspørsmålet, innebærer at dommen må lyde på frifinnelse dersom vilkårene er oppfylt.

Rent begrepsmessig refererer juridisk teori oftest til tilbaketreden som en straffbortfallsgrunn. Forsøket er ulovlig, men den egentlige straffen faller bort som en automatisk følge av den handlendes etterfølgende opptreden.³⁵ Eskeland omtaler derimot tilbaketreden som en straffopphørsgrunn, men skiller den fra straffopphørsgrunnene foreldelse og gjerningspersonens død.³⁶ Ifølge Andenæs er regelen en etterfølgende straffrihetsgrunn, som en direkte konsekvens av at avgjørelsen hører under skyldspørsmålet.³⁷

At tilbaketreden tradisjonelt sett er knyttet til skyldspørsmålet, taler for at det er en regel om ansvarsfrafall. Etter min mening er det imidlertid mest naturlig å se regelen som en regel om straffefrafall, altså en form for *straffbortfallsgrunn*. Gjerningspersonen har beveget seg over grensen for det straffbare forsøk, og han har ved sin handling krenket det rettsgodet som straffebudet beskytter. En etterfølgende reparerende handling kan ikke oppheve ansvaret han har pådratt seg, men gjør det rimelig at selve straffen han skulle ha fått automatisk faller bort. At ansvaret for handlingen ikke faller bort i ettertid, stemmer også med at hans erstatningsrettslige ansvar består. Dersom gjerningspersonen ved forsøkshandlingen har forårsaket skade, er han nemlig fremdeles ansvarlig for et eventuelt erstatningsrettslig krav etter ulovfestede erstatningsregler.

³⁴ Andenæs (2004) s. 365.

³⁵ Se bl.a. Mæland (2004) s. 94 og Strandbakken (2003) s. 438. Straffelovkommisjonen bruker også begrepet straffbortfallsgrunn i NOU 1992: 23 s. 86-87.

³⁶ Eskeland (2006) s. 342-348. Ved foreldelse og gjerningspersonens død er det etterfølgende begivenheter løst fra handlingen som gjør at straffen bortfaller, til tross for at den straffbare handlingen er like straffverdig som før. Disse spørsmålene hører prosessuelt sett inn under straffespørsmålet.

³⁷ Andenæs (2004) s. 365.

Før vedtagelsen av den nye straffeloven vurderte lovgiver om tilbaketreden skulle endres fra å være en ”skal”-regel til en ”kan”-regel.³⁸ Dersom det ikke lenger skulle vært automatikk i at tilbaketreden medførte frifinnelse, ville regelen skiftet karakter og i stedet blitt en straffnedsettelsesgrunn. Det ville i så fall blitt en del av straffespørsmålet å avgjøre hvilken straff som skulle idømmes. Straffelovkommisjonen vurderte ikke spørsmålet direkte, mens departementet på sin side konkluderte med at det ikke forelå et praktisk behov for en slik endring.³⁹ Den rettslige konsekvensen av tilbaketreden videreføres dermed i den nye straffeloven.

4.3 Vilkårene for straffri tilbaketreden

4.3.1 Innledning

For at det skal foreligge straffri tilbaketreden fra forsøket, må vilkårene i strl. § 50 være oppfylt. Er vilkårene oppfylt *skal* domsslutningen lyde på frifinnelse, domstolene har ingen skjønnsmyndighet i slike tilfeller, se punkt 4.2. Fremstillingen av vilkårene vil ta utgangspunkt i frivillighetsvilkåret, som er felles for all tilbaketreden. Deretter vil det bli sondret mellom tilbaketreden ved fullendt og ufullendt forsøk, ettersom vilkårene for tilbaketreden er ulike for de respektive kategoriene.

4.3.2 Generelt vilkår: ”[A]f egen fri Vilje”

Uavhengig av om vi står overfor et fullendt eller ufullendt forsøk, må tilbaketreden skje ”af egen fri Vilje”. Det følger av oppbygningen av bestemmelsen, og bindeordet ”enten” som er knyttet til de andre vilkårene. Bakgrunnen for frivillighetskravet er at gjerningspersonens forbryterske vilje ikke lenger viser seg som fast nok til å grunngi straff når han frivillig trer tilbake.⁴⁰ En tilbaketreden som ikke har karakter av frivillighet reflekterer derimot ikke en endret moralsk holdning til gjennomføringen.

³⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 200-201.

³⁹ Se departementets resonnement i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 200-201.

⁴⁰ Se bl.a. Bratholm (1980) s. 343.

Hva innebærer det så at gjerningspersonen må tre tilbake fra forsøket sitt ”af egen fri Vilje”? En mulig tolkning av vilkåret er at avgjørelsen om å oppgi forsøket må være et resultat av gjerningspersonens egne tankeprosesser, og ikke foranlediget av ytre faktorer. Det virker imidlertid urimelig å forlange at han ikke kan ta med i beregningene sine noe av det som foregår rundt han. En naturlig forståelse tilsier derfor at det avgjørende må være om han reelt sett tar et valg mellom å fullbyrde forbrytelsen og å avbryte. Vilkåret må anses oppfylt dersom motivasjonen for at han trer tilbake er at han får moralske kvaler, men er også oppfylt dersom han på annet grunnlag tar et selvstendig valg.

Saken som er gjengitt i Rt. 1952 s. 742 kan illustrere dette poenget. Saken gjaldt en drosjesjåfør som hadde forsøkt å gjennomføre samleie i drosjen med en samtykkende ung jente. Han hevdet at han frivillig hadde trådt tilbake. Høyesterett var imidlertid enig med lagmannsretten og fant at sjåførens tilbaketreden ikke hadde karakter av frivillighet. Grunnen var at sjåføren hadde ”avstått fra virksomheten fordi han fant det umulig å gjennomføre et samleie inne i bilen og piken ikke var villig til å ha samleie med ham utenfor bilen i det fri”. Han ble dømt for forsøk på utuktig omgang med et barn under 14 år, jf. § 195.⁴¹

Av dommen ser man at i tilfeller der gjerningspersonen møter noe som i hans øyne er et absolutt hinder for fullbyrdelse, foreligger det ikke frivillig tilbaketreden. Dersom en mann forsøker å stjele penger ved å bryte opp en bankboks med brekkjern, men oppgir forsøket fordi han finner ut at det ikke er mulig å få opp boksen, kan han vanskelig sies å ha trådt tilbake ”af egen fri Vilje”. Her tar han ikke et eget valg om å avstå. Det er i realiteten den absolutte hindringen i bankboksen, stilt opp mot brekkjernet som middel, som er grunnen til at han avstår. Det må med andre ord i det minste foreligge en mulighet for å gjennomføre forbrytelsen.

Videre er spørsmålet om straffrihet er utelukket dersom det foreligger en relativ hindring, altså en tilfeldig eller uventet omstendighet. En slik omstendighet kan være at gjerningspersonen møter større motstand enn han har regnet med på forhånd, at hans interesse i den forbryterske handlingen bortfaller (for eksempel fordi han ser at smykkene han skal stjele er verdiløse), eller at han er redd for å bli skadet eller oppdaget under utførelsen.

⁴¹ Se også Rt. 1988 s. 18, der vilkåret ”af egen fri Vilje” heller ikke var oppfylt.

Ved utarbeidelsen av den någjeldende straffelov fant ikke lovgiver det nødvendig å ha med i lovteksten at slike omstendigheter ikke utelukker frivillighet.⁴² Rettspraksis og juridisk teori stiller opp regelen om at så lenge han selv tror han ville klart å gjennomføre forbrytelsen til tross for de nye omstendighetene, er vilkåret oppfylt. I Rt. 2005 s. 1625 avsnitt 11 formulerer retten vilkåret slik: ”Gjerningspersonen må ha oppgitt forsøket til tross for at han mente å kunne oppnå sitt resultat ved å fortsette.” Vilkåret er normalt ikke oppfylt dersom han regner med å bli pågrepet kort tid etter at målet er nådd.⁴³ Betydningen av oppdagelse fra tredjemann underveis blir drøftet under punkt 4.3.3 og 4.3.4.

Som en del av frivillighetsvurderingen i dansk straffelov § 22, skiller dansk rett mellom to typer av hindringer; de normale og de ekstraordinære.⁴⁴ Normale omstendigheter som kan motivere tilbaketreten er omstendigheter som vanligvis gjør seg gjeldende ved forbrytelser generelt, eller som er typiske for arten av forbrytelse man står overfor. Som eksempel nevner teorien den normale risikoen for pågrepelse og straff, samt den normale motstanden en overgriper kan forvente fra sitt offer. Dersom tilbaketreten skyldes slike omstendigheter er frivillighetskravet oppfylt, under forutsetning av at gjerningspersonen fortsatt hadde tro på forsøkets egnethet. Dersom den i stedet skyldes mer ekstraordinære omstendigheter, som for eksempel at en tyverialarm går, at noen oppdager hva som foregår eller at voldtektsofferet yter større motstand enn vanlig, er dette ekstraordinære hindringer som utelukker frivillighet. Grunnen er at forbrytelsen antagelig ville ha blitt fullbyrdet dersom hendelsesforløpet var mer normalt. Den danske regelen virker på dette punktet noe snevrere enn den norske, fordi det danske frivillighetsvilkåret avhenger av at hindringen er typisk, og ikke bare av gjerningspersonens vurdering av om fullbyrdelse er mulig.

Det generelle vilkåret om fri vilje videreføres i straffeloven av 2005 § 16 andre ledd, se den nye ordlyden ”frivillig”.

4.3.3 Nærmere vilkår for tilbaketreten ved ufullendt forsøk

Ufullendte forsøk kjennetegnes ved at gjerningspersonen ikke har gjort alt som trengs for at forbrytelsen skal være fullbyrdet. Et eksempel er tyven som har åpnet pengeskabet, men ennå ikke stjålet pengene som er inni. Et annet eksempel er mannen som har lokket en mindreårig med seg hjem for å ha seksuell omgang. I begge eksemplene har gjerningspersonen noe som gjenstår, nemlig å bortta pengene og å ha seksuell omgang, som han må foreta seg før gjerningsbeskrivelsen i straffebudet er oppfylt.

⁴² Se S.K.M. 1896 s. 93.

⁴³ Se drøftelsen i Andenæs (2004) s. 361-362, sml. Skeie (1946) s. 299-300 og Bratholm (1980) s. 345.

⁴⁴ Greve (2004) s. 240-241 og Hurwitz (1952) s. 480-486.

For å kunne tilbaketre fra det ufullendte forsøk krever strl. § 50 at gjerningspersonen frivillig ”afstaar fra den forbryderske Virksomhed, før endnu fuldendt Forsøg foreligger”. Det kan stilles spørsmål ved om vilkåret ”forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget” er et vilkår både for det fullendte og det ufullendte forsøk. Ordlyden utelukker ikke at dette oppdagelsesvilkåret skal gjelde for begge typene forsøk. Motivene viser imidlertid at meningen har vært å knytte vilkåret til det fullendte forsøk,⁴⁵ og denne forståelsen er ikke omtvistet i dag. At forbrytelsen oppdages av tredjemann vil derfor kun ha indirekte betydning for ufullendte forsøk, gjennom å være et moment i vurderingen av om gjerningspersonen oppgir forsøket ”af egen fri Vilje”.

I vilkåret ”afstaar” ligger at gjerningspersonen simpelthen oppgir å gå videre mot fullbyrdet handling. Det kreves ikke at han positivt foretar seg noe, til forskjell fra ved det fullendte forsøk. Dersom han først avstår fra ytterligere forbrytelser etter at handlingen er fullbyrdet, er vilkåret selvsagt ikke oppfylt. Eksempler på avståelse i tide er overgriperen som stopper seg selv før det foreligger tvungen seksuell omgang, mannen som kommer på bedre tanker mens han graver en tunnel inn i den lokale banken, og innbruddstyven med brekkjernet i døra som avbryter innbruddet selv om han tror han klarer å gjennomføre det.

Et nærliggende spørsmål er hvordan man skal behandle tilfeller der gjerningspersonen bare oppgir forsøket midlertidig. ”[A]fstaar” han da ”fra den forbryderske Virksomhed”? Hvis han bare utsetter fullbyrdelsen til et senere bestemt eller ubestemt tidspunkt, kan man neppe si at han avstår fra virksomheten. Her kan man nemlig si at hans forbryterske forsett fremstår som like fast og straffverdig som om han hadde fullbyrdet med en gang, da han kun utsetter gjennomføringen til en mer passende anledning (for eksempel til et tidspunkt da sjansen for å bli oppdaget er mindre). Hvis han derimot oppgir forsøket for i stedet å gjennomføre en kriminell handling som er annerledes i tid, sted eller gjennomføringsmåte, avstår han fra den opprinnelige ”forbryderske Virksomhed” slik at vilkåret må anses oppfylt.⁴⁶

Straffeloven av 2005 viderefører gjeldende rett om ufullendt forsøk.

⁴⁵ S.K.M. 1896 s. 94.

⁴⁶ Slik også Hurwitz (1952) s. 480.

4.3.4 Nærmere vilkår for tilbaketreden ved fullendt forsøk

4.3.4.1 Innledning

Fullendte forsøk kjennetegnes ved at gjerningspersonen har foretatt alt han trenger for at gjerningsbeskrivelsen skal oppfylles. Det er bare snakk om tid før resultatet inntre. Det klassiske eksempelet er gjerningspersonen som arrangerer en ildspåsettelse ved å plassere et tent stearinlys i nærheten av noe brennbart, med forsett om å svindle til seg forsikringssummen for huset som etter hvert brenner ned.⁴⁷

Loven har strengere vilkår for det fullendte forsøk enn for det ufullendte, siden fullendte forsøk ligger nærmere fullbyrdelse. Ved fullendte forsøk avhenger fullbyrdelsen kun av en eller flere ytre årsaksfaktorer som ikke beror på gjerningspersonen. Gjerningspersonen trenger ikke gjøre annet enn å vente på at resultatet skal inntre.

I noen tilfeller vil det praktisk talt ikke foreligge noe mellomrom mellom forsøkshandlingen og resultatet. Det fullendte forsøket vil i stedet lede rett over i fullbyrdet handling, slik at straffri tilbaketreden ikke er mulig. Slik er situasjonen dersom en kvinne i affekt tar en kniv fra kjøkkenskuffen og forvolder mannens momentane død. Dersom hun i stedet påfører mannen alvorlige skader, vil det gå noe tid fra den utløsende handlingen til han dør av skadene. I mellomtiden vil det foreligge et fullendt forsøk på drap, og kvinnen vil kunne bli straffri for drapsforsøket dersom hun hindrer at han dør. Tilbaketreden er heller ikke mulig dersom forsøket slår feil, for eksempel dersom gjerningspersonen bommer på personen hun forsøker å treffe.

4.3.4.2 Aktiv forebygging som vilkår

Ved fullendte forsøk er det ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen avstår fra å gjennomføre planen sin. Det følger av strl. § 50 at straffrihet forutsetter at han ”forebygger den Følge, ved hvis Indtrædelse Forbrydelsen vilde være fuldbyrdet”. At han må forebygge den utløsende handlingen, innebærer at han må foreta en positiv handling for å hindre at resultatet inntre. Det er klart at verbet ”forebygger” skal forstås slik at gjerningspersonen faktisk må lykkes i å avverge at følgen inntre. Dersom gjerningspersonen for eksempel gjør alt han kan for å

⁴⁷ Eksempelet er hentet fra Andenæs (2004) s. 362.

slukke lunten han har antent for å sette fyr på et hus, må han faktisk klare å slukke lunten. Hans forsøk på å tre tilbake fører ikke til straffrihet hvis huset tar fyr til tross for hans iherdige innsats. Da denne problematikken kan ha en mer generell interesse i relasjon til tilbaketredensinstituttet og dets begrunnelse, er det grunn til å diskutere denne løsningen noe nærmere.

I utgangspunktet kan regelen hevdes å stemme dårlig med begrunnelsen for adgangen til tilbaketreden. Som drøftet i del 2, er begrunnelsen for å straffe forsøk at den forbryterske viljen har manifestert seg i ytre omstendigheter. Ved tilbaketreden gir man gjerningspersonen straffrihet til tross for dette utgangspunktet, fordi hans videre handlinger viser at han likevel ikke har et fast nok forbrytersk forsett til å begrunne straff. Resultatet av dagens forståelse av ordlyden "forebygger" er likevel at en person som aktivt arbeider for å avverge følgen av begivenhetsrekken han har igangsatt, blir straffet på grunn av tilfeldige omstendigheter som gjør at følgen likevel inntreffer.

Hensynet til harmoni og konsekvens i strafferetten tilsier altså at det er innsatsen som bør være det avgjørende, ikke resultatet. I tråd med begrunnelsen kan det argumenteres for at regelen bør være slik at det er tilstrekkelig at han etter evne søker å forebygge fullbyrdelse. En slik løsning vil også være mer rimelig for de gjerningspersonene som angrer, men som mislykkes i sin avvergelse.

Problemstillingen er drøftet av Straffelovkommisjonen i forbindelse med arbeidet frem mot den nye straffeloven.⁴⁸ Både Straffelovkommisjonen og departementet ser at regelen kan slå uheldig ut i noen tilfeller, ettersom mislykket avvergelse kan skyldes tilfeldige omstendigheter utenfor gjerningspersonens kontroll. Likevel mener begge at en slik utvidelse av tilbaketredensadgangen vil være å gå for langt, først og fremst av hensynet til effektivitet. Det er klart at regelen vil kunne bli vanskeligere å praktisere dersom det åpnes for en mer nyansert regel der også mislykkede forsøk kan tenkes straffrie. Vanskelige bevisspørsmål kan også oppstå, da gjerningspersonen i ettertid gjerne vil påstå at han gjorde alt han kunne for å avverge fullbyrdelsen. Større vekt har kanskje departementets argument om at forsøket selvsagt er mer samfunnsskadelig objektivt sett når gjerningspersonens forebygging ikke lykkes. Dersom dette argumentet er utslagsgivende, er det i tilfelle et uttrykk for at det ikke

⁴⁸ Se NOU 1992: 23 s. 84 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 200-201.

alene er det forbryterske sinnelag som er relevant for bedømmelsen av straffansvaret, men også det inntrådte resultatet av handlingen. I så fall er det ikke så god harmoni mellom kravet til forebygging og at man straffer utjenlige forsøk.

Til syvende og sist er det kanskje mest rimelig å la risikoen for om avvergelsen er vellykket hvile på gjerningspersonens egne skuldre. Det er jo han som har satt i gang begivenhetsrekken og i alle fall tidligere har vist et forbrytersk sinnelag. En eventuell urimelighet i at gjerningspersonen straffes kan i noen grad avhjelpes ved at det tas hensyn til hans anger ved straffeutmålingen.

Videre oppstår spørsmålet om den som har overtrådt grensen for straffbart forsøk *selv* må forebygge følgen for å oppnå straffrihet. Ordlyden "den skyldige ... forebygger" utelukker ikke at gjerningspersonen kan få hjelp fra andre. Ved å være med på forebyggingen viser gjerningspersonen den nødvendige holdningsendringen som begrunner adgangen til tilbaketreden fra straffansvar. Det må av den grunn være nok at gjerningspersonen er delaktig; det er ikke et krav at han personlig hindrer følgen. Et eksempel er Marte Kirkerud som knivstikker noen med forsett om å drepe. Før offeret blør i hjel tilkaller knivstikkeren lege, som så redder offerets liv. Her har Kirkerud bidratt til at offeret overlever. Uten oppringningen til legen ville offeret ha omkommet, og straffri tilbaketreden er av den grunn ikke avskåret.⁴⁹

Dersom en tredjeperson kommer til åstedet og ringer ambulanse, vil Kirkerud selvsagt ikke ha trådt tilbake fra drapsforsøket, all den tid hun ikke har bidratt til at offeret overlever. Dersom tredjemann i stedet nærmest presser henne til å ringe ambulanse, er det kanskje mest riktig å si at hun "forebygger" følgen ved å tilkalle nødvendig legehjelp, men at avvergelsen ikke har karakter av å være "af egen fri Vilje". Et grensetilfelle for straffrihet kan være at Kirkerud blir oppfordret eller overtalt til å ringe etter hjelp. Her er det ikke uten videre klart at frivillighetskravet er oppfylt, se ovenfor i punkt 4.3.2 om det nærmere innholdet i dette vilkåret.

En annen problemstilling som oppstår gjelder utjenlige forsøk. Dersom Peder Ås forsøker å drepe den irriterende naboen sin ved å putte sukker som han tror er gift i kaffen hans, kan han

⁴⁹ Rt. 1989 s. 1075 omhandler en lignende situasjon.

straffes for forsøk på drap etter det subjektive forsøksprinsipp. Men dersom han kommer på bedre tanker og ønsker å tre tilbake fra forsøket, krever § 50 at han aktivt ”forebygger” dødsfølgen. Strengt tatt er det ikke mulig å lykkes i å forebygge en følge som ikke kan skje. Ordlyden tilsier med andre ord at Ås ikke kan bli straffri uansett hva han gjør.

Hensynet bak regelen om at utjenlige forsøk er straffbare trekker imidlertid i motsatt retning. Straffansvaret for utjenlige forsøk skyldes som nevnt det subjektive forsøksprinsippet, og hensynet til sammenheng og rettferdighet i systemet tilsier at gjerningspersonens endrede holdning skal gi mulighet for tilbaketreden også fra et utjenlig forsøk. Når den forbryterske viljen svikter og gjerningspersonen etter egne forutsetninger hindrer fullbyrdelse, bør han bli straffri. På denne måten tillegges det subjektive avgjørende vekt både for grunnlaget for og bortfallet av straffansvaret for utjenlige forsøk. Det er ingen grunn til å bedømme Ås strengere for dette forsøket enn dersom det faktisk hadde vært gift han hadde puttet i kaffen. Det avgjørende må være om Ås foretar en avvergelseshandling som han selv mener vil fungere.⁵⁰ Han vil da bli straffri på grunnlag av en analogisk anvendelse av § 50.

4.3.4.3 Betydningen av oppdagelse

Videre inneholder § 50 et tilleggsvilkår for fullendte forsøk. Det kreves at avvergelseshandlingen må skje ”forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget”. Vilkåret innebærer at gjerningspersonen ikke kan bli straffri etter § 50 dersom en annen har oppdaget det ulovlige, og gjerningspersonen ikke trer tilbake fra forsøket før han får kunnskap om at han er oppdaget. Formuleringen er knapp og må analyseres nærmere for å forstå hva utfallet blir i forskjellige tenkte situasjoner.

Det første spørsmålet er hva som må være oppdaget. Ordlyden ”den forbryderske Virksomhed” viser at det ikke er nok at en utenforstående har sett noen gjøre en handling som sett utenfra ikke er ulovlig. Dersom en forbipasserende A ser en mann B legge en pakke i naboens postkasse, har ikke A oppdaget noe som etter hans forutsetninger er forbrytersk. B er derfor ikke avskåret fra å tilbaketre, selv om det viser seg at pakken var en forhåndsinnstilt bombe. Pakkeleveringen hans er oppdaget, men ikke det som gjør forholdet forbrytersk. Den utenforstående må med andre ord skjønne at det han ser er noe ulovlig, jf. ordlyden

⁵⁰ Slik også Bratholm (1980) s. 346.

”forbrydersk...”. Lovtekstens formulering viser at det som er relevant er om det er oppdaget at det foreligger (forsøk på) en forbrytelse, og ikke om gjerningspersonen selv er oppdaget eller ikke. Hvis A i stedet finner bomben i postkassen, vil straffrihet for B altså kunne være avskåret fordi det ulovlige forholdet er oppdaget, uavhengig av om A har sett B sette tidsintervallet på bomben.

Selv om den ulovlige virksomheten er oppdaget, er det ikke gitt at tilbaketreden er avskåret. Etter ordlyden er det avgjørende om gjerningspersonen ”ved” at forbrytelsen er oppdaget. For eksempelet beskrevet ovenfor betyr det at dersom B ikke vet at A enten iakttar han eller har sett bomben, blir han straffri hvis han forebygger at bomben eksploderer.

Hvis en utenforstående på et eller annet tidspunkt oppdager virksomheten, må tidspunktet for forebyggelsen holdes opp mot tidspunktet som gjerningspersonen får vite at virksomheten hans er oppdaget. Dersom gjerningspersonen forebygger at forsøket hans fullbyrdes *før* ”han endnu ved” at forsøket er oppdaget, har han trådt tilbake straffritt. Begrunnelsen er at han ikke har latt seg påvirke av hva andre måtte vite om handlingene hans, og at han av den grunn ikke har utvist et tilstrekkelig forbrytersk forsett til å begrunne straff. I motsatt tilfelle, hvor han har forebygget følgen *etter* at han får vite at han er oppdaget, er det vanskelig å tenke seg at han har tatt et selvstendig valg uten å ha hatt risikoen for nå å bli idømt straff i tankene. Han kan ikke bli straffri etter § 50.

Et spørsmål som er drøftet i teorien er hva som skjer dersom gjerningspersonen tror han er oppdaget, men egentlig ikke er det. Ordlyden ”ved” trekker i retning av at det han tror må stemme overens med virkeligheten. Han må ha faktisk kunnskap om at han er oppdaget. En slik forståelse gjør at hans mulighet for å tre tilbake ikke er avskåret, all den tid han faktisk ikke er oppdaget.⁵¹ At utgangspunktet er at han fremdeles kan tre tilbake, kan likevel ikke få stor praktisk betydning. Dersom B tror at noen har sett han plassere en tidsinnstilt bombe i noens postkasse, vil hans tilbaketreden ganske sikkert være motivert av frykten for å bli anmeldt og dømt for handlingen. Han vil i et slikt tilfelle neppe bli hørt i retten med at hans desarmering av bomben var ”af egen fri Vilje”.⁵²

⁵¹ Andenæs (2004) s. 363.

⁵² Slik konkluderer også Bratholm (1980) s. 347.

Et siste spørsmål som volder stor tvil er betydningen av at offeret vet om forbrytelsen. Problemstillingen kan også formuleres som et spørsmål om hva som ligger i ordlyden ”opdaget”. Dersom man kan si at den forbryterske virksomheten er oppdaget når offeret vet om den, har offerets viten samme betydning som en utenforståendes viten og kan utelukke straffrihet ved fullendte forsøk. Dersom ”opdaget” tolkes snevrere til kun å omfatte utenforstående, utelukker derimot ikke offerets viten straffrihet.

Ordlyden støtter ikke den ene forståelsen noe mer enn den andre, og verken forarbeidene eller rettspraksis har tatt stilling til spørsmålet. Bratholm behandler problemet generelt for tilfeller der enten et offer eller en nærstående ikke vil formidle det forbryterske forholdet videre. Han argumenterer for at ”opdaget” må tolkes noe innskrenkende. Det avgjørende for om forbrytelsen anses ”opdaget” er, ifølge Bratholm, om det foreligger en nærliggende fare for anmeldelse på grunn av kjennskapen offeret eller den nærstående har til forbrytelsen.⁵³ Et slikt vurderingstema kan være hensiktsmessig ettersom det ved oppdagelse normalt er større fare for anmeldelse og dermed også pådømmelse enn ellers. Når frykten for straff er det som motiverer gjerningspersonen til å tre tilbake, er det mer betenkelig å fritta han for straff enn dersom forebyggelsen i stedet skyldes et selvstendig valg. Dersom offeret X blir utsatt for forsøk på legemsbeskadigelse, kan hun i etterkant opplyse politiet om forholdet, enten det foreligger forsøk på eller fullbyrdet legemsbeskadigelse. Fordi det her foreligger en reell risiko for at forholdet vil føre til anmeldelse, fører offerets kunnskap til at forbrytelsen regnes som ”opdaget”. Straffrihet ved tilbaketreden er utelukket.

I et annet eksempel blir X utsatt for forsøk på drap ved å bli kastet på havet. X kan ikke svømme, og selv om hun ser hva hun blir utsatt for vil hun ikke kunne anmelde forholdet dersom forbrytelsen fullbyrdes og hun drukner. Selv om gjerningspersonen Y her er oppdaget av X, medfører ikke oppdagelsen noen faktisk risiko for å bli anmeldt og dømt dersom drapsforsettet realiseres. Basert på Bratholms vurderingstema vil forbrytelsen ikke anses som ”opdaget”. Tanken er at en angrende Y som redder livet til X bør fritas for straff når resultatet uten straffritak kunne blitt at X omkom.⁵⁴ Løsningen har gode grunner for seg. Problemstillingen er imidlertid ikke løst i den nye straffeloven og må, i påvente av en avklaring fra Høyesterett, fremdeles regnes som åpen.

⁵³ Bratholm (1980) s. 347.

⁵⁴ Bratholm (1980) s. 348. Sml. Andenæs (2004) s. 363-364.

4.3.5 Kort om straffeloven av 2005

Bestemmelsen om tilbaketreden fra forsøk i straffeloven av 2005 viderefører i all hovedsak regelen slik den er i dag, jf. lovens § 16 andre ledd. Et viktig unntak er likevel det omtalte tilleggsvilkåret for fullendte forsøk,⁵⁵ som sløyfes helt. Begrunnelsen er at vilkåret innebar en unødvendig komplisering av regelen. Endringen innebærer at dersom forbrytelsen er oppdaget av et offer eller en utenforstående, og gjerningspersonen er klar over det, vil oppdagelsen ikke lenger kategorisk utelukke straffrihet i tilfeller der gjerningspersonen ikke selv er oppdaget.⁵⁶ Departementet fremhever at straffrihet i slike tilfeller er i samsvar med den preventive effekten på lovbrøteren som regelen om tilbaketreden kan ha. Om forbrytelsen er oppdaget vil etter den nye regelen ikke lenger ha noen selvstendig betydning. Oppdagelse vil kun være et moment i vurderingen av om tilbaketredenen er ”frivillig”, både for fullendte og ufullendte forsøk, jf. § 16 andre ledd.

4.4 Spesielle tilfeller av tilbaketreden

4.4.1 Tilbaketreden ved samvirke

Når flere personer er sammen om å gjennomføre en forbrytelse, skal hver deltakers straffbarhet vurderes selvstendig. Utgangspunktet er det samme også ved tilbaketreden; retten må avgjøre særskilt for hver enkelt deltaker om vilkårene for tilbaketreden er oppfylt.⁵⁷ At en forbrytelse ikke fullbyrdes fordi noen avstår eller forebygger følgen, behøver altså ikke å bety at alle deltakerne er fri for straff.

Ved ufullendte forsøk er det som nevnt nok at lovbrøteren frivillig avstår fra å fullbyrde handlingen. Dersom A og B har avtalt å rane en bank sammen, og B så angrer og blir stående igjen bakerst i banklokalet, skulle man etter ordlyden tro at B ved avståelsen blir straffri. En sak med tilsvarende problemstilling er gjengitt i Rt. 1984 s. 1300. Her hadde to kamerater blitt enige om å bryte seg inn og kjøre av gårde med en bil. På vei mot bilen ga den ene uttrykk for motforestillinger, men ble likevel med som passasjer i bilen etter at kameraten hadde brutt den opp. Høyesterett kom til at tiltalte ”måtte ... på en klarere måte ha distansert seg fra det

⁵⁵ Se ovenfor i punkt 4.3.4.3.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) s. 201-202.

⁵⁷ Jf. bl.a. Rt. 1998 s. 462 på side 464.

straffbare forhold dersom han skulle frigjøre seg fra det medvirkningsansvar han la grunnen for”.

På grunn av den opprinnelige avtalen om å ta bilen, medvirket tiltalte psykisk til fullbyrdelsen da han senere lot være å ta avstand fra den. Det var altså ikke nok for å unngå ansvar for bilbrukstyveri at han uttrykte sine betenkeligheter, så lenge han etterpå forholdt seg passiv og ble med på ferden. For at den angrende raneren i eksempelet ovenfor skal gå fri, må det derfor kreves at han nøytraliserer sin psykiske medvirkning ved å gjøre kameraten oppmerksom på at han ikke vil gjennomføre ranet.⁵⁸

Ved fullendte forsøk må fullbyrdelse aktivt forebygges for at lovovertrederne skal gå fri. Det er ikke nødvendig at alle deltakerne gjennomfører avvergesehandlingen. Hvis en av medvirkerne avverger følgen etter en felles avtale med alle de involverte, vil vilkårene for tilbaketreden være oppfylt for alle.⁵⁹ Her har hver av deltakerne psykisk bidratt til avvergelsen, selv om den fysiske handlingen er gjennomført av én deltaker. Hvis én deltaker derimot slukker lunt uten å ha blandet inn de andre, blir bare den som faktisk hindrer følgen straffri. Løsningen er et direkte resultat av prinsippet om at hver deltakers bidrag skal vurderes for seg. Fordi den objektive gjerningsbeskrivelsen ikke blir oppfylt, blir de resterende straffet for forsøk på ildspåsettelse.

I et annet eksempel har A bidratt med nødvendig utstyr for å kunne gjennomføre ildspåsettelsen, slik som tennvæske, fyrstikker, forklledning eller skyss til stedet. A tar ikke del i selve utførelsen, det er det B som tar seg av. Det er her klart at B som tenner på lunt må forebygge brannen for å unngå straff. Det kan imidlertid ikke kreves det samme av A for straffrihet. For han er det tilstrekkelig at han nøytraliserer sin egen forutgående bistand.⁶⁰ Han må med andre ord hindre B i å benytte de fremskaffede hjelpemidlene, men trenger ikke faktisk å avverge at B likevel fullbyrder ildspåsettelsen. Dersom A i stedet opererer som anstifter, altså at han påvirker gjerningspersonen B til å utføre handlingen, må han hindre at ildspåsettelse skjer for å bli straffri.⁶¹

⁵⁸ Se også Andenæs (2004) s. 364. Et annet eksempel er saken gjengitt i Rt. 2002 s. 1717 (Orderud). Kjennelsen omhandler ikke tilbaketreden direkte, men Høyesterett antyder hva tiltalte i stedet kunne ha gjort for å bli straffri.

⁵⁹ Bratholm (1980) s. 348.

⁶⁰ Andenæs (2004) s. 364. Regelen behandler medvirkeren mildere enn den danske regelen i dansk straffelov § 24, se oppgavens punkt 5.3.

⁶¹ Matningsdal JV 2008 s. 381.

4.4.2 Fremskutt fullbyrdelse

Ved straffebud som likestiller forsøk og fullbyrdelse,⁶² har lovgiver gjennom bestemmelsens utforming avskjært muligheten for straffri tilbaketreden. Ettersom gjerningsbeskrivelsen er beskrevet som en egentlig forsøkshandling, er det ikke rom for tilbaketreden fra forsøk.⁶³ Gjerningspersonen går direkte fra de straffrie forberedelseshandlinger til fullbyrdet overtredelse av straffebudet. Den alminnelige oppfatningen er at man ikke kan straffes for ”forsøk på forsøk” ved fremskutt fullbyrdelse.⁶⁴

Et praktisk viktig eksempel på bestemmelser med fremskutt fullbyrdelse er vegtrafikkloven § 22, jf. § 31, som likestiller det å forsøke med det å kjøre motorvogn med alkoholpromille. Andre eksempler er strl. § 127 om vold mot offentlig tjenestemann og § 168 om falsk anklage. Dersom gjerningspersonen trer tilbake fra forsøket som er angitt i gjerningsbeskrivelsen, vil ”tilbaketredenen” kun tas hensyn til som en eventuell formildende omstendighet ved straffeutmålingen.

Fremskutt fullbyrdelse må ikke forveksles med tilfeller der lovteksten fastslår at forsøk kan eller skal straffes på samme måte som fullbyrdet overtredelse. I slike tilfeller har lovgiver ment enten å gjenta eller å gjøre unntak for straffutmålingsregelen i strl. § 51 om at forsøk skal straffes mildere.⁶⁵ Et eksempel er strl. § 100 andre ledd, som bestemmer at forsøk på drap på Kongen skal straffes like hardt som fullbyrdet drap. Tilbaketreden fra forsøk på drap på Kongen kan altså tenkes.

Grunnen til at lovgiver i visse tilfeller har valgt å likestille forsøk med fullbyrdelse kan være behovet for et effektivt vern mot visse typer lovbrudd. I noen særlige tilfeller veier med andre ord ikke hensynet til redusert straffverdighet ved tilbaketreden tungt nok i forhold til andre hensyn. I forbindelse med vedtagelsen av den nye straffeloven foreslo straffelovkommisjonen for eksempel å likestille forsøk på utilbørlig påvirkning av stemmegivning ved valg med fullbyrdelse, og dermed stenge for tilbaketreden fra forsøk på slik stemmepåvirkning, jf. strl. 2005 § 151.⁶⁶

⁶² Se om fremskutt fullbyrdelse i punkt 1.3. Se også nedenfor i punkt 6.1 om straffbare forberedelseshandlinger som en form for fremskutt fullbyrdelse.

⁶³ Dette fremgår klart av lovens forarbeider, se S.K.M. s. 94.

⁶⁴ NOU 1992: 23 s. 82 og Bratholm/ Matningsdal (2003) s. 426. Sml. Eskeland (2006) s. 219-220.

⁶⁵ Matningsdal JV 1998 s. 290-291.

⁶⁶ NOU 2002: 4 s. 90. Slik er for øvrig regelen også i dag, jf. strl. § 105.

I andre tilfeller fremstår likestillingen av forsøk og fullbyrdet handling som urimelig overfor gjerningspersonen. Etter vegtrafikkloven § 22 første ledd er det straffbart å ”føre eller forsøke å føre motorvogn” hvis man er påvirket av alkohol eller lignende midler. Den som har forsøkt å kjøre bil i påvirket tilstand men avstått av egen fri vilje vil ikke kunne bli straffri, selv om det preventive formålet bak tilbaketredensregelen gjør seg sterkt gjeldende. I et tilfelle som var oppe til avgjørelse i Høyesterett uttalte førstvoterende følgende om rettssituasjonen: ”Jeg bestrider ikke at vektige legislative betraktninger kan tale for en annen lovordning, men like overfor straffelovkommisjonens bestemte uttalelse om rekkevidden av bestemmelsen i lovens § 50 kan disse hensyn ikke for meg bli avgjørende.”⁶⁷

Problemstillingen ble også tatt opp i forbindelse med utformingen av den nye straffeloven. Straffelovkommisjonen uttalte at ved valget av formuleringer hvor forsøk skal være straffbart, må lovgiver være oppmerksom på spørsmålet om hvilken adgang det bør være til tilbaketreden fra straffansvar. Videre ville en ordlyd som utelukker straffri tilbaketreden etter kommisjonens syn kreve en ”særlig begrunnelse”.⁶⁸ Departementet fulgte opp, og etter en revurdering av behovet ble særregelen om fremskutt fullbyrdelse fjernet fra en rekke straffebed i straffeloven av 2005.

For vtrl. § 22 første ledd ble resultatet av avveiningen at forsøk på promillekjøring fremdeles skal være straffbart, men at tilbaketreden skal være mulig.⁶⁹ Denne løsningen er i tråd med hovedregelen i strl. § 50 for tilfeller der forsøk er straffbart, og er også mest rimelig av hensyn til en angrende gjerningsperson. Endringen trer i kraft når straffeloven av 2005 trer i kraft.

5 Lovgivning om tilbaketreden i Sverige og Danmark

5.1 Innledning

Det mest iøynefallende med den norske reguleringen behandlet ovenfor er at adgangen til tilbaketreden er begrenset til handlinger på forsøksstadiet. Løsningen er særegen sett i et komparativt perspektiv. Både Sverige og Danmark har, i motsetning til Norge,

⁶⁷ Jf. Rt. 1948 s. 531.

⁶⁸ Jf. NOU 2002: 4 s. 90, som fulgte opp den tidligere kommisjonens uttalelser i NOU: 1992: 23 s. 84.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 113.

straffelovgivning som gir gjerningspersoner mulighet til å tre tilbake både fra straffbare forsøk og straffbare forberedelser. Av den grunn er det naturlig å se noe nærmere på disse landenes løsninger, som en bakgrunn for å vurdere adgangen til å tre tilbake fra forberedelse i norsk rett.

Etter svensk, dansk og norsk rett *skal* gjerningspersonen bli straffri dersom de nærmere vilkårene er oppfylt. Hvilke handlinger man kan tre tilbake fra er imidlertid noe forskjellig fra land til land. Regelen i de skandinaviske landene er annerledes enn i for eksempel England, der tilbaketreden kun er ”a mitigating factor in sentencing ..., which allows no formal defence of abandonment”.⁷⁰ Gjerningspersonens tilbaketreden er der kun et moment som domstolene kan tillegge vekt i formildende retning.

5.2 Sverige

For å oppnå straffrihet ved tilbaketreden krever den svenske regelen, på samme måte som den norske, at gjerningspersonen trer tilbake frivillig, jf. Brottbalken kapittel 23 § 3. Videre er det forskjellige vilkår for fullendte og ufullendte forsøk. Til forskjell fra Norge gjelder regelen ikke bare ved tilbaketreden fra forsøk, men også tilbaketreden fra forberedelse og ”stämpling” (spesielle typer forberedelseshandlinger) dersom bestemmelsen også straffer handlinger på det tidlige stadiet. Det kan her virke som om Sverige har en vesentlig videre adgang til tilbaketreden enn det Norge har.⁷¹

Svensk rett har ingen generell regel om når forsøk er straffbart. Forsøk er definert i Brottbalken kapittel 23 § 1, og er straffbart bare dersom det er bestemt i det enkelte straffebud. Forsøk på overtredelse av alvorlige lovbrudd er gjort straffbart, slik at hva som er straffbart på forsøksstadiet likevel er ganske likt som etter norsk rett. Videre er den svenske forsøksdefinisjonen svært lik den norske, slik at forsøkets nedre grense er tilnærmet den samme i de to landene.⁷² Når det gjelder forsøk som ikke under noen omstendighet kan lede

⁷⁰ Jf. Duff (1996) s. 66-67.

⁷¹ Svensk teori omtaler også tilbaketreden i enkelte andre tilfeller enn for forsøk og forberedelse, se Asp (2010) s. 418-422. Selv om en handling er fullbyrdet kan en gjerningsperson tre tilbake ved å hindre uønskede konsekvenser av hendelsen. Et eksempel er Brottbalken kapittel 13 om allmennfarlige lovbrudd, der § 11 gir hjemmel for straffnedsettelse eller straffbortfall dersom gjerningspersonen frivillig avverger faren som handlingen innebar. En mulighet for bortfall av straff ved slik ”tilbaketreden” fra fullbyrdede handlinger finnes ikke i norsk rett.

⁷² Husabø (1999) s. 339-340.

til fullbyrdelse, er imidlertid reglene ulike. Slike forsøk straffes i utgangspunktet ikke etter svensk rett,⁷³ ettersom forsøksdefinisjonen krever at det må foreligge en i utgangspunktet reell fare for at handlingen skal lede til fullbyrdelse, jf. Brottbalken kapittel 23 § 1. At man i Sverige ikke risikerer straff for absolutt utjenlige forsøk, medfører at man heller ikke har noe behov for å tre tilbake fra forholdet, slik man har i Norge og Danmark.⁷⁴

Forberedelse og ”stämpling” er definert i Brottbalken kapittel 23 § 2. Å planlegge et lovbrudd på andre måter er ikke straffbart. Når det er særskilt angitt i straffebestemmelsen at forberedelse (eller stämpling) til fullbyrdelsen er straffbart, kan gjerningspersonen på nærmere vilkår tre tilbake fra den forberedelsen han har foretatt. For straffrihet for forberedelse er det ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen oppgir sin videre plan om å fullbyrde handlingen. Hvis passivitet hadde vært tilstrekkelig, ville alle gjerningspersoner kunne påberopt seg at de hadde tilbaketrådt dersom de ble oppdaget etter å ha foretatt forberedelser, men før forsøk var igangsatt.

For tilbaketreden kreves det at gjerningspersonen må avbryte fullbyrdesgjerningens utførelse eller på annen måte hindre at lovbruddet fullbyrdes, jf. Brottbalken kapittel 23 § 3. På forberedelsesstadiet har ikke gjerningspersonen påbegynt handlingen som vil lede til fullbyrdelse, og han kan derfor heller ikke avbryte den. Fordi § 3 ikke ble formulert med tanke på denne typen uselvstendige lovbrudd, er adgangen til tilbaketreden fra forberedelse svært begrenset.⁷⁵ Det mest praktiske tilfellet er når gjerningspersonen er ferdig med forberedelsene og har kommet over på forsøksstadiet. Dersom han på dette tidspunktet frivillig gir opp eller forhindrer at fullbyrdelse skjer, vil han oppnå straffrihet både for forsøket og den straffbare forberedelsen. Etter norsk rett vil han fremdeles kunne straffes for forberedelseshandlingen som et selvstendig straffebed.

⁷³ Etter svensk rett defineres riktignok utjenlig forsøk noe videre enn i norsk rett, og forsøk som mislykkes på grunn av tilfeldige omstendigheter er straffbare utjenlige forsøk. Se Holmqvist II (2009) s. 23:13 flg.

⁷⁴ Se punkt 3.3 om tilbaketreden fra utjenlige forsøk i norsk rett.

⁷⁵ Asp (2010) s. 417.

5.3 Danmark

Dansk rett står i en særstilling i forhold til andre europeiske land.⁷⁶ Den danske straffeloven § 21 første ledd er alene om å kriminalisere alle typer forberedelseshandlinger under forsøksregelen. Den danske regelen har med andre ord ikke noe skille mellom forberedelseshandlinger og forsøkshandlinger, og rubriserer i stedet begge typer som forsøk. Det er ikke et krav at handlingen har nær sammenheng med forbrytelsens fullbyrdelse, og ganske dagligdagse handlinger kan være straffbare. Handlingene er straffbare dersom den øvre strafferammen for hovedgjerningen er fengsel i fire måneder eller mer, jf. tredje ledd. Regelen gir uttrykk for et mer ekstremt subjektivt grunnsyn enn i Norge og Sverige, og vektlegger gjerningspersonens skyld mer enn den ytre, objektive side ved handlingen.⁷⁷

Rekkevidden av ansvaret begrenses imidlertid noe av at ordlyden tolkes snevert. Det objektive minstekravet er at det må være foretatt en eller flere handlinger eller unnlater. Tanker, utsagn og trusler om å bryte loven straffes ikke. Etersom forsøksansvaret går svært langt blir det i teorien, på tross av en klar ordlyd, argumentert for at det ved forutgående forberedelseshandlinger ikke er tilstrekkelig med alminnelig fullbyrdelsesforsett. Dersom det kreves kvalifisert forsett i form av hensikt for slike handlinger, samt en noenlunde klar forbrytersk plan, vil det svært vide ansvaret avdempes noe.⁷⁸

Gjerningspersonen kan etter den danske straffeloven § 22 bli straffri for alle handlinger som omfattes av § 21 dersom han ”frivilligt og ikke på grund af tilfældige hindringer” avstår fra videre handlinger eller hindrer fullbyrdelse. Tilbaketreden er altså mulig både for forberedelses- og forsøkshandlinger. Selve vilkårene for straffrihet er ganske like de norske vilkårene for tilbaketreden fra forsøk. Det straffbare forsøksområdet deles inn i to stadier; forberedelsesstadiet og stadiet etter iverksettelsen.⁷⁹ På det førstnevnte stadiet er det nok at han forholder seg passiv til den videre utførelsen, mens på det sistnevnte må han faktisk forhindre følgen av den begivenhetsrekken han har satt i gang. Konsekvensen er at alle

⁷⁶ I den svenske utredningen SOU 1996: 185 ble det foreslått en radikal endring av de svenske reglene om ansvar for forberedelseshandlinger. Forslaget innebar at alle slags forberedelseshandlinger skulle være straffbare dersom personen fremmet hovedhandlingen og hadde fullbyrdelsesforsett. Den svenske regelen ville med endringen ha blitt mer lik den danske regelen. Endringsforslaget ble kraftig moderert, og endte kun med mindre endringer i kapittel 23 § 2.

⁷⁷ Greve (2004) s. 76.

⁷⁸ Greve (2009) s. 254-255.

⁷⁹ Greve (2004) s. 238-239.

gjerningspersoner som blir oppdaget før iverksettelseshandlingen kan hevde at de har avstått fra den videre gjerningen, sml. den svenske regelen.⁸⁰ Endelig er dansk straffelov § 24 en særregel for tilbaketreden for medvirkeren. Regelen er strengere enn etter norsk rett, og krever at medvirkeren som bare har deltatt med forberedende handlinger faktisk må lykkes i å hindre at forbrytelsen gjennomføres.

6 Tilbaketreden fra straffbare forberedelseshandlinger

6.1 Forberedelseshandlinger som selvstendige straffebed

Redegjørelsen ovenfor har vist at tilbaketreden fra straffansvar ikke nødvendigvis må være knyttet bare til handlinger på forsøksstadiet. Både svensk og dansk rett har regler som gir gjerningspersoner adgang til å bli straffri ved tilbaketreden også på det tidligere forberedelsesstadiet. Forskjellen mellom Norge og nabolandene gir grunnlag for å drøfte den norske løsningen i et rettspolitisk perspektiv. I denne siste delen av oppgaven skal det derfor ses nærmere på hva som stenger for tilbaketreden fra forberedelse i norsk rett, samt hvilke hensyn som taler for og mot denne spesielle strafferettslige løsningen. Det vil så bli foretatt en vurdering av forskjellige lovgivningsteknikker der det åpnes for tilbaketreden fra forberedelsesdelikter.

Forberedelseshandlinger kan defineres som handlinger som er gjort med forsett om å fullføre et lovbrudd, men uten at handlemåten har kommet langt nok til at forsøkets nedre grense er overskredet.⁸¹ Spredte forberedende handlinger har vært straffbare i Norge siden kriminalloven,⁸² og ansvaret har blitt utvidet på enkelte områder i løpet av de siste tiårene.⁸³

I vid forstand finnes det to typer forberedelsesdelikter; de formelle og de materielle.⁸⁴ De formelle deliktene kjennetegnes ved at det fremgår klart av gjerningsbeskrivelsen at det som er gjort straffbart er et forstadium til et mer alvorlig lovbrudd. Slike bestemmelser krever at

⁸⁰ Ross (1974) s. 185-187 kritiserer den danske regelen om at passivitet er nok. Han mener betingelsen for straffrihet fra forberedelseshandlinger må være at gjerningspersonen har "alvorligt bestræbt sig for at berøve ... foretagne forberedelseskridt deres tjenlighed til at fremme forbrydelsens udøvelse".

⁸¹ Husabø (1999) s. 307.

⁸² Husabø (1999) s. 305.

⁸³ Et eksempel er strl. § 147a tredje ledd som rammer det å inngå avtale om å forberede eller planlegge en terrorhandling. Bestemmelsen ble tilføyd ved lov av 28. juni 2002 nr. 54.

⁸⁴ Jf. Husabø (1999) s. 314-316.

gjerningspersonen sin skyld omfatter mer enn det å gjennomføre den forberedende handlingen (subjektivt overskudd⁸⁵). Eksempler er § 269 om å inngå forbund om å gjennomføre ran og § 177 om anskaffelse av redskaper for å trykke og utgi falske penger. Etter begge bestemmelsene kreves det en videregående skyld, henholdsvis i form av hensikt om å gjennomføre ranet og om utgi de falske pengene som ekte.

For de materielle forberedelsesdeliktene er det derimot ikke nødvendig, selv om det ofte er tilfelle, at gjerningspersonen har et større forbrytersk mål enn det som følger av den objektive gjerningsbeskrivelsen. Denne gruppen er forberedelsesdelikter i en videre betydning av begrepet, i og med at bestemmelsene rammer handlinger som *kan* være forberedelse til en annen forbrytelse. Eksempler er § 352a om å bære kniv på offentlig sted, samt § 352 om uforsiktig omgang med sprengstoff, skytevåpen og lignende.

For begge typene forberedelsesdelikter er gjerningspersonen avskåret fra å bli straffri ved tilbaketreden. Grunnen til den avvikende reguleringen er at de forberedende handlingene, til forskjell fra forsøkshandlingene, er gjort straffbare gjennom selvstendige straffebestemmelser.⁸⁶ Overtredelsene er selvstendige i den forstand at gjennomføring av den kriminaliserte forberedelsen regnes som fullbyrdet lovbrudd. Straffbare forsøkshandlinger er derimot av en annen karakter. Disse er uselvstendige overtredelser, på den måten at forbrytelsen ikke regnes fullbyrdet før gjerningsbeskrivelsen i hovedstraffebudet er oppfylt.

De straffbare forberedende handlingene er med andre ord en form for fremskutt fullbyrdelse. Fullbyrdelsestidspunktet fremskyndes, og konkrete forberedende handlinger likestilles dermed med overtredelse av vanlige handlingsstraffebud. Når gjerningsbeskrivelsen er oppfylt foreligger fullbyrdet lovbrudd, og handlingen behandles på samme måte som andre fullbyrdede overtredelser. En eventuell "tilbaketreden" kan da bare anvendes som argument for straffnedsettelse, og vil aldri føre til fullstendig straffbortfall etter § 50.

Tilbaketreden er avskåret fra forberedelseshandlinger til tross for at tilbaketreden er mulig fra forsøk, som både i tid og utførelse er nærmere fullbyrdelse av et større og mer alvorlig lovbrudd. Ved forberedelsesansvar er det større avstand mellom handlingen som er

⁸⁵ Se Andenæs (2004) s. 241.

⁸⁶ S.K.M. 1896 s. 90. Se også Andenæs (2004) s. 351-352.

kriminalisert og den fullbyrdede hovedgjerningen enn det er ved forsøksansvar.⁸⁷ Det er gjerne få forberedende handlinger som er foretatt, og risikoen for skade for samfunnet er generelt sett lavere på dette tidlige stadiet. Når gjerningspersonen kan tre tilbake og oppnå straffrihet for sitt forsøk, virker det usystematisk og inkonsekvent at tilbaketreden fra det mindre alvorlige forberedelsesstadiet kategorisk er avskåret.

6.2 Rettspolitisk vurdering av regelen

Når det gjelder de materielle forberedelsesdeliktene, er formålet med bestemmelsene generelt sett å straffe uaktsomme eller forsettlige handlinger som er uønskede i seg selv. På denne måten er de materielle deliktene ganske like vanlige fullbyrdede fare- og handlingsstraffebud. Handlemåten er kriminalisert fordi den har skapt en objektiv fare for skade, og ikke fordi gjerningspersonen nødvendigvis har et videre forbrytersk mål om å fullføre et mer alvorlig lovbrudd.⁸⁸ Det vil derfor stride mot kriminaliseringens formål dersom det skal være mulig å oppnå straffrihet ved tilbaketreden her. I eksempelet om å bære kniv på offentlig sted, er formålet å hindre unødvendig befatning med kniv fordi handlemåten skaper farlige situasjoner. Knivbæreren straffes uavhengig av om han faktisk har planer om å bruke kniven til å skade andre mennesker. Fordi atferden i seg selv er uønsket av lovgiver, er det lite naturlig å gi gjerningspersonen en mulighet til å tre tilbake fra materielle forberedelsesdelikter. I det følgende vil det derfor kun vurderes om det bør åpnes for en adgang til å tre tilbake fra de *formelle* forberedelsesdeliktene.

Ved overtredelse av formelle forberedelsesdelikter er den umiddelbare faren som handlingene skaper mer fjern og indirekte. Den kriminaliserte handlemåten kan isolert sett være ufarlig. Det er i stedet handlingens sterke subjektive tilknytning til forsøk og fullbyrdelse på en mer alvorlig forbrytelse, i form av fullbyrdelsesforsett, som begrunner straff allerede på forberedelsesstadiet. Formålet med å kriminalisere det å inngå ransforbund i § 269 er for eksempel å hindre at gjerningspersonens fullbyrdelsesforsett realiseres gjennom et senere ransforsøk eller fullbyrdet ran. Forsett om å fullbyrde hovedgjerningen er også et vilkår ved forsøk, og på dette stadiet er tilbaketreden mulig etter § 50. At tilbaketreden likevel ikke er mulig *før* forsøkets nedre grense er overskredet, viser at det er et hull i oppbygningen av

⁸⁷ NOU 2002: 4 s. 93.

⁸⁸ Se Husabø (1999) s. 316.

straffeloven når det gjelder tilbaketreden fra straffansvar. Når det først er adgang til å tilbaketre fra forsøkshandlinger, taler hensynet til helhet, sammenheng og konsekvens i regelverket for at det også bør være en tilsvarende adgang til å tre tilbake fra formelle forberedelseshandlinger.

Det er vanskelig å si om avskåret tilbaketreden er et resultat av et bevisst eller ubevisst valg fra lovgivers side. Det kan imidlertid virke som om lovgiver ved kriminalisering av forberedende handlinger har glemt å vurdere alle konsekvenser som dagens lovgivningsteknikk fører med seg. Lovgiver har i spørsmål om nykriminalisering vurdert farligheten av og skadepotensialet til handlingene det er aktuelt å kriminalisere, og har ikke kommentert at den lovtekniske løsningen gjør tilbaketreden umulig.⁸⁹ Problemet er heller ikke tatt opp i forbindelse med straffeloven av 2005.

Problemstillingen er i teorien drøftet i et større rettsstatlig perspektiv. Amerikaneren Husak oppstiller flere prinsipper som han mener bør være avgjørende for om kriminalisering av forberedelseshandlinger kan anses legitimt. Ett av prinsippene beskriver han som "the persistence requirement". Prinsippet innebærer at dersom en forberedende handling (eller forsøkshandling) er kriminalisert, må lovverket åpne for at gjerningspersonen kan tre ut igjen av det pådratte straffansvaret ved å tre tilbake frivillig.⁹⁰ Prinsippet gir uttrykk for en av flere moralske grenser for hvilke føringer samfunnet kan legge på enkeltindividets handlefrihet når den kriminaliserte handlingen i seg selv ikke medfører skade, og taler for at det bør kunne tres tilbake fra formelle forberedelsesdelikter i Norge.⁹¹

I norsk teori trekker Jacobsen frem Husaks synspunkter, og peker på problemet med dagens norske regel i forhold til gjerningspersonens moralske frihet og autonomi. Jacobsen konkluderer med at "[e]ttersom ein har denne retten [til å tre tilbake] ved forsøksansvar, kan det sterkt argumenterast for at tilsvarende rett bør stillast opp når ein kriminaliserer førebuingshandlingar."⁹²

⁸⁹ Se for eksempel Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) om lovtiltak mot terrorisme punkt 3.2 og punkt 8.

⁹⁰ Se Husak (1995) s. 174 om "complex nonconsummate offenses".

⁹¹ Husak argumenterer videre for at disse moralske prinsippene også må gjelde for det han kaller "simple nonconsummate offenses", som ovenfor i oppgaven er betegnet materielle forberedelsesdelikter, men dette synspunktet er mer omstridt, se Husak (1995) s. 174-178.

⁹² Jacobsen (2009) s. 639.

Etter denne teoretiske vurderingen av spørsmålet om tilbaketreden, kan det spørres om dagens avvikende regulering for de straffbare forberedelseshandlingene bare er en teoretisk brist, eller om det også er et faktisk problem i rettsanvendelsen. Fra et rent allmennpreventivt synspunkt kan det argumenteres for at det ikke er nødvendig med en adgang til å tre tilbake i det hele tatt. Den avskrekkende effekten straff har på resten av befolkningen oppnås idet en uønsket og kriminalisert handling følges opp med straff for den skyldige. Denne effekten blir svekket dersom det er mulig å bli straffri for en i utgangspunktet straffbar handling ved å fjerne faren man selv har skapt. Sett fra en slik synsvinkel kan man ikke utelukke at straffelovgivningen vil få størst allmennpreventiv virkning dersom det ikke er mulig å tre tilbake fra noen typer straffbare handlinger.

Rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger trekker imidlertid klart i den andre retningen. En ren avskjæring av tilbaketreden fra forberedelseshandlinger stemmer ikke med hensynene bak tilbaketredensregelen i strl. § 50.⁹³ Når adgangen til å tilbaketre fra forsøk skyldes at gjerningspersonens forbryterske vilje ikke viser seg som fast nok til å begrunne straff, bør det samme gjelde for en gjerningsperson som på et tidligere forberedelsesstadium frivillig velger å ta avstand fra det videre forbryterske hendelsesforløpet. I tillegg er faren for skade mindre på forberedelsesstadiet, fordi det i det ytre skal mer til for å realisere fullbyrdelsesforsettet fra forberedelsesstadiet enn fra forsøksstadiet. Den fjernere faren for skade kan til og med rettferdiggjøre at området for frivillig tilbaketreden skal være større jo tidligere tilbaketreden skjer.⁹⁴

Dagens norske regel fremstår derfor som lite rettferdig overfor gjerningspersoner som, til tross for endret moralsk holdning til gjennomføring av hovedgjerningen, rammes av et forberedelsesstraffebed. Det synes som om det i all hovedsak er lovtekniske grunner som begrunner rettstilstanden. Det er kombinasjonen av koblingen av tilbaketreden til forsøk, og utformingen av forberedelsesstraffebedene som selvstendige straffebed, som gjør at man ikke kan tre tilbake fra forberedelsesansvaret.

Etter min mening bør den norske regelen om tilbaketreden fra straffansvar endres, slik at loven åpner for tilbaketreden også fra straffbare forberedende handlinger. Hvordan regelen i så fall skal utformes er temaet i det følgende.

⁹³ Hagerup (1930) s. 158.

⁹⁴ Asp II (2007) s. 28-29.

6.3 Tre mulige løsninger

6.3.1 Innledning

I det følgende vil tre mulige løsninger til endring av regelen om tilbaketreden bli presentert og vurdert. Alle forslagene innebærer at adgangen til å tre tilbake vil gjelde for både forsøkshandlinger og forberedelseshandlinger. Til sist, i punkt 6.4, vil det kort ses på hvordan vilkårene for tilbaketreden fra forberedelseshandlinger nærmere bør utformes.

6.3.2 Utvidelse av anvendelsesområdet til straffeloven § 50

En løsning som fremstår som lovteknisk enkel er å utvide den gjeldende tilbaketredensregelen til å omfatte straffri tilbaketreden fra både straffbare forsøk og forberedelser. Fordelen med en slik løsning er at den ikke medfører store strukturelle endringer i straffeloven. Endringen kan enkelt gjennomføres ved å tilføye et nytt ledd i § 50 om straffri tilbaketreden fra formelle forberedelsesdelikter.

En slik ren utvidelse av bestemmelsen fjerner den problematiske koblingen mellom tilbaketreden og forsøk, ettersom den nye regelen vil gi gjerningspersoner mulighet til å tre tilbake fra forsøk og forberedelser på samme vilkår. Den forandrer imidlertid ikke karakteren av forberedelseshandlinger som selvstendige forbrytelser, noe som i utgangspunktet er til hinder for å kunne tre tilbake fra straffansvar. En forutsetning dersom lovgiver velger å utvide regelen på denne måten er derfor at det i lovteksten presiseres at man kan tre tilbake fra bestemte forberedelseshandlinger, til tross for at disse regnes som fullbyrdede. Presiseringen er fullt mulig å gjennomføre, og det er åpenbart en relativt enkel løsning som åpner for tilbaketreden fra forberedelse uten å måtte endre hele oppbygningen av forberedelsesansvaret.

En annen utfordring med en slik løsning er at vilkårene for tilbaketreden etter strl. § 50 ikke er tilpasset forberedelsessituasjonen. Generelt sett er det uheldig dersom lovgiver utvider anvendelsesområdet til en regel og ukritisk viderefører de samme vilkårene uten å vurdere hva slags vilkår som er hensiktsmessig å oppstille. At vilkårene for tilbaketreden i dag er knyttet opp mot de to typene fullendt og ufullendt forsøk, gjør regelen lite egnet for tilbaketreden fra forberedende handlinger. Den svenske regelen har som nevnt lite anvendelige vilkår for

tilbaketreden fra forberedelse, nettopp fordi regelen ikke er konstruert med tanke på annet enn forsøkshandlinger.⁹⁵ En andre forutsetning for løsningen er derfor at vilkårene for tilbaketreden omformuleres og tilpasses til forberedelsessituasjonen.⁹⁶

Hvis lovgiver velger å utvide anvendelsesområdet til regelen om tilbaketreden slik det er skissert ovenfor, vil regelen bli mer rimelig og åpne for tilbaketreden fra både forberedelses- og forsøksansvaret. Forslaget vil på denne måten fjerne den omtalte inkonsekvensen ved dagens regulering på en adekvat måte.

Etter min mening kan det imidlertid også være grunn for lovgiver til å se nærmere på helheten i reguleringen av forberedelsesansvaret. Den skisserte utvidelsen av § 50 vil bryte med straffelovens prinsipp om at tilbaketreden fra straffansvar forutsetter at forbrytelsen ikke regnes som fullbyrdet. Løsningen vil med andre ord skape en inkonsekvens i forholdet mellom selvstendige overtredelser og tilbaketreden, og fremstår av den grunn ikke som optimal med tanke på helheten i straffelovgivningen. Det skal derfor også vurderes to andre mulige løsninger. Disse er basert på henholdsvis dansk og svensk regulering av tilbaketreden fra forberedelseshandlinger.

6.3.3 Det danske alternativet

En annen måte å innføre tilbaketreden som straffbortfallsgrunn for forberedelseshandlinger kan være å bruke den danske regelen som utgangspunkt. Gjennom denne regelen, som gjør både forberedelseshandlinger og forsøkshandlinger straffbare som uselvstendige overtredelser, har Danmark eliminert problemet med forberedende handlinger som fullbyrdede overtredelser. Spørsmålet er om Norge ønsker et slikt vidt straffansvar for handlinger som i seg selv ikke medfører noen skade for samfunnet.

Underveis i arbeidet med den nye straffeloven ble spørsmålet om kriminalisering av forberedelseshandlinger grundig diskutert.⁹⁷ I den forbindelse drøftet Husabø, på oppdrag fra Straffelovkommisjonen, i hvilken utstrekning forberedelseshandlinger bør kriminaliseres i

⁹⁵ Se punkt 5.2.

⁹⁶ Se nedenfor i punkt 6.4.

⁹⁷ Se NOU 1983: 57 s. 134-135, NOU 1992: 23 s. 81, NOU 2002: 4 s. 90-99 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 101-105.

fremtiden.⁹⁸ Husabø var i sin utredning kritisk til å bryte med Norges tradisjonelle kasuistiske tilnærming til straffbare forberedelseshandlinger. Årsaken var blant annet at en generell kriminalisering av forberedende handlinger vil medføre en økt subjektivisering av straffansvaret, samt innskrenke enkeltindividers handlefrihet uforholdsmessig mye.⁹⁹ Lovgiver sluttet seg til standpunktet,¹⁰⁰ og i den nye straffeloven er det fremdeles ingen generell bestemmelse som kriminaliserer handlinger som forbereder lovbrudd. Vurderingene lovgiver her foretok viser at det ikke er aktuelt for norsk rett å kopiere den danske regelen. Det fremstår som ytterst lite velbegrunnet å gjennomføre en sterk nykriminalisering av forberedelser for å gi rom for tilbaketreden fra ansvar.

6.3.4 Den svenske regelen som utgangspunkt

Oppbygningen av regelen i Sverige er et tredje alternativ dersom gjerningspersoner skal ha en mulighet til å tre tilbake fra sine forberedelseshandlinger. Etter svensk rett er både forsøk og forberedelseshandlinger definert i egne bestemmelser, se henholdsvis Brottsbalken kapittel 23 § 1 og § 2. Handlingene er kun straffbare dersom det fremgår av hovedstraffebudet, og overtredelsene er å regne som uselvstendige lovbrudd. Denne oppbygningen gjør at straffrihet ved tilbaketreden er mulig for både forsøkshandlinger og forberedende handlinger. Problemet med kategorisk avskjæring av tilbaketreden fra forberedelse eksisterer med andre ord kun i Norge, og er omgått på forskjellige måter i Danmark og Sverige. Fordelen med en slik svensk løsning er at den ikke kriminaliserer alle forberedelseshandlinger, men at lovgiver kan velge for hvilke hovedstraffebud forberedelse skal være straffbart.

For å åpne opp for tilbaketreden fra forberedelseshandlinger i norsk rett kan lovgiver med andre ord ta utgangspunkt i den svenske reguleringen. En generell straffebestemmelse kan definere hvilke forberedelseshandlinger som er straffbare, på samme måte som strl. § 49 i dag definerer forsøkshandlinger. Videre kan lovgiver i hovedstraffebudet angi om forberedelse til lovbruddet skal være straffbart, på samme måte som i svensk rett. Et eksempel kan være at den generelle definisjonen omfatter det å inngå forbund om å gjennomføre et lovbrudd. Hvis det da fremgår av ransbestemmelsen at forberedelse er straffbart, vil gjerningspersonen kunne

⁹⁸ Deler av hans vurderinger er gjengitt i NOU 2002: 4 s. 91-98. Hele utredningen er i tillegg publisert i Husabø (1999) s. 301-386.

⁹⁹ NOU 2002: 4 s. 95-98.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 105.

straffes for sin forberedelse dersom han ikke frivillig trer tilbake i tråd med vilkårene for tilbaketreden.

Et relevant spørsmål ved valg av denne lovgivningsteknikken er om det alltid bør være mulig å tre tilbake fra forberedelse, eller om adgangen i noen tilfeller bør være avskåret. Her kan det være naturlig å dra en parallell til drøftelsen om fremskutt fullbyrdelse ved forsøkshandlinger i punkt 4.4.2. Straffelovkommisjonen fastslo at en ordlyd som utelukker tilbaketreden fra forsøk krever en "særlig begrunnelse". Da norske straffbare forberedelseshandlinger også er en form for fremskutt fullbyrdelse, bør den samme argumentasjonen kunne anvendes for tilbaketreden fra forberedelse. Med en slik tankegang kan lovgiver skille mellom forberedelse det kan tres tilbake fra, og en snevrere gruppe med særlig samfunnsfarlige forberedelseshandlinger der tilbaketreden bevisst er avskåret. Av hensyn til sammenheng og helhet i systemet, bør avskåret tilbaketreden fra forberedelse på et bestemt lovbrudd medføre at tilbaketreden fra forsøk på samme lovbrudd også er avskåret.

Et eksempel på svært uønskede handlinger som representerer en stor samfunnsfare på forberedelses- og forsøksstadiene er terrorhandling. De omfattende skadene som slike handlinger skaper kan være en "særlig begrunnelse" for å avskjære gjerningspersonens adgang til tilbaketreden. Lovteknisk kan straffrihet for spesielle forberedelses- og forsøkshandlinger avskjæres ved å kriminalisere dem i egne selvstendige straffebestemmelser, slik tilfellet er for alle forberedelseshandlinger i norsk rett i dag.

Forslaget som er skissert ovenfor er en kombinasjon av dagens svenske og norske regler. De fleste forberedelseshandlinger vil bli uselvstendige og det kan dermed tres tilbake fra dem. Et fåtall vil forbli selvstendige slik at tilbaketreden ikke er mulig. En slik regulering gjør reglene om tilbaketreden mer logisk sammenhengende enn dagens regulering. Gjeldende rett skiller urimelig mellom adgangen til tilbaketreden fra forsøk og forberedelse. Dette skillet fjernes i det skisserte forslaget, gjennom at både forberedelseshandlinger og forsøkshandlinger regnes som uselvstendige overtredelser. På den annen side vil forslaget kunne gjøre regelen mindre oversiktlig, i og med at det også vil finnes unntak der tilbaketreden aldri vil være mulig, verken fra forsøk eller forberedelse. Hensynet til rimelige enkeltregler som ivaretar individets selvbestemmelsesrett, sammenholdt med samfunnets behov for å straffe overtredelser av særlig uønskede handlinger, taler imidlertid for at løsningen er et godt kompromiss.

Løsningene skissert i punkt 6.3.2 og punkt 6.3.4 fremstår begge som godt egnede til å regulere muligheten for tilbaketreden fra både forsøk og overtredelse av formelle forberedelsesdelikter. Det vil være opp til lovgiver å avgjøre om dagens kobling mellom forsøk og tilbaketreden skal løses spesielt gjennom en ren utvidelse av anvendelsesområdet, eller generelt gjennom å revurdere oppbygningen av forberedelsesansvaret som selvstendige overtredelser. Etter min mening fremstår den sistnevnte løsningen som mest optimal, da den opprettholder forholdet mellom tilbaketreden og uselvstendige overtredelser. Dersom spørsmålet skal behandles, er det muligens mest sannsynlig at lovgiver velger den lovteknisk enkleste løsningen i punkt 6.3.2, da forberedelsesansvarets oppbygning og omfang allerede er grundig drøftet i forbindelse med straffeloven av 2005.

6.4 Avsluttende vurderinger

Uavhengig av hvilket forslag som eventuelt blir valgt, må det også tas stilling til hvordan de nærmere vilkårene for tilbaketreden skal formuleres. Et siste spørsmål er altså hvilke krav som skal stilles for at gjerningspersonen skal kunne oppnå straffrihet gjennom tilbaketreden fra sine forberedende handlinger. Som nevnt i punkt 6.3.2 har de eksisterende vilkårene for tilbaketreden fra forsøk liten overføringsverdi. Det bør derfor oppstilles egne vilkår som er tilpasset forberedelsestilfellene. Under vil det kort ses på mulige vilkår. Hvis lovgiver faktisk ønsker å revurdere dagens forhold mellom tilbaketreden og straffbare forberedende handlinger, vil spørsmålet selvsagt måtte vurderes grundigere.

En iboende utfordring når vilkårene skal tilpasses er at forberedende handlinger, i motsetning til forsøkshandlinger, ikke forutsetter en pågående aktivitet som kan avbrytes.¹⁰¹ Denne forskjellen gjør at det vil kunne være vanskeligere å tre tilbake fra forberedelse enn fra et senere forsøk. En naken avståelse av den videre forbryterske planen er etter § 50 tilstrekkelig for ufullendte forsøk, så lenge avståelsen er frivillig. Dersom en slik avståelse også skal være tilstrekkelig for å tilbaketre fra forberedelser, vil det oppstå vanskelige bevisspørsmål med tanke på om hovedgjerningen faktisk er oppgitt for godt, eller om det bare går noe tid mellom forberedelsene og neste steg i gjennomføringen.

¹⁰¹ Asp II (2007) s. 29.

Det kan være naturlig å skille mellom tilfeller der gjerningspersonen har gått videre fra sine forberedelser og også overtrådt forsøkets nedre grense, og tilfeller der han fremdeles befinner seg på forberedelsesstadiet. For det første tilfellet vil en mulig løsning være å gi straffrihet for de forutgående forberedelsene dersom vilkårene for tilbaketreden fra forsøket er oppfylt.

Når det gjelder tilfeller der gjerningspersonen fremdeles befinner seg på forberedelsesstadiet, er det klart at frivillighet også her må være et minstekrav for tilbaketreden. Uten en endret holdning til gjennomføringen av lovbruddet er det liten grunn til at han skal oppnå straffrihet. For tilfellene der flere personer samvirker i forberedelsene er det nærliggende å trekke en parallell til medvirkningsansvaret. Hvis forberedelseshandlingen ikke hadde vært kriminalisert, ville de handlende nemlig kunne straffes for medvirkning til forsøk eller fullbyrdet overtredelse dersom de andre deltakerne iverksatte forsøk eller gjennomførte lovbruddet.¹⁰²

For å gå fri fra et slikt medvirkningsansvar kreves det at gjerningspersonen nøytraliserer sin forutgående bistand, og på den måten hindrer at han bidrar til gjennomføringen.¹⁰³ For tilbaketreden fra forberedelser kan det tenkes en tilsvarende regel, der det kreves at gjerningspersonen nøytraliserer sitt eget bidrag. I et eksempel der det er inngått forbund om å gjennomføre et ran, innebærer en slik regel at en deltaker kan gå fri fra forberedelsen dersom han gjør det klart overfor de andre at han ikke ønsker å fortsette mot det forbryterske målet. Hvis forberedelsen består i en form for fysisk bistand, for eksempel anskaffelse av hjelpemidler til ranet, må han nøytralisere sitt bidrag ved å hindre at hjelpemidlene han har bidratt med blir brukt under ranet.

De samme vilkårene kan anvendes når forberedelsene er foretatt av én gjerningsperson. For å bli straffri ved tilbaketreden må han altså nøytralisere den faren forberedelsene har skapt ved å tilbakestille situasjonen til slik den var før forberedelsene.¹⁰⁴ Et eksempel vil være det å trykke opp penger som forberedelse på overtredelse av strl. § 176. Ved for eksempel å brenne pengene og ødelegge trykkeutstyret vil faren han har skapt bli eliminert.

¹⁰² Medvirkningsansvar forutsetter her at de som foretok forberedelsene hadde fullbyrdelsesforsett, se Andenæs (2004) s. 338 flg.

¹⁰³ Se oppgavens punkt 4.4.1.

¹⁰⁴ Sml. Ross (1974) s. 187 og hans forslag til endring av de danske vilkårene for tilbaketreden fra forberedelse.

Vilkårene som her er skissert vil kunne gi gjerningspersonen en reell mulighet til å tre tilbake fra sine forberedelseshandlinger. Samtidig krever vilkårene en viss innsats utad for at gjerningspersonen skal måtte bevise at han ikke lenger har noen fast forbrytersk vilje som begrunner straff.

7 Kildeoversikt

7.1 Litteratur

- Andenæs (2004) Andenæs, Johs.: Alminnelig strafferett. 5. utgave. Oslo 2004.
- Asp (2010) Asp, Petter; Ulväng, Magnus; Jareborg, Nils: Kriminalrättens grunder. Svensk straffrätt 1. Uppsala 2010.
- Asp II (2007) Asp, Petter: Från tanke till gärning. Del 2. Förberedelse och stämpling till brott. Uppsala 2007.
- Bratholm (1980) Bratholm, Anders: Strafferett og samfunn. Oslo 1980.
- Bratholm/ Matningsdal (2003) Bratholm, Anders og Matningsdal, Magnus: Straffeloven. Kommentirutgave. Anden del. Forbrytelser. 2. utgave. Oslo 2003.
- Duff (1996) Duff, R. A.: Criminal Attempts. Oxford 1996.
- Eskeland (2006) Eskeland, Ståle: Strafferett. 2. utgave. Oslo 2006.
- Greve (2004) Greve, Vagn: Det strafferetlige ansvar. 2. utgave. København 2004.
- Greve (2009) Greve, Vagn mfl.: Kommenteret straffelov. Almindelig del. 9. utgave. København 2009.
- Hagerup (1930) Hagerup, Francis: Strafferettens almindelige del. 3. utgave. Oslo 1930.
- Holmqvist II (2009) Holmqvist, Lena mfl.: Brottsbalken en kommentar, del II. Studentutgave 6. Stockholm 2009.
- Hurwitz (1952) Hurwitz, Stephan: Kriminalret. Almindelig del. København 1952.
- Husabø (1999) Husabø, Erling Johannes: Straffansvarets periferi. Medvirking, forsøk, førebuing. Bergen 1999.

- Jacobsen (2009) Jacobsen, Jørn RT: Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten. Bergen 2009.
- Jareborg (1992) Jareborg, Nils: Straffrättsideologiska fragment. Uppsala 1992.
- Mæland (2004) Mæland, Henry John: Innføring i alminnelig strafferett. 3. utgave. Bergen 2004.
- Ross (1974) Ross, Alf: Forbrydelse og straf. Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del. København 1974.
- Røstad (1993) Røstad, Helge: Innkast i straffefeltet. Utvalgte emner i strafferett. Oslo 1993.
- Skeie (1946) Skeie, Jon: Den norske strafferett. Den alminnelige del. Oslo 1946.
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen. "In dubio pro reo". Bergen 2003.
- Wennberg (1985) Wennberg, Suzanne: Försök till brott. Stockholm 1985.
- Ørsted (1817) Ørsted, Anders Sandøe: Eunomia, eller Samling af Afhandlinger, henhørende til Moralphilosophien, Statsphilosophien, og den dansk-norske Lovkyndighed. Bind 2. København 1817.
- 7.2 Artikler**
- Husak (1995) Husak, Douglas N.: The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses. Arizona Law Review 1995 s. 151-183.
- Matningsdal JV 1998 Matningsdal, Magnus: Grensen mellom skyld- og straffespørsmål. Jussens Venner 1998 s. 273-299.
- Matningsdal JV 2008 Matningsdal, Magnus: Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter. Jussens Venner 2008 s. 357-383.

7.3 Norske lover

Alkoholoven (alkhl.)	Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdning drikk m.v.
Grunnloven (Grl.)	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
Kriminalloven	Lov angaaende Forbrydelser af 20de August 1842 (oppevet).
Lov 19. juni 2009 nr. 74	Lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.
Lov 28. juni 2002 nr. 54	Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv.
Norske Lov	Kong Christian Den Femtis Norske lov af 15. April 1687.
Straffeloven (strl.)	Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.
Straffeloven 2005 (strl. 2005)	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (ikke i kraft).
Vegtrafikkloven (vtrl.)	Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk.
<h3>7.4 Forarbeider</h3>	
NOU 1983: 57	Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I.
NOU 1992: 23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovkommisjonens delutredning V.
NOU 2002: 4	Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII.
Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
Ot.prp. nr. 61 (2001-2002)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv.
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff.

S.K.M. 1896

Udkast til Almindelig borgerlig straffelov for kongeriket Norge, 1896.

7.5 Utenlandske lover og forarbeider

Sverige: Brottsbalken

SFS 1962:700, Given Stockholms Slott den 21 december 1962.

Sverige: SOU 1996: 185

Straffansvarets gränser. Del I.

Danmark: Dansk straffelov

Straffeloven af 15. april 1930 nr. 126 med senere ændringer.

7.6 Dommer

Rt. 1905 s. 839

Rt. 1991 s. 95

Rt. 1932 s. 1034

Rt. 1992 s. 1495

Rt. 1948 s. 531

Rt. 1995 s. 17

Rt. 1952 s. 742

Rt. 1998 s. 462

Rt. 1984 s. 1300

Rt. 2002 s. 1717

Rt. 1988 s. 18

Rt. 2005 s. 1625

Rt. 1989 s. 1075

Rt. 2008 s. 867