

Artikkelen er publisert under modellen grønn åpen tilgang (green open access). Det betyr at utgiver tillater forfatter å arkivere sin artikkel i åpne institusjonelle arkiv (egenarkivering) eller på eget eller arbeidsgivers nettsted, i den versjon og det format som ble godkjent av tidsskriftets redaksjon (akseptert versjon/tekstversjonen).

Sitering av artikkelen i APA (6th):

Holmboe, M. (2011). Straffutmåling for brudd på et opphevet, men gjeldende straffebed: Noen tanker om Høyesteretts dom i Rt. 2011 s. 83A. *Tidsskrift for strafferett*, (3), 285-293.

Dette er siste tekstversjon av artikkelen, den kan inneholde ubetydelige forskjeller fra forlagets pdf-versjon.

Straffutmåling for brudd på et opphevet, men gjeldende straffebud

Noen tanker om Høyesteretts dom i Rt. 2011 s. 83 A

Seniorrådgiver Morten Holmboe

1. Bakgrunn

Straffeloven av 2005 ble endelig vedtatt i 2009,¹ men det er fortsatt uvisst når loven vil tre i kraft og erstatte straffeloven av 1902. Det har vist seg at det tar lengre tid enn ventet å oppgradere politiets datasystemer, som er nødvendig for at den nye straffeloven kan tre i kraft.

Den nye loven innebærer en skjerpelse av straffansvaret på noen områder, men innskrenker det på andre. Emnet for denne artikkelen er hvilken betydning det bør ha at lovgiveren allerede har vedtatt en lovendring som fjerner eller letter straffansvaret, men loven ikke er trådt i kraft ved pådømmelsen – konkret straffeloven av 1902 § 237 om uaktsom legemsbeskadigelse. Som bakgrunn vil jeg først kort drøfte spørsmålet om rettens legitimitet.

2. Rettens legitimitet i et demokrati – særlig ved endringer

Det er et grunnleggende trekk ved moderne tenkeres fremstilling av rettssystemet at det ikke er endelig.

1. Lov 19. juni 2009 nr. 74.

Den tyske filosofen Jürgen Habermas knytter rettens legitimitet til *legalitet*: Retten er et resultat av kommunikative handlinger mellom borgerne, slik de er formalisert i demokratiet (1999, s. 159):

«Disse [lovene] får sin legitimitet fra en lovgivningsprosess som på sin side støtter seg til prinsippet om folkesuvereniteten. Legitimitetens paradoksale opprinnelse i legalitet må forklares ved hjelp av rettigheter som sikrer at statsborgerne kan utøve sin politiske autonomi.»

Når Stortinget treffer et lovvedtak, er det et resultat av at samfunnsaktørene har drøftet et spørsmål, og utfallet av drøftelsen – gjerne med synlig uenighet – fremkommer for nasjonalforsamlingen. Stortingets legitimitet hviler altså på at det representerer folket (Fliflet, 2005, s. 233).

Verdioppfatninger kan skifte med tiden. Retten må derfor (innenfor visse grenser) være mulig å endre. Hvis ikke, vil rettsreglene etter hvert tape sin legitimitet. Retten er dermed mest stabil når den ikke ligger helt i ro.

Det neste spørsmålet er hvordan man kan begrunne *strafferetten* i et samfunn. Det må være et grunnleggende krav i en rettstat at strafferetten – som retten ellers – oppleves som *rettferdig*. Hva som er rettferdig, kan det riktig nok være delte meninger om (Castberg, 1966, s. 63). Det er imidlertid et grunnleggende krav at straffen skal ha hjemmel i lov, og at tilbakevirkende straffelover til skade for gjerningspersonen ikke er tillatt.²

Det er tre prinsipper som trekkes opp som retningsgivende for den nye straffeloven: Skadefølgeprinsippet, subsidiaritetsprinsippet og hensiktsmessighetsprinsippet.³

I strafferetten er det lang tradisjon for at lovgiveren ikke bare må unngå å gi tilbakevirkende lover til skade, men også bør la nye lover virke til gunst for gjerningspersonen. Selv om en handling var straffbar på gjerningstiden, nyter en borger godt av at loven før pådømmelsen er endret til hans gunst.⁴ Denne regelen er nedfelt i § 3 både i straffeloven av 1902 og i straffeloven av 2005. – Man kan se det slik at det for å idømme straff ikke er nok at de folkevalgte har vedtatt en lov

2. Grunnloven § 96 og § 97. Plassen tillater ikke å nevne en gang et representativt utvalg av aktuell litteratur. Jeg nøyer meg med å vise til Fliflet, 2005, s. 387–417, Høgberg, 2010 og Skoghøy, 2011.

3. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) kapittel 7; Myhrer, 2008, s. 101–102; Myhrer, 2011, s. 83–84.

4. Kjerschow, 1930, s. 8–9; Hagerup, 1928, s. 69–71; Skeie, 1946, s. 68 flg.; Andenæs, 2004, s. 575 flg.

som var i kraft og rammet handlingen da den ble begått, men at det i tillegg må kreves at loven ikke er opphevet på tiden for pådømmelsen. En borger skal altså ikke dømmes dersom de folkevalgte nå – på domstidspunktet – ikke lenger mener at handlingen bør være straffbar.

Det er imidlertid et vilkår for direkte anvendelse av straffeloven § 3 at endringsloven er trådt i kraft. Dette vilkåret følger direkte av ordlyden – «gjeldende» straffelov. Jeg kan heller ikke se at det har vært problematisert i teori eller forarbeider om Stortingets vedtak kan få betydning i *formildende* retning før loven trer i kraft.

Forrige gang vi fikk ny straffelov, tok det under tre år fra vedtagelsen av loven til den trådte i kraft 1. januar 1905.⁵

Allerede i Rt. 1903 s. 471 la for øvrig to av flertallets fire dommere ved lovtolkningen – til gunst for tiltalte – vekt på hvilken løsning som ville følge av den nye, men ikke kraftsatte straffeloven.⁶

Nå er det datasystemene og deres behov for oppgradering som rår, og det er altså uvisst når den nye loven vil tre i kraft.

3. Om ikraftsettelsen av ny straffelov

3.1 Ny straffelov møter gammelt isenkram

I en annen sammenheng har Birger Stuevold Lassen betegnet datasystemer slik (2002, s. 541, fotnote – med henvisning til Koktvedgaard – utelatt; uthevelse gjort i originalen):

«Betegnelsen isenkram for edb-utstyr ble lansert i den elektroniske databehandlings første barneår, da vi var noen som ikke forsto at edb-alderens språk ville være et slags engelsk, og som derfor søkte i de nasjonale ordtilfangene etter navn til de

5. Lov 22. mai 1902 nr. 11 (straffelovens ikrafttredelseslov) § 1.

6. Ekstraordinær assessor Bull var enig med førstvoterende i at de tiltalte måtte frifinnes ut fra tolkingen av medvirkningsreglene, og bemerket (s. 474): «Efter dette vil man overfor Medvirkning i en Forgaaelse som den her paatalte efter den nye Straffelovs Ikrafttræden være heldigere stillet, om man gaar ud fra den Opfatning, at Delagtighedskapitlet her ikke for Tiden er anvendeligt, idet det vel maa siges, at Praxis ligeoverfor de Politiforseelser, hvor de Delagtige ikke er anseede som strafbare, i det store taget har bygget paa en Opfatning af Gjerningsmænd, der er noget rummeligere end den indenfor den ældre Straffelovs Ramme i Almindelighed anvendte.» (Ekstraordinær assessor Mejdell sluttet seg til første- og annenvoterende, mens rettens formann, assessor Reimers, sluttet seg til de samme, men ikke ville uttale seg om forståelsen av den nye straffelov.)

nye foreteelsene. Det gikk som det måtte gå, selv om noen av forslagene var gode. Blant disse må regnes isenkrammet, som vel ble lansert som en betegnelse for selve maskinene med teknisk tilbehør – *the hardware* – men som også ble brukt med et videre betydningsinnhold, om edb-utrustning i det hele. Et greit og folkelig ord, som på en vellykket måte avmystifiserte fenomenene. Det dreier seg jo om en art jernvarer, med de begrensninger i mentale funksjoner som man må akseptere hos slike. Betegnelsen isenkram fokuserer dette, og bærer i seg en viktig advarsel: Vi må ikke la disse foreteelsene være bestemmende for hvordan interessekonflikter i et moderne næringsliv skal løses. Beware the Jubjub bird!»

Også på strafferettens område har disse jernvarene altså påvirket rettstilstanden. Det stiller oss overfor et særskilt problem: Hvilken betydning bør det ha at de folkevalgte har opphevet et straffebud, men det tar uventet lang tid før opphevelsen kan tre i kraft – pga. gammelt datautstyr?

3.2 Om tilbakevirkning til skade og til gunst

3.2.1 Strengere regler som er forsert av lovgiveren

Ved behandlingen av den nye straffeloven ønsket lovgiveren å skjerpe straffene vesentlig for en del volds- og seksuallovbrudd. Dette ble gjort ved å gi svært konkrete signaler knyttet til tidligere rettspraksis.⁷ Etter lovgiverens syn kunne denne straffskjerpingen – innenfor de strafferammene som gjaldt på gjerningstiden – skje før straffeloven av 2005 skulle tre i kraft, og også for handlinger begått før den siste del av loven ble vedtatt av Stortinget i juni 2009. Høyesteretts flertall var ikke enig i dette.⁸

Deretter handlet lovgiveren raskt: Våren 2010 fremmet Regjeringen en lovproposisjon om endringer i de tilsvarende bestemmelsene i straffeloven av 1902.⁹ Lovendringene ble vedtatt i juni 2010.¹⁰ Høyesterett har deretter skjerpet straffene mer enn det som ble forutsatt i storkammerdommene høsten 2009.¹¹

7. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 171 flg.; Innst. O. nr. 73 (2008–2009) s. 37.

8. Rt. 2009 s. 1412 S og Rt. 2009 s. 1423 S (i begge avgjørelsene dissens 10–1). – Kritisk til flertallets resonnement er Rieber-Mohn, 2010 og Skoghøy, 2011, s. 262–263. Jf. også Elholm & Strandbakken, 2010.

9. Prop. 97 L (2009–2010).

10. Lov 25. juni 2010 nr. 46, som trådte i kraft straks.

11. Jf. bl.a. Rt. 2010 s. 1324 A, Rt. 2010 s. 1340 A, Rt. 2011 s. 734 A og HR-2011-1598-A. Jf. Skoghøy, 2011, s. 263.

3.2.2 Mildere regler som er foregrepet

Unge lovbrytere skal bare idømmes ubetinget fengsel når det er særlig påkrevd (straffeloven av 2005 § 33). Høyesterett har fremholdt at dette prinsippet må gjelde allerede under straffeloven av 1902.¹² (Bestemmelsen medfører neppe noen stor endring fra den tidligere rettstilstand, men gjør prinsippet klarere.)

Når den nye straffeloven trer i kraft, vil retten – også overfor voksne lovbyrtere – kunne velge *straffutmålingsfravall* når helt særlige grunner tilsier det.¹³ Det mest praktiske eksempelet, ifølge forarbeidene, er der en fører av motorvogn ved uaktsomhet har forvoldt en nærståendes død. Det vil altså være en fordel for noen siktede om deres sak pådømmes etter at straffeloven av 2005 trer i kraft.

I forarbeidene er det også fremholdt at påtalemyndigheten i slike tilfeller bør vurdere å avgjøre saken med en påtaleunntatelse. Allerede i 2009 la riksadvokaten til grunn forarbeidenes retningslinjer i instruks til påtalemyndigheten.¹⁴ Slik jeg ser det, er det en naturlig forvaltningsmessig oppfølging av lovgiverens forutsetninger. (En annen sak er at uttalelsene i forarbeidene reiser enkelte rettslige spørsmål som ikke er løst, men det skal jeg la ligge her.)

3.2.3 En mildere regel som ikke har fått betydning

Ved straffeloven av 2005 er enkelte straffebud i straffeloven av 1902 opphevet. De fleste av disse er lite brukt. Imidlertid er straffeloven av 1902 § 237 en bestemmelse som ikke er upraktisk. Bestemmelsen setter straff for uaktsom forvoldelse av «saa-dan Arbeidsudygtighed, Sygdom, Lyde, Feil eller Skade som i § 229 nævnt» – altså straffeloven § 229 annet straffalternativ.

Ved revisjonen av straffeloven foreslo Straffelovkommisjonen at man ikke skulle videreføre bestemmelsen i § 237. Begrunnelsen var dels at straff for uaktsomhet ikke burde ilegges når det ikke forelå betydelig skade, dels at bestemmelsen ikke var så mye brukt, og dels at de mest praktiske formene for uaktsomt normbrudd

12. Rt. 2007 s. 252 A. Om ytterligere utvidelser av prinsippet i lys av Barnekonvensjonen, se for eksempel Rt. 2010 s. 1313 A. Samme regel er foreslått innført i straffeloven av 1902 § 18 (Prop. 135 L 2010–2011).

13. Straffeloven av 2005 § 61. Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 108–110, Innst. O. nr. 72 (2004–2005) s. 21, Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 197 og s. 433, og Innst. O. nr. 73 (2008–2009) s. 43. – Jf. også Slettan, 2002, s. 384, Myhrer, 2008, s. 127–128 og Lånke, 2008.

14. Riksadvokatens rundskriv *Vegtrafikkovertrедelser – standardiserte bøtesatser, beslag av førerkort mv.* (RA-2009–3) punkt III.1. – Jf. også Matningsdal, 2010, s. 151.

kunne straffes etter spesiallovgivningen, for eksempel vegtrafikkloven. Lovgiveren sluttet seg til forslaget.¹⁵

Når en straffebestemmelse endres til gunst for siktede, men ikke er trådt i kraft, kan det være forskjellige grunner til at den nye rettstilstand ikke foregripes.

- De samfunnsmessige konsekvensene av endringen kan gjøre at andre forhold må være lagt til rette. Et eksempel kan være hevingen av den strafferettslige lavalder til 15 år i 1987, som i første omgang ikke ble satt i kraft fordi man måtte få på plass et tilstrekkelig hjelpeapparat for de yngste lovbyrterne.¹⁶
- Normen kan være delvis overført til en ny bestemmelse som ikke er trådt i kraft.

I en del tilfeller er det derimot klart at det opphevede straffebudet rett og slett vil falle bort, men det tar av andre grunner tid før endringen kan settes i kraft. Dette er tilfellet for straffeloven § 237.

Man kan spørre seg om ikke bestemmelsen i straffeloven § 3 gir uttrykk for en tanke som kan formuleres slik: Hvis lovgiveren har mildnet strafferetten på et område når saken skal irettesføres, bør det påvirke håndhevelsen av straffebudet – også før endringsloven er trådt i kraft – med mindre lovgiveren har uttrykt eller forutsatt at noe annet skal gjelde. Da er administrative forsinkelser et svakt argument for å fortsette som før.

Hensynet til at strafferetten bygger på beslutninger av folkets representanter, kan være et argument for at en slik tanke kan anses som et rettsprinsipp.¹⁷

Høyesteretts praktisering av straffeloven av 2005 § 33 om unge lovbyrtere kan ses som et utslag av denne tanken (eller prinsippet), og det samme kan man si om riksadvokatens instruks om å legge vekt på forarbeidsuttalelsene om straffutmålingsfravall.

Denne tenkemåten har god forankring i straffeteoriene: Hvis straffebudet allerede er vedtatt opphevet, kan verken allmenn- eller individualpreventive hensyn

15. NOU 2002: 4 s. 410; Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 197 og s. 204. – Jf. Matningsdal, 2010, s. 140–141.

16. Lovendringen ble vedtatt ved lov 12. juni 1987 nr. 51, men trådte først i kraft 1. januar 1990. I proposisjonen ble det foreslått at endringen skulle tre i kraft straks, men Stortinget fastsatte at endringen skulle tre i kraft på den tiden som ble bestemt ved egen lov. (Ot.prp. nr. 26 (1986–87) og Innst. O. nr. 39 (1986–87). Endringen ble satt i kraft ved lov 16. juni 1989 nr. 66 fra 1. januar 1990. Se Ot.prp. nr. 50 (1988–89).

17. Jf. om rettsprinsipper Graver, 2006 (også i Graver, 2010, s. 224–255), og Fredriksen, 2011.

begrunne at det skal reageres med straff. Høyesterett har likevel ikke anvendt prinsippet i alle saker.

Saken i Rt. 2011 s. 83 A gjaldt en trafikkulykke i Vestfold 4. juni 2009. En bilfører som skulle inn på en forkjørsvei, overså en motorsyklist som kjørte i opp mot 60 km/t (som var fartsnivået på veien). Bilen traff motorsykkelen, og motorsyklisten ble sykmeldt i ca to måneder. Bilførerens kjøring ble ansett som uaktsom både etter vegtrafikkloven § 3 og etter straffeloven § 237.

Ingen av dommerne problematiserte – eller nevnte – at det var lagt vekt på en bestemmelse som teknisk sett var opphevet ved gyldig lovvedtak, til tross for at den domfelte bl.a. anket over lovanvendelsen. (Denne delen av anken ble nektet fremmet.)¹⁸

Ved straffutmålingen delte Høyesterett seg tre mot to. Mindretallet ville sette straffen ned til betinget fengsel, bl.a. fordi saksforholdet lignet mye på Rt. 2008 s. 1332 A, der resultatet ble betinget dom. Mindretallet mente også at saken i Rt. 2008 s. 1360 A, der straffen ble 18 dagers ubetinget fengsel, var mer alvorlig enn den foreliggende saken.

Flertallet mente at saken var for alvorlig til å gi betinget fengsel, og drøftet ikke om samfunnsstraff kunne være et alternativ. Lagmannsrettens dom på 18 dagers ubetinget fengsel ble opprettholdt.

Om mindretallets sammenligning med Rt. 2008 s. 1360 A fremholdt førstvoterende (avsnitt 21):

«For ordens skyld nevnes at Rt. 2008 side 1360 har liten relevans for vår sak, fordi domfelte der var dømt etter vegtrafikkloven § 3. Man kan ikke vite hvordan tilfellet ville blitt bedømt etter straffeloven § 237. At det av og til kan virke tilfeldig om tiltale blir reist etter den ene eller andre bestemmelsen, kan ikke få betydning i tilfeller der dom er avsagt etter straffeloven § 237.»

Det er selvsagt et tungtveiende straffutmålingsmoment etter vegtrafikkloven § 31 jf. § 3 at den uaktsomme kjøringen har ført til personskade. Førstvoterende la da også vekt på de allmennpreventive hensyn. Men sitatet viser at hun også la vekt på om det konkret var *tatt ut tiltale* etter § 237.

Det kan godt være at straffutmålingen i Rt. 2008 s. 1360 A ville blitt strengere om tiltalen også hadde omfattet straffeloven § 237. Spørsmålet er imidlertid om det var riktig så sent som i 2011 å legge vekt på at det i den aktuelle saken var

18. HR-2010-2027-U.

tatt ut tiltale etter § 237. Når den nye straffeloven (vedtatt i 2009) trer i kraft, vil en tilsvarende sak bare kunne irettesettes med tiltale etter vegtrafikkloven. Etter mitt syn ville det være best i samsvar med demokratihensynet og straffeteoriene om domstolene i en sak som dette la liten vekt på om det var tatt ut tiltale etter en bestemmelse som ikke vil bli videreført i den nye straffeloven.

4. Oppsummering

Formelt juridisk er det ikke uriktig å anvende straffeloven av 1902 § 237 så lenge opphevelsesbestemmelsen ikke er trådt i kraft. Men demokratihensynet tilsier at straff bare bør anvendes overfor borgerne så lenge våre folkevalgte har akseptert det. Slik jeg ser det, ville det være best i samsvar med hensynene bak straffeloven § 3 om domstolene ved straffutmålingen la liten vekt på om det konkret var tatt ut tiltale etter bestemmelsen. Men det største ansvaret hviler på lovgiveren.

Når det nå har vist seg at en endring i formildende retning forsinkes av gammelt isenkram, burde lovgiveren allerede nå oppheve § 237 – inspirert av de skjerpene endringene som raskt ble gjennomført etter storkammerdommene.¹⁹ Det bør forventes like stor iver i tjenesten til borgernes gunst.

Litteratur

- Andenæs, J. (2004). *Alminnelig strafferett* (5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn). Oslo: Universitetsforlaget.
- Castberg, F. (1966). *Retten og staten*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Elholm, T. & Strandbakken, A. (2010). Hvem skal nu bestemme – dommerne eller politikerne? I: T. Elholm, V. Greve, P. Asp, R. Bragadottir, D. Frände & A. Strandbakken (Red.), *Liber amicarum et amicorum Karin Cornils: Glimt af nordisk straffrätt og straffeprosessrett* (s. 77–99). København: Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Fliflet, A. (2005). *Kongeriket Norges grunnlov: Grunnloven med kommentarer*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Fredriksen, S. (2011). Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett. *Jussens Venner*, 37–64.

19. Jf. ovenfor under punkt 3.2.1.

- Graver, H. P. (2006). I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 189–221.
- Graver, H. P. (2010). *Rett, retorikk og juridisk argumentasjon. Keiserens garderobe og andre essays*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Habermas, J. (1999). *Kommunikasjon, handling, moral og rett* (J.-A. Smith & J.-H. Smith, overs.). [Oslo]: Tano Aschehoug.
- Hagerup, F. (1928). *Strafferettens almindelige del* (Anden utgave ved P. I. Paulsen.). Oslo: Norsk bok-duplicering (Johs. Minsaas).
- Høgberg, B. M. (2010). *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Kjerschow, P. (1930). *Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 ... og lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttreden*. Oslo: Aschehoug.
- Lassen, B. S. (2002). Om iskrem i Høyesterett og isenkram i Brønnøysund. I: P. Lødrup, S. Tjomsland, M. Aarbakke & G. Aasland (Red.), *Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002* (s. 535–542). Oslo: Universitetsforlaget.
- Lånke, T. K. (2008). Straffutmålingsfravall etter straffeloven av 2005 § 61. *Tidsskrift for Strafferett*, 145–178.
- Matningsdal, M. (2010). *Norsk spesiell strafferett*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Myhrer, T.-G. (2008). Ny straffelov. *Jussens Venner*, 95–136.
- Myhrer, T.-G. (2011). Mulige forebyggende virkninger av straffen – generelt og overfor terrorhandlinger spesielt. I: T. Bjørge (Red.), *Forebygging av terrorisme og annen kriminalitet* (s. 83–106 (Del II)). Oslo: PHS Forskning 2011: 1.
- Rieber-Mohn, G. F. (2010). Straffskjerpelse og tilbakevirkning. *Lov og Rett*, 3–5.
- Skeie, J. (1946). *Den norske strafferett: Den alminnelige del* (2. utg. bind 1). Oslo: Norli.
- Skoghøy, J. E. A. (2011). Forbud mot tilbakevirkende lovgivning. *Lov og Rett*, 255–282.
- Slettan, S. (2002). Hva er passe straff? *Tidsskrift for Strafferett*, 379–386.

Morten Holmboe ble cand.jur., UiO 1989. Han er seniorrådgiver ved Politihøgskolen fra 2011. Tidligere har han bl.a. vært kontorsjef ved Politihøgskolen, førstestatsadvokat ved Riksadvokatembetet, kontorsjef hos Sivilombudsmannen og lovrådgiver i Justisdepartementet, Lovavdelingen. E-post: holmboe.morten@gmail.com
