

STRAFFUTMÅLING VED LEGEMSBESKADIGELSE

Kandidatnummer: 633

Leveringsfrist: 25.04.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17802 ord

22.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av temaet for oppgaven	1
1.2	Det videre opplegget	3
<u>2</u>	<u>INNHALDET I STRL. § 229 OG STRL. § 232</u>	<u>4</u>
2.1	Rettslig plassering	4
2.2	Legemsbeskadigelse strl. § 229	4
2.2.1	§ 229 første straffalternativ	4
2.2.2	§ 229 andre straffalternativ	6
2.2.3	§ 229 tredje straffalternativ	7
2.2.4	Grensen nedover mot legemsfornærmelse strl. § 228	8
2.2.5	Grensen oppover mot grov legemsbeskadigelse strl. § 231	8
2.3	Straffeskjerpelsesregelen i strl. § 232	9
2.4	Foreslåtte endringer vedrørende legemskrenkelser i den nye straffeloven	12
<u>3</u>	<u>GENERELT OM STRAFFUTMÅLING</u>	<u>13</u>
3.1	Straffens formål	13
3.2	Lovens rammer for straffutmålingen	14
3.3	De sentrale momentene ved utmåling av straff	16
3.4	Straffutmåling i den nye straffeloven	17
<u>4</u>	<u>SPEIELT OM STRAFFUTMÅLINGEN VED LEGEMSBESKADIGELSER</u>	<u>19</u>

4.1	Lovens strafferammer for legemsbeskadigelser	19
4.2	Normalstraff i rettspraksis for legemsbeskadigelser	19
4.2.1	Innledning	19
4.2.2	§ 229 første straffalternativ	20
4.2.3	§ 229 andre straffalternativ	20
4.2.4	§ 229 tredje straffalternativ	21
4.2.5	§ 232 straffeskjerpingsregel	21
4.3	Analyse av straffutmålingsmomenter	22
4.4	Skjerpene omstendigheter	23
4.4.1	Skadens omfang	23
4.4.2	Handlingens farlighet	26
4.4.3	Legemsbeskadigelse begått av flere i fellesskap	29
4.4.4	Uprovoserte handlinger	31
4.4.5	Graden av skyld	32
4.4.6	Motiv	34
4.4.7	Tidligere vandel	36
4.4.8	Offerets forhold	37
4.4.9	Konklusjon skjerpene omstendigheter	39
4.5	Formildende omstendigheter	40
4.5.1	Medvirkning	40
4.5.2	Provokasjon	40
4.5.3	Alder	45
4.5.4	Tidligere vandel	47
4.5.5	Miljøforhold	48
4.5.6	Rehabiliteringshensyn	50
4.5.7	Beruseelse	52
4.5.8	Den skyldiges forhold etter forøvelsen	52
4.5.9	Tidsmomentet	53
4.5.10	Straffavsoning	56
4.5.11	Uforbeholden tilståelse	57
4.5.12	Konklusjon formildende omstendigheter	59
4.6	Grensen mot samfunnsstraff	60

4.7	Grensen mot betinget dom	63
4.8	Grensen mot bot	65
4.9	Grensen mot forvaring	65
<u>5</u>	<u>ER DET HENSIKTMESSIG AT DOMMERNE UTMÅLER STRAFFEN?</u>	<u>67</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURREGISTER</u>	<u>69</u>
<u>7</u>	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>70</u>
<u>8</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>72</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet for oppgaven

Temaet for denne oppgaven er straffutmåling ved legemskrenkelser. I en hver straffesak må domstolen ta stilling til skyldspørsmålet og straffespørsmålet. Skyldspørsmålet dreier seg om vilkårene for straff er oppfylt, det vil si om en straffebestemmelse er overtrådt, om det foreligger straffrihetsgrunner, om gjerningspersonen har utvist skyld og om han var tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Straffespørsmålet gjelder spørsmål som har med reaksjonsfastsettelsen å gjøre, både valget av straffereaksjon (bot, fengsel mv.) og den skjønnsmessige fastsettelsen av reaksjonens omfang (f.eks. fengselsstraffens lengde eller botens størrelse) – straffutmålingen. De ulike straffereaksjonene er opplistet i straffeloven¹ § 15. Den skjønnsmessige fastsettelsen av reaksjonens omfang bestemmes av domstolene i hvert enkelt tilfelle innenfor strafferammen i den enkelte straffebestemmelse. Spørsmålene om straffutmåling hører således til straffespørsmålet. Skyldspørsmålet blir ikke behandlet her, med unntak av en kort omtale av de objektive vilkårene for straff ved legemskrenkelser.

Lovens strafferammer er således utgangspunktet når domstolen skal fastsette straff. Disse er yttergrensene for straffutmålingen, og domstolen må utmåle det de mener er en passende straff innenfor strafferammen. Det finnes også bestemmelser som utvider den ordinære strafferammen for et straffebud, for eksempel reglene i strl. kapitel 5 og strl. § 232.

¹ Almindelig borgerlig Straffelov 22.mai 1902 nr.10 (straffeloven), heretter forkortet strl.

Strafferammene er svært vide, for å komme frem til den konkrete straffutmålingen må man derfor søke veiledning i rettspraksis. Høyesterettspraksis om straffutmålingen i sammenlignbare saker blir dermed den avgjørende rettskilde. Gjennom rettspraksis har det utkrySTALLISERT seg momenter som dommeren skal legge vekt på ved utmåling av straff, herunder omstendigheter som trekker i skjerpene og formildende retning. I den nye straffeloven² §§ 77 og 78 lovfestes dette.

Noe veiledning om straffutmålingen kan også finnes i forarbeidene til nyere eller endrede straffebud. Til slutt må dommeren ofte foreta en avveining av de reelle hensyn som forekommer i saken, for å komme frem til en passende straff. De relevante straffutmålingsmomentene ved straffefastsettelsen deles inn i objektive momenter, subjektive momenter og straffutmålingsmomenter utenfor selve handlingen.

Jeg vil konsentrere meg om straffutmåling ved legemsbeskadigelser etter strl. § 229, jfr. § 232. Legemsfornærmelse i § 228 og grov legemsbeskadigelse i § 231 omtales bare kort ved at jeg forsøker å angi den nedre og øvre grense for § 229. Jeg går heller ikke nærmere inn på bestemmelsene i strl. § 127 om vold mot offentlig tjenestemann, § 219 familievold, § 237 uaktsom legemsbeskadigelse og § 238 uaktsom grov legemsbeskadigelse. Jeg har valgt å konsentrere meg om § 229 fordi det finnes mye rettspraksis etter denne bestemmelsen, samt at det utmåles litt lengre straffer for legemsbeskadigelse, slik at det blir enklere å analysere hvilken betydning de ulike straffutmålingsmomentene har hatt ved reaksjonsfastsettelsen. Oppgaven avgrenses mot generelle bestemmelser i straffeloven kapittel 5 som innebærer at den normale strafferammen for et lovbrudd kan fravikes.

² Lov om straff 20.mai 2005 nr.28 (straffeloven)

1.2 Det videre opplegget

Jeg vil punkt 2.2 redegjøre kort for innholdet i strl. § 229 om legemsbeskadigelser, og i punkt 2.3 for strl. § 232, som skjerper straffen dersom handlingen er foretatt med særlig farlig redskap eller under andre særdeles skjerpende omstendigheter. Deretter vil jeg i punkt 3 si noe generelt om straffutmåling.

Oppgavens hoveddel er punkt 4. Der forsøker jeg å analysere hvordan domstolen utmåler straff for legemsbeskadigelse. I analysen vil jeg ta utgangspunkt i lovens strafferammer, og forsøke å finne den normalstraff Høyesterett har lagt til grunn for forbrytelsen. Ut fra dette vil jeg se på de sentrale straffutmålingsmomentene som kan føre til at straffen avviker fra normalnivå, enten i skjerpende eller formildende retning. Jeg analyserer straffutmålingen med utgangspunkt i Høyesterettspraksis, men har likevel funnet det nødvendig å gå igjennom lagmannsrettens praksis på området, siden det finnes mange flere dommer på dette nivået. Analysen omfatter kun rettspraksis fra 2000-tallet, på grunn av straffnivåets utvikling i voldssaker.

Straffeloven av 1902 er under revisjon, og en ny straffelov er ventet å tre i kraft i løpet av de nærmeste årene. I avhandlingen vil jeg derfor også belyse rettstilstanden og eventuelle endringer i forhold til den nye straffeloven av 2005.

2 Innholdet i strl. § 229 og strl. § 232

2.1 Rettslig plassering

Legemskrenkelse er en fellesbetegnelse på flere former for vold. De forsettlige legemskrenkelsene er delt inn i tre hovedkategorier, som igjen er inndelt i underkategorier. For legemsfornærmelse straffes den som øver vold mot en annen person eller på annen måte fornærmer han på legeme, strl. § 228. Den som skader en annen på legeme eller helbred eller hensetter noen i avmakt, bevisstløshet eller lignende tilstand, straffes for legemsbeskadigelse, strl. § 229. Mens den som bevirker til at en annen tilføres betydelig skade på legeme eller helbred, er skyldig i grov legemsbeskadigelse, strl. § 231. Dersom noen av disse forbrytelsene er utført på en særlig smertevoldende måte eller ved hjelp av gift eller andre stoffer som i høy grad er farlige for sunnheten, eller ved kniv eller annet særlig farlig redskap, eller under andre særdeles skjerpene omstendigheter, kan straffen forhøyes med inntil 3 års fengsel, strl. § 232.

2.2 Legemsbeskadigelse strl. § 229

2.2.1 § 229 første straffalternativ

Første straffalternativ retter seg mot ”den som skader en annen på legeme eller helbred eller hensetter noen i avmakt, bevisstløshet eller lignende tilstand, eller som medvirker hertil”. For dette kan vedkommende straffes for legemsbeskadigelse med fengsel inntil 3 år.

Det sentrale straffalternativet i § 229 er alternativet å ”skade” et annet menneske på legemet. For at noe skal anses som skade på legemet, må det ha skjedd en fysisk

forstyrrelse på / i kroppen, enten i en av kroppens enkelte deler, som hud, blod eller skjellett, eller i en av kroppens funksjoner. Men i praksis tolkes skadebegrepet innskrenkende slik at ikke enhver forstyrrelse av legemets anatomiske eller fysiologiske tilstand regnes som skade på legeme, svært små skader blir ofte subsumert under § 228 som legemsfornærmelse.³

Skadebegrepet krever en vurdering av skadens art / grad, varighet, omfang og lokalisering på kroppen⁴. Dersom skaden er av varig art, kreves det ikke så mye av skadens omfang. Eksempelvis Rt. 1991 side 431, der fornærmede fikk slått ut en tann. Selv om skaden ikke var spesielt omfattende, ble domfelte dømt for legemsbeskadigelse etter § 229 fordi skaden var varig. Er skaden lokalisert på et veldig synlig sted på kroppen, kreves det heller ikke så mye av skadens omfang. Et eksempel på dette er Rt. 1991 side 7, der fornærmede fikk et skjemmende arr i ansiktet, og forholdet ble bedømt som legemsbeskadigelse. Også et større antall småskader som hver for seg ikke er nok, kan til sammen bli ansett som en legemsbeskadigelse⁵.

Skade på helbred omfatter enhver varig forringelse av sunnhetstilstanden. Noen dagers sengeleie eller arbeidsudyktighet er også tilstrekkelig, mens en forbigående kvalme eller svimmelhet faller utenfor. Skader av rent psykisk art kommer inn under dette alternativet.⁶

§ 229 omfatter også tilfeller der offeret blir hensatt i avmakt, bevisstløshet eller lignende tilstand. Typiske eksempler på disse alternativene er at gjerningspersonen slår en annen i svime, tar kvelertak slik at offeret besvimer, kloroformerer eller hypnotiserer offeret, narrer

³ Andenæs: Spesiell strafferett (2008) s.84

⁴ Andenæs: Spesiell strafferett (2008) s.85

⁵ Rt. 2006 side 970

⁶ Andenæs: Spesiell strafferett (2008) s.85

noen til å ta rusmidler eller sovepiller⁷. Det kreves ikke at fornærmede påføres skade, og heller ikke at fornærmedes bevissthet påvirkes⁸.

I tillegg straffer § 229 medvirkning. Ved samvirke bedømmes skyld og straff særskilt for hver enkelt deltaker⁹.

Skyldkravet etter § 229 første straffalternativ er forsett, jfr. strl. § 40. Dette innebærer at også skadefølgen må omfattes av gjerningspersonens forsett. Gjerningsmannen må ha tilsiktet skaden, eller regnet skaden som en sikker eller overveiende sannsynlig følge av handlingen. I motsatt fall kan han bare dømmes for legemsfornærmelse med skade til følge, jfr. § 228 annet ledd.

§ 229 andre og tredje straffalternativ inneholder straffeskjerpelse for uforsettlig forutselige følgeskader. Dette innebærer at det er tilstrekkelig at skyldkravet i strl. § 43 er oppfylt for disse følgenes vedkommende.

2.2.2 § 229 andre straffalternativ

§ 229 andre straffalternativ setter straffen til fengsel i inntil 6 år såfremt noen sykdom eller arbeidsudyktighet som varer over 2 uker, eller en uheldelig lyte, feil eller skade er voldt.

Sykdomsbegrepet i andre straffalternativ omfatter ikke bare hva som tradisjonelt regnes som sykdom, men også for eksempel knivstikk eller benbrudd¹⁰. Det er ikke noe ufravikelig krav om at legebehandling er nødvendig eller at fornærmede blir sykmeldt.

⁷ Rt. 1952 side 1019

⁸ Rt. 2004 side 381

⁹ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.338

¹⁰ Rt. 1971 side 1194

Videre kan arbeidsudyktighet foreligge selv om fornærmede ikke er totalt arbeidsufør, det er tilstrekkelig at arbeidsevnen er vesentlig redusert.¹¹

Uhelbredelig lyte tar særlig sikte på skjemmende skader, som for eksempel arr i ansiktet. Mens uhelbredelig feil omfatter skade på legeme som medfører at brukbarheten av et organ forstyrres eller reduseres, eksempelvis svekket syn eller hørsel. Uhelbredelig skade innebærer at det må foreligge en skade som etter første straffalternativ, og at denne må være varig.¹²

2.2.3 § 229 tredje straffalternativ

§ 229 tredje straffalternativ setter straffen til fengsel i inntil 8 år såfremt døden eller betydelig skade på legeme eller helbred er blitt følgen. Begrepet betydelig skade er uttømmende definert i strl. § 9:

”Med betydelig skade på legeme eller helbred forstås i denne lov skade hvorved noen mister eller får vesentlig svekkelse på syn, hørsel, taleevne eller evne til å forplante sin slekt, blir vanfør, udyktig til å fortsette sitt erverv eller i høy grad vansiret, faller i livsfarlig eller langvarig sykdom eller blir påført alvorlig psykisk skade. Som betydelig skade anses det også når forbrytelsen øves mot en svanger kvinne, og fosteret som følge herav får skade eller går til grunne”.

Ved avgjørelsen av om det foreligger betydelig skade på legeme eller helbred må det foretas en konkret helhetsvurdering.¹³

¹¹ Matningsdal og Bratholm: Straffeloven Kommentartutgave annen del (1997) s.573

¹² Matningsdal og Bratholm: Straffeloven Kommentartutgave annen del (1997) s.574

¹³ Andenæs: Spesiell strafferett (2008) s.89

2.2.4 Grensen nedover mot legemsfornærmelse strl. § 228

Strl. § 228 om legemsfornærmelser rammer den som øver vold mot en annen person eller på annen måte fornærmer han på legeme. Praktiske eksempler som faller innenfor bestemmelsen er å slå, sparke, skalle, klype eller lugge en annen. Skyldkravet er forsett med hensyn til voldsutøvelsen, ikke en eventuell skade.

Grensen mellom legemsfornærmelse i § 228 og legemsbeskadigelse i § 229 fastsettes skjønnsmessig. Ved grensedragningen legges det særlig vekt på skadens art / grad, omfang, varighet og lokalisering på kroppen¹⁴. Småskadene, som for eksempel blåmerker, hevelser og risp, subsumeres under § 228¹⁵.

Strl. § 228 andre ledd inneholder straffeskjerpelse for uforsettlig forutselige følgeskader. Ved legemsfornærmelser kan retten gi straffefritak ved provokasjon og retorsjon, jfr. § 228 tredje ledd.

2.2.5 Grensen oppover mot grov legemsbeskadigelse strl. § 231

Dersom gjerningsmannen bevirker til at en annen tilføres betydelig skade på legeme eller helbred, kan han straffes for grov legemsbeskadigelse med fengsel i minst 2 år, jfr. § 231. Har gjerningsmannen handlet med overlegg og forbrytelsen har hatt døden til følge, kan fengsel i inntil 21 år anvendes.

¹⁴ Andenæs: Spesiell strafferett (2008) s.85

¹⁵ Rt. 2006 side 970

For at § 231 skal komme til anvendelse må det være voldt betydelig skade på legeme. Begrepet ”betydelig skade” er uttømmende definert i strl. § 9, jfr. punkt 2.2.3. Gjerningsmannens forsett må omfatte en skade av den art som er beskrevet i § 9.

§ 231 brukes som regel bare et par ganger i året. I stedet blir tiltalte ofte dømt for legemsbeskadigelse med straffeskjerpelse for uforsettlig skadefølger eller drapsforsøk.

2.3 Straffeskjerpelsesregelen i strl. § 232

Skillet mellom legemsfornærmelse, legemsbeskadigelse og grov legemsbeskadigelse trekkes etter hvilke følger volden har fått. Måten volden er utført på, har ingen betydning ved denne sondringen. Men fremgangsmåten og andre omstendigheter rundt voldsutøvelsen kan få betydning ved at straffeskjerpingsregelen i strl. § 232 kommer til anvendelse. Etter § 232 kan straffen forhøyes med inntil 3 års fengsel i forhold til de ordinære strafferammene i §§ 228, 229 og 231. Selv i de tilfeller hvor § 232 ikke kommer direkte til anvendelse, vil momentene som er omtalt i § 232 ha betydning for den vanlige straffutmålingen innenfor § 229.

Først fastsetter strl. § 232 at dersom noen som nevnt i §§ 228-231 nevnte forbrytelse forsettlig er utført på en særlig smertevoldende måte, eller ved hjelp av gift eller andre sunnhetsskadelige stoffer, eller ved kniv eller annet særlig farlig redskap, kan straffen forhøyes med inntil 3 år. Det hører til skyldspørsmålet å fastslå om en av disse omstendighetene foreligger. Dersom de skjerpene forholdene blir ansett å foreligge, vil avgjørelsen av hvilken virkning dette skal ha, falle inn under straffespørsmålet.

Straffeskjerpelse fordi at forbrytelsen er utført på særlig smertevoldende måte, innebærer at smerten må være sterkere enn det som ordinært følger av den aktuelle forbrytelsen¹⁶. Økt

¹⁶ Andenæs: Spesiell strafferett (2008) s.95

straff på grunn av forbrytelse utført ved bruk av sunnhetsskadelige stoffer, krever at den konkrete bruken av stoffet er farlig¹⁷. Skjerpning av straffen som følge av at forbrytelsen er utført med kniv eller annet farlig redskap, er imidlertid det alternativet som kommer oftest til anvendelse i rettspraksis. Eksempler på redskaper som i praksis har vært subsumert under dette alternativet er kniv¹⁸, knuste flasker¹⁹, ølglass²⁰, balltre²¹, barberblad²², gummihammer²³, skistav²⁴ og bil²⁵. Også dette alternativet krever at den aktuelle bruken av redskapet er farlig²⁶. Eksempelvis vil man i alminnelig språkbruk ikke betegne et ølglass som et farlig redskap, men dersom ølglasset blir brukt til å slå en annen person i hodet med, vil den aktuelle bruken av gjenstanden være farlig, og forholdet kan således subsumeres under § 232.

Senere²⁷ er det blitt tilføyd i strl. § 232 at også ”andre særdeles skjerpene omstendigheter” kan medføre straffeskjerpelse med inntil 3 år. Hvorvidt slike omstendigheter foreligger, hører til straffespørsmålet å avgjøre. Ordet ”særdeles” indikerer at straffverdigheten må være vesentlig større enn i normaltillfellene²⁸. I vurderingen av om andre særdeles skjerpene omstendigheter finnes i saken, skal det særlig legges vekt på ”om overtredelsen er begått mot en forsvarsløs person, om den er rasistisk motivert, om den er skjedd uprovosert, om den er begått av flere i fellesskap, og om den har karakter av mishandling”. Oppregningen er ikke uttømmende, verken i positiv eller negativ forstand, det må foretas

¹⁷ Matningsdal og Bratholm: Straffeloven Kommentartutgave annen del (1997) s.580

¹⁸ Rt. 2000 side 20

¹⁹ Rt. 2006 side 843

²⁰ HR-2009-78-A

²¹ Rt. 1991 side 199

²² Rt. 1968 side 777

²³ Rt. 1962 side 626

²⁴ Rt. 1980 side 499

²⁵ Rt. 1995 side 582

²⁶ Andenæs: Spesiell straffrett (2008) s.96

²⁷ Tilføyd ved lov 16.juni 1989 nr.68

²⁸ Eskeland: Strafferett (2006) s.407

en totalvurdering²⁹. I tillegg må det foreligge forsett med hensyn til de skjerpene omstendigheter.

Dersom legemsbeskadigelsen er foretatt mot en forsvarsløs person, kan dette føre til at straffeskjerpingsregelen i § 232 kommer til anvendelse. Med forsvarsløs person menes tilfeller hvor det er klart misforhold i styrke mellom offer og gjerningsmann. For eksempel vold mot eldre, gravide, barn eller uføre.³⁰

Videre skal det vektlegges om forbrytelsen er rasistisk motivert. Dette er en samlebetegnelse på nedlatende og fiendtlige holdninger overfor andre personer eller grupper på grunn av deres rase.³¹

Det er også et moment i vurderingen om forbrytelsen har skjedd uprovosert, det vil si tilfeller der hvor handlingen har skjedd uten noen særskilt foranledning.

Forbrytelse som forgås i fellesskap kan også medføre at skjerpene omstendigheter foreligger og § 232 kommer til anvendelse. Legemsbeskadigelse begått i fellesskap innebærer at flere er sammen om å utøve vold mot en enkelt eller et fåtall personer, såkalt gruppevold.

Dersom forbrytelsen har karakter av mishandling kan dette bli betegnet som en særdeles skjerpene omstendighet, jfr. § 232. Dette har særlig betydning dersom voldsutøvelsen består i en sammenhengende rekke voldshandlinger, eller har et særlig utspekulert eller sadistisk preg.³²

²⁹ Ot.prp.nr.79 (1988-89) s.46, Rt. 1992 side 1311 og Rt. 1993 side 1005

³⁰ Ot.prp.nr.79 (1988-89) s.47

³¹ Ot.prp.nr.79 (1988-89) s.47

³² Ot.prp.nr.79 (1988-89) s.47

2.4 Foreslåtte endringer vedrørende legemskrenkelser i den nye straffeloven

Hovedformålet med den nye straffeloven av 2005 er å gjøre loven mer tilgjengelig og informativ for publikum³³. Departementet foreslår derfor i forarbeidene³⁴ flere terminologiske og strukturelle endringer i bestemmelsene om legemskrenkelser, som skal gjøre kapitlet enklere og mer oversiktlig. Begrepene legemsfornærmelse og legemsbeskadigelse erstattes av betegnelse kroppskrenkelse og kroppsskade, og antall straffalternativer for voldslovbrudd reduseres fra 16 til 5. Etter den nye straffeloven kan man dømmes for kroppskrenkelse (§ 271), grov kroppskrenkelse (§ 272), kroppsskade (§ 273), grov kroppsskade (§ 274) og grov betydelig kroppsskade (§ 274). Den nye straffeloven inneholder ingen egen straffeskjerpingsregel slik som § 232, disse momentene skal i stedet være med på å avgjøre om kroppskrenkelsen / kroppsskaden er simpel eller grov. De nye bestemmelsene er nærmere omtalt i proposisjonen side 171-183.

I tillegg foreslår departementet å skjerpe straffene for legemskrenkelser i den nye straffeloven. Bekjempelse av vold er en prioritert oppgave for regjeringen, og departementet har i forarbeidene gitt uttrykk for at domstolene må høyne straffutmålingen. I den nye straffeloven blir strafferammene for legemskrenkelser økt, og regjeringen foreslår at straffene skjerpes med rundt en tredjedel. Det er særlig den uprovoserte gatevolden departementet ønsker å ramme med strengere straff.³⁵

³³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.35

³⁴ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) kap.6

³⁵ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.171

3 Generelt om straffutmåling

3.1 Straffens formål

Historisk sett har formålet med straff vært gjengjeldelse, bygd på det mosaiske talionsprinsippet om ”øye for øye, tann for tann”³⁶. Men i dag er straffens hovedformål å hindre uønsket atferd og styre borgernes atferd i ønsket retning. Straffen må være til nytte for samfunnet³⁷.

Straff har flere tilsiktede virkninger. Den allmennpreventive virkning er evnen til å påvirke andre til ikke å begå lovbrudd. Ideen bak denne begrunnelsen for straff går i korthet ut på at folk flest avskrekkes fra å begå lovbrudd når de er vitne til at straff fullbyrdes på andre. Den allmennpreventive virkning kan deles i straffens avskrekkende virkning, straffens kost-nyttevirkning og dens holdningsskapende virkning. Straffens individualpreventive virkning er straffens evne til å påvirke den enkelte lovovertreder til ikke å begå nye lovbrudd i fremtiden. Hovedtanken bak denne straffebe grunnelsen er at fullbyrdelsen av straff skal oppleves så ubehagelig og avskrekkende at den får vedkommende til å avstå fra ytterligere kriminalitet. Den individualpreventive virkning kan deles i straffens uskadeliggjørende virkning, dens avskrekkende virkning og forbedrende virkning. Andre tilsiktede virkninger av straff er mentalhygieniske hensyn, symbolske virkninger og å styrke samhørigheten i samfunnet.³⁸

I forarbeidene³⁹ til den nye straffeloven er det diskutert hva som bør være prinsippene for kriminalisering. Etter departementets syn skal skadefølgeprinsippet være utgangspunkt og grunnvilkår for å kriminalisere, det vil si at atferd bare bør gjøres straffbar dersom den

³⁶ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.68

³⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.77

³⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.78-81

³⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.88-93

fører til skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet. I tillegg bør straff bare brukes dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige, og straff bør kun brukes dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene. Departementet utdyper at straff ikke må brukes for å verne moralske eller religiøse normer, verne den enkelte mot ulike former for ubehag, mot skade som noen gjør på seg selv, for å tvinge frem hjelp eller legge til rette for kontroll.

3.2 Lovens rammer for straffutmålingen

Straffeloven er utgangspunktet når domstolen skal fastsette straff. For det første kan retten bare velge mellom de opplistede reaksjonstyper i strl. § 15 som formelt er straff. De alminnelige straffene er fengsel, forvaring, hefte, samfunnsstraff, bøter og rettighetstap som nevnt i §§ 29 og 33. I tillegg kan retten idømme bot og betinget fengsel, jfr. for eksempel strl. § 26 a og § 52.

For det andre er retten bundet til å holde seg innenfor strafferammen i de enkelte straffebud ved straffutmålingen. Strammerammen er intervallet mellom korteste og lengste straff som kan idømmes for en lovovertrødelse. Strafferammene utgjør yttergrensene for straffutmålingen, og har en veiledende funksjon for dommerne ved fastsettelsen av straff. Rammene for straff finnes i den enkelte straffebestemmelse, og suppleres av regelen i strl. § 17, som sier at fengsel generelt kan idømmes fra 14 dager inntil 15 år, samt bestemmelsene i strl. kapitel 5 som i visse tilfeller gir anledning til å fravike de ordinære strafferammene.

Innenfor strafferammen står domstolen fritt til å fastsette straffen. I straffeloven er det bare en bestemmelse som har en nøyaktig fastsatt straff, strl. § 100 setter 21 års fengsel som eneste straff for kongemord. I forhold til alle andre straffebud er strafferammene videre, slik at det må skje en konkret utmåling av hva domstolen mener er en passende straff.

Domstolen står fritt både med hensyn til straffens lengde og hvilke momenter det skal legges vekt på når straffen utmåles.

Kriminalloven av 1842⁴⁰ hadde en alminnelig bestemmelse om hvilke hensyn som skulle komme i betraktning ved straffutmåling. Men ved vedtakelsen av någjeldende straffelov i 1902 ble en tilsvarende bestemmelse sløyet, fordi lovgiver mente at man ved en slik oppregning enten ville si for lite eller for mye⁴¹. I den nye straffeloven av 2005 er det derimot foreslått å ta inn igjen lovbestemmelser om hvilke momenter som særlig skal anses som skjerpene og formildende omstendigheter i straffutmålingen⁴². Dette i tråd med øvrig nordisk rett.

Gjeldende norsk straffelovgivning inneholder ikke alminnelige straffutmålingsregler. Dette med unntak av strl. § 59 andre ledd som bestemmer at retten ved straffefastsettelsen skal ta i betraktning om den siktede har avgitt en uforbeholden tilståelse, samt vegtrafikkloven § 31 som har særlige straffutmålingsregler ved promillekjøring. I tillegg inneholder strl. § 27 veiledende regler for fastsettelse av bøter, og strl. §§ 61-63 er regler for hvilken straff som skal idømmes dersom det foreligger gjentakelse eller konkurrens. Lovfestede sidestrafferammer, straffenedsettelsesgrunner og straffefritaksgrunner kan også gi en viss veiledning om momenter som etter lovgivers syn har vekt ved fastsettelsen av straff. Men i vår lovgivning har man lagt avgjørende vekt på at domstolene bør ha frihet til å utmåle en passende straff i det enkelte tilfelle. Straffutmålingen skjer i dag derfor på bakgrunn av en straffutmålingstradisjon i rettspraksis.

⁴⁰ Kriminalloven av 1842 kap.6 § 1

⁴¹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.33

⁴² Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.38

3.3 De sentrale momentene ved utmåling av straff

Med vide strafferammer gir lovgiver domstolene en stor grad av frihet ved reaksjonsfastsettelsen. Men det følger av fast høyesterettspraksis at saker som har vesentlige likhetstrekk med saker som tidligere er avgjort av Høyesterett, skal avgjøres med omtrent samme reaksjon⁴³. Høyesterett har derfor en viktig rolle når det gjelder å fastsette straffenivået for ulike typer handlinger til en hver tid, og for avgjørelsen av hvilken vekt det skal legges på individuelle omstendigheter av formildende eller skjerpene art.

Høyesteretts sentrale rettskilder ved straffutmåling er straffeloven, tidligere høyesterettspraksis, forarbeider og reelle hensyn⁴⁴. Høyesteretts overordnede hensyn ved straffutmålingen er at bare straffverdige handlinger skal straffes, straffene skal ikke være umenneskelige, det skal være et rimelig forhold mellom handlingens straffverdighet og straffen, like tilfeller skal behandles likt, det skal legges vekt på rettssikkerhetshensyn, og straffen skal være formålstjenlig⁴⁵.

Gjennom rettspraksis har det utkrystallisert seg en rekke momenter som dommeren kan ta i betraktning når han eller hun fastsetter straffen innenfor strafferammen. Men hvert tilfelle må vurderes konkret, og det er ikke mulig å foreta noen positiv oppregning av alle relevante straffutmålingshensyn. Det er vanlig å dele straffutmålingsomstendighetene inn i objektive momenter, subjektive momenter og momenter utenfor selve handlingen.

Objektive straffutmålingsmomenter er knyttet til den konkrete handlingen, det vil si hvor alvorlig forbrytelsen isolert sett er. Eksempler på slike momenter er skadens størrelse, handlingens farlighet, samvirke og andre momenter knyttet til selve handlingssituasjonen.

⁴³ Eskeland: Strafferett (2006) s.373

⁴⁴ Se punkt 1.1 i avhandlingen

⁴⁵ Eskeland: Strafferett (2006) s.54-58

Subjektive straffutmålingsmomenter omhandler forhold vedrørende gjerningspersonen, det vil si hvilken grad av bebreidelse det er naturlig å rette mot ham eller henne. Slike momenter kan være gjerningspersonens grad av forsett eller uaktsomhet, gjerningspersonens motiv, alder, tidligere vandel, intelligens og personlighetsutstyr, miljøforhold eller beruselse i gjerningsøyeblikket.

Øvrige straffutmålingsmomenter utenfor selve handlingen kan eksempelvis være den skyldiges forhold etter forøvelsen, uforbeholden tilståelse, lang saksbehandlingstid eller vanskelige soningsforhold.

De objektive, subjektive og øvrige straffutmålingsmomentene kan trekke i skjerpene eller formildende retning ved straffutmålingen. Når man sier at et forhold trekker i formildende eller skjerpene retning, tar man tankemessig utgangspunkt i en tenkt gjennomsnittsperson / normalperson. Spørsmålet er om tiltalte avviker så mye fra denne tenkte gjennomsnittsperson at det er grunn til å la straffen bli strengere eller mildere enn den ellers ville blitt. En tommelfingerregel er at avviket, alle relevante momenter sett under ett, må være vesentlig for at det skal føre til avvik fra den straffutmåling som ville blitt en tenkt gjennomsnittsperson til del.

3.4 Straffutmåling i den nye straffeloven

Den nye straffeloven viderefører de samme reaksjonstypene som i någjeldende straffelov. Men antall strafferammer reduseres fra 16 til 9, rammene blir gjort snevrere, og strafferammene skal i den nye loven fremgå klart av de enkelte straffebud.⁴⁶

I tillegg lovfester den nye straffeloven skjerpene og formildende straffutmålingsmomenter. Straffutmålingsregler er bestemmelser som regulerer hvordan

⁴⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.131-132

straffutmålingen skal skje innenfor strafferammene i det aktuelle straffebud. Bakgrunnen for at disse momentene nå lovfestes er krav fra internasjonale overvåkningsorganer, blant annet ble Norge i en rapport fra 2004 kritisert av Europarådets komité mot rasisme og intoleranse (ECRI) for ikke å ha en generell regel i lovgivningen som gjør rasistisk motivasjon til en generell straffeskjerpene omstendighet ved alle lovbrudd. I tillegg ønsker man ved lovfesting å oppnå nordisk rettsenhet, siden både Sverige, Danmark og Finland allerede har slike straffutmålingsregler i sin lovgivning. Lovfestingen av straffutmålingsmomenter skyldes også at departementet ønsker å unngå signalpreget heving av strafferammene.⁴⁷

Hovedformålet med lovfesting av skjerpene og formildende straffutmålingsmomenter er å gjøre straffeloven mer informativ og tilgjengelig, samt styrke en ensartet straffutmåling i likeartede saker. Reglene i de nye §§ 77 og 78 er ment å være en kodifisering av gjeldende rett. Momentene som fremgår i disse bestemmelsene er derfor uttrykk for de sentrale straffutmålingsmomentene som domstolen legger vekt på i dag. Oppregningen av momenter er ikke uttømmende, og har ikke forrang foran andre relevante straffutmålingsomstendigheter, men bestemmelsene har karakter av å være ”tvingende hovedregler”.⁴⁸

Endringene i den nye straffeloven, med snevrere strafferammer og lovfestede straffutmålingsmomenter, er et klart signal fra lovgiver om at Stortinget ønsker større kontroll med straffutmålingen, og en begrensning av domstolenes frihet.

⁴⁷ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.34

⁴⁸ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.43

4 Spesielt om straffutmålingen ved legemsbeskadigelser

4.1 Lovens strafferammer for legemsbeskadigelser

Den ordinære strafferammen i strl. § 229 første straffalternativ er fengsel i inntil 3 år. I følge § 17 er minimumsstraffen 14 dagers fengsel. Bot kan brukes som et tillegg til fengselsstraff, jfr. § 26 a.

Faller legemsbeskadigelsen inn under strl. § 229 andre straffalternativ skjerpes straffemaksimum til 6 års fengsel.

Legemsbeskadigelse som subsumeres under strl. § 229 tredje straffalternativ har en strafferamme på maksimalt 8 års fengsel.

Kommer strl. § 232 til anvendelse kan straffen forhøyes med inntil 3 års fengsel i forhold til den ordinære strafferamme i § 229.

4.2 Normalstraff i rettspraksis for legemsbeskadigelser

4.2.1 Innledning

Høyesterett har i en rekke avgjørelser⁴⁹ uttalt at allmennpreventive hensyn er dominerende ved straffutmåling for legemskrenkelses, og at straffen som den klare hovedregel skal være ubetinget fengsel. Førstvoterende i HR-2009-78-A uttrykker det slik: ”jeg legger her avgjørende vekt på de allmennpreventive hensyn som er begrunnelsen for at forsettlige

⁴⁹ Rt. 2004 side 1066, Rt. 2006 side 382, Rt. 2006 side 1298, Rt. 2007 side 1052, HR-2009-78-A

legemsbeskadigelser som hovedregel straffes med ubetinget fengsel". Bare dersom særegne omstendigheter foreligger, kan en annen reaksjonstype være aktuell. Lengden på fengselsstraffen varierer etter hvilket straffalternativ legemsbeskadigelsen blir subsumert under, samt hvilke individuelle omstendigheter som foreligger i den enkelte sak.

4.2.2 § 229 første straffalternativ

Rt. 2004 side 1016 inneholder en generell uttalelse fra Høyesterett om hva som er å anse som normalt straffenivå for legemsbeskadigelser etter § 229 første straffalternativ.

Dommen omhandlet legemsbeskadigelse som følge av uprovoserte knyttneveslag mot fornærmedes ansikt, et typisk tilfelle innenfor første straffalternativ. Høyesterett uttalte: "til vanlig vil straffen i slike tilfeller måtte ligge i området 90 til 120 dagers fengsel". Også i Rt. 2007 side 37, som ble ansett å være i øvre sjiktet for pådømmelse etter første straffalternativ, mente Høyesterett at det generelt bør idømmes fengsel i 120 dager i saker hvor det dreier seg om flere slag med knyttet hånd mot en persons hode.

I forarbeidene⁵⁰ til den nye straffeloven påpeker departementet at Høyesterett de senere årene har hevet straffenivået i § 229. Men generelt synes normalstraffen etter første straffalternativ å være en kortere ubetinget fengselsstraff opp mot 120 dager.

4.2.3 § 229 andre straffalternativ

Rt. 2007 side 1052 omhandler et typisk tilfelle av legemsbeskadigelse etter § 229 andre straffalternativ. For et knyttneveslag som førte til brudd i nesen og ansiktsskjellet samt hjernerystelse, mente Høyesterett at normalstraffen er ubetinget fengsel i 90-120 dager.

⁵⁰ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.180

Dette viser at det i praksis ikke er så stor forskjell mellom den straff som utmåles etter første og andre straffalternativ, som den doble strafferammen skulle tilsi.

4.2.4 § 229 tredje straffalternativ

Det er vanskelig å danne seg et entydig bilde av straffenivået etter tredje straffalternativ, siden bestemmelsen favner svært mange grader av voldsutøvelse og skadefølger.

Departementet viser i forarbeidene⁵¹ til LB-2007-152868, der det ble idømt 3 ½ års fengsel for uprovosert vold med betydelige skader. I Rt. 2007 side 1465 ble straffen i utgangspunktet satt til henholdsvis 5 ½ år og 6 års fengsel for to tilfeller av uprovosert, ekstrem brutal og uforståelig vold. Gjerningsmennene skal ha sparket og trampet på hodet og overkroppen til de fornærmede mens ofrene lå nede på bakken, før de i godt humør og fornøyde med seg selv forlot ofrene liggende hjelpsløs og bevisstløs på gaten.

Normalstraffen etter tredje straffalternativ synes i følge dette å være en lengre ubetinget fengselsstraff.

4.2.5 § 232 straffeskjerpingsregel

Strl. § 232 anvendes normalt i sammenheng med § 229 første straffalternativ. Rettspraksis viser at dersom straffeskjerpingsregelen i § 232 kommer til anvendelse, er normalreaksjonen vesentlig strengere. Legemsbeskadigelse utført med kniv eller annet farlig redskap har ofte et normalt straffenivå opp mot 2 års fengsel. I Rt. 2007 side 1659 ble domfelte dømt til fengsel i 2 år og 9 måneder, hvorav 6 måneder betinget, for uprovosert i alkoholpåvirket tilstand å ha stukket en bekjent med en stor jaktkniv slik at vedkommende ble livstruende skadet. I Rt. 2000 side 20 fikk domfelte en straff på 1 år og 9 måneder i

⁵¹ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.181

fengsel, etter å ha flenget opp fornærmedes ansikt med en tapetsererkniv. I dommen uttaler førstvoterende: ”allmennpreventive hensyn tilsier at legemsbeskadigelse ved bruk av kniv straffes strengt, regelmessig med ubetinget fengsel av ikke ubetydelig varighet”.

4.3 Analyse av straffutmålingsmomenter

Analysen i det følgende baserer seg på nyere høyesterettsavgjørelser vedrørende straffutmåling av legemsbeskadigelser etter strl. § 229. Jeg analyser straffutmålingen innenfor de oppgitte strafferammene i § 229, og gjennomgår de sentrale skjerpene og formildende omstendighetene som gjør seg gjeldende ved legemsbeskadigelser. I analysen er det også naturlig å se hen til de lovfestede straffutmålingsmomentene som er foreslått i den nye straffeloven, samt forarbeidene til de nye bestemmelsene, siden disse reglene er ment å kodifisere gjeldende rett.

Spørsmålet er hvilke momenter Høyesterett anser som relevante i straffutmålingen, og hvilken vekt disse momentene skal få ved reaksjonsfastsettelsen. Med det menes både valget av reaksjon og reaksjonens lengde.

Rettskildemessig kan det være vanskelig å utlede allmenngyldige resonnement fra Høyesterettspraksis om straffutmåling, siden Høyesterett sjelden kommer med generelle uttalelser om reaksjonsfastsettelse, men i stedet knytter drøftelsene til forholdene i hver konkrete sak⁵². Rettspraksis gir likevel holdepunkter for hvilke straffutmålingsmomenter Høyesterett generelt anser som relevante.

⁵² Slettan og Øie: Forbrytelse og straff (2001) s.179

4.4 Skjerpene omstendigheter

4.4.1 Skadens omfang

a) Innledning

Skadens størrelse er avgjørende for om gjerningsmannen blir dømt etter § 228, § 229 eller § 231. Også innenfor det enkelte straffebud vil skadens omfang ha betydning for straffutmålingen. En gradering av straffen i forhold til skadens omfang tilsies både av allmennpreventive hensyn og hensynet til et rimelig forhold mellom forbrytelse og straff. Stor skade vil naturlig anses som mer alvorlig og viktigere å forebygge enn små skader, det gis derfor strengere straff.

Etter § 232 er det straffeskjerpene dersom forbrytelsen har karakter av mishandling, det vil si innefortolket at offeret påføres store og smertefulle skader. Skadens omfang er ikke lovfestet som en straffeskjerpene omstendighet i den nye straffeloven, men departementet sier i forarbeidene⁵³ at skadens omfang regelmessig vil være et skjerpene moment i straffutmålingen. Når det likevel ikke inngår i lovforslaget skyldes dette at momentet ikke er tilstrekkelig generelt, og at momentet er så vidt selvsagt at informasjonshensyn ikke foranlediger noen lovfesting.

b) Skadens størrelse

Det finnes mange eksempler i rettspraksis på tilfeller der legemsbeskadigelsen har ført til omfattende skader hos offeret, og dette er blitt ansett straffeskjerpene ved straffutmålingen. Eksempelvis Rt. 2007 side 1659 der gjerningsmannen stakk fornærmede i brystkassen med en stor jaktkniv, slik at fornærmede ble livstruende skadet. På grunn av de

⁵³ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.45

store skadene som oppsto, samt at det forelå gjentakelse, ble gjerningsmannen dømt til fengsel i 2 år og 9 måneder. Også i Rt. 2007 side 1465 ble ofrene påført betydelig skade på legeme og helbred. Høyesterett betegnet de straffbare handlingene som to tilfeller av uprovosert, ekstrem brutal og uforståelig vold, § 229 tredje straffalternativ jfr. § 232. Om skadeomfanget sier Høyesterett: ”begge ofrene ble meget hardt skadet, de er påført skader som har gitt dem vesentlig og varig reduksjon i livskvaliteten”. Høyesterett anså at straffen i utgangspunktet burde ligge på 6 års fengsel for den ene gjerningsmannen som utførte den groveste volden, mens utgangspunktet for den andre gjerningsmannen burde være 5 ½ års fengsel. Selv om det forelå flere skjerpene omstendigheter i saken, er det grunn til å tro at størrelsen på ofrenes skader er hovedårsaken til at Høyesterett la seg på et straffenivå over normalstraff etter § 229 tredje straffalternativ, og i det øvre sjiktet av strafferammen.

Skulle offeret bli påført så store skader at vedkommende dør, vil denne omstendigheten bli ansett som svært straffeskjerpene. I Rt. 2002 side 41 medførte dette at en mann ble dømt til hele 7 års fengsel for legemsbeskadigelse med døden til følge overfor sitt eget spedbarn, § 229 første og tredje straffalternativ jfr. § 232 og § 219.

Selv om fornærmedes skader ikke blir omfattende, men legemsbeskadigelsen har stort skadepotensial, vil dette virke skjerpene på straffutmålingen. Denne omstendigheten behandler jeg under punkt 4.4.2.

c) Skadens varighet

Dersom skaden fornærmede påføres ved legemsbeskadigelsen er varig, vil skaden bli ansett å være omfattende, og således få skjerpene innvirkning på straffutmålingen. Dommen i Rt. 2007 side 37 er et eksempel på at skadens varighet ble tillagt straffeskjerpene vekt. I denne saken hadde fornærmede blitt utsatt for en alvorlig voldshandling etter § 229 første straffalternativ, og Høyesterett påpekte i domsbegrunnelsen at handlingen har vist seg å få alvorlige følger for fornærmede. Offeret har blitt påført hukommelsestap,

konsentrasjonsvansker og svimmelhet som følge av legemsbeskadigelsen, noe som har redusert hans livskvalitet vesentlig. Fornærmedes omfattende og varige skader ble ansett straffeskjerpene i straffutmålingen, og straffen ble fastsatt til fengsel i 120 dager. Dette er øverste ramme av normalstraffen innenfor § 229 første straffalternativ.

d) Særlig smertefulle skader

Påføres fornærmede svært smertefulle skader ved legemsbeskadigelsen, vil dette virke skjerpene ved straffutmålingen, selv om skaden ikke er varig eller får store fysiske utslag. Dette støttes av § 232 som skjerper straffen dersom legemsbeskadigelsen har karakter av mishandling. Den nye straffeloven § 77 (d) lovfester at det skal anses straffeskjerpene dersom lovbruddet er begått på en særlig hensynsløs måte, det vil si tilfeller der voldsutøvelsen for eksempel er særdeles smertefull, pågår over lang tid eller har et sadistisk preg. Ekstreme tilfeller er "tortur-sakene" Rt. 2007 side 616 og Rt. 2004 side 1355. I disse sakene ble de domfelte dømt for frihetsberøvelse, alvorlige trusler og grov vold begått av flere i fellesskap. I Rt. 2004 side 1355 sier førstvoterende: "forbrytelsen har svært alvorlig karakter, offeret ble utsatt for meget sadistisk tortur som ga store og smertefulle skader". De domfelte ble idømt fengselsstraffer på 3 ½ år og 4 år. Høyesterett begrunner de strenge dommene med at brutaliteten i visse kriminelle miljøer synes å være økende, og at det av allmennpreventive grunner derfor må reageres strengt mot den type forbrytelser.

Det kan etter dette konkluderes med at høyesterettspraksis vektlegger skadens omfang som et sentralt straffutmålingsmoment ved legemskrenkelser. Dersom skaden er stor, varig eller særdeles smertefull, er dette momenter som vil trekke i skjerpene retning ved straffutmålingen, og ofte medføre at straffen forhøyes vesentlig over normalnivå. Dette i samsvar med sterke allmennpreventive hensyn.

4.4.2 Handlingens farlighet

a) Innledning

Det finnes mange tilfeller i rettspraksis der Høyesterett i klare ordelag sier at handlingens skadepotensial skal tillegges betydelig vekt i straffutmålingen. Dersom gjerningsmannens handling har voldt stor fare, kan dette skjerpe straffen, uavhengig av hva som ble resultatet av handlingen.

Den nye straffeloven § 77 lovfester at det skal anses straffeskjerpene i straffutmålingen dersom lovbruddet er begått med midler eller metoder som er særlig farlige eller har stort skadepotensial, eller lovbruddet har satt menneskers liv eller helse i fare, eller at et vesentlig mer alvorlig resultat lett kunne blitt følgen av lovbruddet. At skadepotensialet må være ”særlig” eller ”stort” markerer at bestemmelsen omfatter omstendigheter som går ut over de midler, metoder og skadepotensial som normalt inngår i forbrytelsen⁵⁴.

Strl. § 232 skjerper strafferammen dersom forbrytelsen er utført på en særlig smertevoldende måte, eller ved hjelp av gift eller andre stoffer som i høy grad er *farlige* for sunnheten, eller ved kniv eller annet særlig *farlig* redskap. Om slike omstendigheter foreligger, hører til skyldspørsmålet å avgjøre, hvilken virkning disse omstendighetene skal ha dersom de finnes i saken, faller derimot inn under straffespørsmålet. Handlingens farlighet kan også bli betegnet som ”andre særdeles skjerpene omstendigheter” i § 232.

b) Handlingens skadepotensial

Dersom handlingens farlighet skal tillegges straffeskjerpene ved straffutmålingen, må det være en viss sannsynlighet for at den farevoldende handling vil realisere seg i

⁵⁴ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.269

skade. I HR-2009-78-A og Rt. 2007 side 1089 er Høyesteretts kriterium at slagene ”lett” kunne påført fornærmede større skade enn det som faktisk ble tilfellet. I Rt. 2007 side 1465 ble det påpekt at den ene gjerningsmannen på gjerningstidspunktet var 130 kg tung, og gjentatte kraftige tramp på fornærmedes hode ”*utvilsomt*” kunne få alvorlige følger. I Rt. 2001 side 1383 fremhevet retten at kasting av en skarp og tung tømmerøks mot en person fra en veranda i annen etasje, medførte ”*særdeles stor risiko*” for skader, og således måtte medføre en skjerpet straff. Høyesterettspraksis viser at jo større risiko for skade, jo mer straffeskjerpene virker momentet.

Det fremgår av juridisk teori⁵⁵ at størrelsen på den fare som er fremkalt, må tillegges vekt ved straffutmålingen, selv om den ikke har resultert i skade. Samme syn gjør seg gjeldende i rettspraksis. I Rt. 2007 side 1089 uttalte Høyesterett: ”gjentatte slag rettet mot ansiktet, med albue og knyttet neve, har et betydelig skadepotensial. Slagene kunne lett ha påført fornærmede større skade enn det som faktisk ble tilfellet”. Også i Rt. 2006 side 996 påpekte Høyesterett: ”volden hadde et skadepotensial som lå langt utenfor den skade fornærmede faktisk fikk”. I begge disse dommene ble handlingenes farlighet tillagt straffeskjerpene vekt ved straffutmålingen, selv om de fornærmede bare var blitt påført mindre legemsskader.

Videre viser høyesterettspraksis at dersom det er risiko for stor skade, virker momentet mer straffeskjerpene. Dette i tråd med den alminnelige rettsbevissthet. I Rt. 2001 side 1383 ble domfelte dømt for legemsbeskadigelse med særlig farlig redskap med betydelig skade på legemet til følge, strl. § 229 tredje straffalternativ jfr. § 232. Høyesterett vektla i sterkt skjerpene retning at ”kasting av en skarp og tung tømmerøks mot en person fra en veranda i annen etasje, medførte særdeles stor risiko for skader i hodet og på overkroppen. Handlingen kunne lett ha medført enda større skader, og i verste fall død”. Også i Rt. 2000 side 20, der domfelte hadde flenget opp fornærmedes ansikt med en tapetsererkniv, ble handlingens farlighet og den risiko for alvorlig skade som handlingen medførte, tillagt

⁵⁵ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.465

betydelig vekt ved straffutmålingen. Høyesterett uttalte: ”utfall med kniv mot hoderegionen vil lett kunne føre til en langt alvorligere skade enn det som ble resultatet i vår sak”.

Straffen ble satt til fengsel i 1 år og 9 måneder.

c) Handlingens farlighet sin innvirkning på straffutmålingen

Som regel er handlingens farlighet et straffutmålingsmoment som opptrer i kombinasjon med andre skjerpene straffutmålingsomstendigheter, for eksempel skadens omfang. Det er derfor vanskelig å fastslå hvilken betydning dette momentet isolert sett har for straffefastsettelsen. I den nyeste høyesterettsdommen om legemsbeskadigelser, HR-2009-78-A som gjaldt et klassisk tilfelle av § 229 første straffalternativ, uttaler retten: ”slag mot hodet med flaske eller glass kan lett volde stor skade. Slike straffbare overtredelser straffes regelmessig med ubetinget fengsel av en viss varighet”. Det ser likevel ut til at handlingens farlighet er et straffutmålingsmoment som blir tillagt mindre vekt ved straffefastsettelsen enn skadens størrelse. Dette i samsvar med den alminnelige rettsfølelse, der graden av skade blir ansett alvorligere enn graden av farlighet som ikke nødvendigvis behøver å ha realisert seg i skade.

Handlingens farlighet er en straffeskjerpene omstendighet som svært ofte forekommer ved voldsforbrytelser. Årsaken til at handlingens farlighet vektlegges som straffutmålingsmoment er hovedsakelig allmennpreventive hensyn. Domstolen ønsker å motvirke at faresituasjoner skal oppstå, siden det ofte kan bero på tilfeldigheter om skade deretter inntreffer. Et argument mot å ta hensyn til handlingens farlighet i straffutmålingen er at dette i en viss grad innebærer at man tar hensyn til tenkte, ikke-inntrådte konsekvenser. Dette kan for domfelte oppfattes urimelig.

4.4.3 Legemsbeskadigelse begått av flere i fellesskap

a) Innledning

Dersom flere personer har vært sammen om legemsbeskadigelsen, vil dette som regel virke straffeskjerpene ved straffutmålingen. Både § 232 og den nye straffeloven § 77 (f) anser det som skjerpene dersom forbrytelsen er begått av flere i fellesskap, og det siktes særlig til straffeskjerpelse ved gruppevold. Forarbeidene⁵⁶ fremhever at dersom lovbruddet er begått av flere i fellesskap, kan dette i noen tilfeller avlaste skylden for den enkelte, men for lederne spesielt vil det som regel være en skjerpene omstendighet at flere har vært sammen om lovbruddet og lederen har utnyttet de andres avhengighet for å få dem til å begå overgrepet.

I rettspraksis finnes det mange tilfeller der flere gjerningspersoner i fellesskap har begått legemsbeskadigelse, og dette er blitt ansett straffeskjerpene, eksempelvis Rt. 2007 side 1465. Det samme gjelder Rt. 2004 side 804 der det ble betegnet som straffeskjerpene at ”voldshandlingen mot fornærmede var et felles foretak som alle de tre unge lovbrysterne hadde vært enige om på forhånd”. Reelle hensyn tilsier at legemsbeskadigelse begått av flere i fellesskap bedømmes strengere enn legemsbeskadigelse utført av en gjerningsperson, siden forbrytelser med flere gjerningsmenn ofte har større skadepotensial og oppfattes mer krenkende av offeret.

Etter den alminnelige strafferettslige hovedregel skal straffbarhetsvilkår og straffutmåling bedømmes selvstendig for hver enkelt deltaker i en forbrytelse⁵⁷. Også ved legemsbeskadigelse begått av flere i fellesskap må domstolen vurdere den enkelte konkret, både med hensyn til skyld og andre individuelle forhold⁵⁸. Det avgjørende blir hvor stor rolle den enkelte person har hatt i legemsbeskadigelsen.

⁵⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.270

⁵⁷ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.338

⁵⁸ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.270

b) Hovedmann

Dersom voldsutøvelsen har hatt en utpreget hovedmann, er det naturlig at denne får strengere straff enn medvirkerne. I Rt. 2004 side 1355 ble tre av personene i saken ansett å ha hatt sentrale roller vedrørende mishandlingen av offeret, disse ble dømt til 4 års fengsel. Retten kunne imidlertid ikke se at den fjerde personen hadde vært like sentral i mishandlingen, denne fikk derfor redusert sin straff til fengsel i 2 ½ år. Også i Rt. 2003 side 732 hadde fire personer i varierende grad deltatt i voldsutøvelsen, fellesskapet ble ansett straffeskjerpende ved straffutmålingen. For hovedgjerningsmannen ble straffen satt til fengsel i 1 år og 2 måneder, mens for de øvrige gjerningsmennene som bare medvirket til legemsbeskadigelsen ved å holde unna fornærmedes kamerat, ble straffene henholdsvis 120 dager og 60 dagers fengsel. For øvrig tyder domsbegrunnelsene på at det ikke er hovedgjerningsmennene som får skjerpet straff, men at det er medvirkerne som får redusert sin straff. Jeg kommer derfor tilbake til dette momentet senere i oppgaven, under behandlingen av medvirkning som formildende straffutmålingsmoment.

c) Samvirkere

Ofte vil det være vanskelig for retten å fastslå hvilken rolle de ulike personene har hatt i legemsbeskadigelsen. I Rt. 2007 side 616 uttalte Høyesterett: ”de to gjerningsmennene er domfelt etter de samme tiltaleposter, og de er begge omtalt som hovedmenn ved utøvelsen av både frihetsberøvelsen, truslene og legemskrenkelsene. Selv om de kan ha hatt varierende roller som utøver og medhjelper, får dette ingen betydning ved vurderingen av deres handlinger”. Samvirke var også tema i Rt. 2004 side 804, der en av de tre tiltalte ble anklaget for å ha vært mer aktiv i legemsbeskadigelsen enn de andre. Høyesterett fastslo da: ”slik som omstendighetene var, må alle tre anses som samvirkere i hele angrepet mot fornærmede og i relasjon til skadefølgen. De har hatt noe ulike roller under overfallet, men

må anses å ha oppmuntret og psykisk tilskyndet hverandre under hele hendelsesforløpet”. Straffen ble derfor den samme for alle tre gjerningsmennene. Som følge av at det i mange tilfeller er nærmest umulig å nøyaktig fastslå den enkeltes rolle og betydning for legemsbeskadigelsen, viser rettspraksis at samvirkende gjerningsmenn som hovedregel får samme straff.

4.4.4 Uprovoserte handlinger

Det er mange faktorer knyttet til selve handlingssituasjonen som kan ha betydning for straffutmålingen, både i skjerpende og formildende retning. Sentrale faktorer kan være provokasjon, offerets identitet, stedet for voldsutøvelsen eller måten legemsbeskadigelsen er begått på. Den typiske volden skjer uprovosert og umotivert, i beruset tilstand på offentlig sted⁵⁹. I forarbeidene⁶⁰ til den nye straffeloven sier departementet at de vil denne gatevolden til livs, og at slike tilfeller skal straffes spesielt strengt.

Etter § 232 er det straffeskjerpende dersom forbrytelsen har skjedd uprovosert, altså tilfeller hvor legemsbeskadigelsen er begått uten noen særskilt foranledning. Uprovosert vold er også et relevant straffutmålingsmoment etter den nye straffeloven, men ikke lovfestet. Dette fordi momentet ikke er tilstrekkelig generelt, samt gir opphav til vanskelige grensdragninger som det er best å overlate til domstolen i hver enkelt sak⁶¹.

Det finnes mange tilfeller av uprovosert legemsbeskadigelse i rettspraksis, eksempelvis Rt. 2007 side 1465, Rt. 2003 side 732 og Rt. 2002 side 846. Straffutmålingen i disse sakene viser at Høyesterett som regel idømmer straff i øverste del av normalnivå, i slike tilfeller der legemsbeskadigelsen har skjedd uten foranledning. I Rt. 2000 side 1 trakk Høyesterett

⁵⁹ Rt. 2004 side 1016

⁶⁰ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.171

⁶¹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.45

frem som skjerpene ved straffutmålingen at det dreide seg om flere uprovoserte knyttneveslag mot fornærmedes ansikt, uten at vedkommende gjorde motstand verken før eller under voldsutøvelsen. Dette ble betegnet som et grovt tilfelle innenfor første straffalternativ, og straffen ble satt til fengsel i 90 dager.

Uprovoserte voldshandlinger rammer uskyldige ofre uten forvarsel, og er handlinger som folk flest reagerer med stor avsky mot. Av allmennpreventive hensyn og for å bevare den alminnelige ro og orden i samfunnet, er det derfor viktig at det blir slått hardt ned på slike handlinger.

4.4.5 Graden av skyld

I norsk rett har vi mange skyldformer, alt fra den nedre grense mot den straffrie handling, via ubevisst og bevisst uaktsomhet, flere nyanser av forsett, opp mot den overlagte straffbare handling. Høyere grad av skyld, betyr høyere straffverdighet, og dermed svært ofte en høyere straff.

Om det foreligger tilstrekkelig straffeskyld er en del av skyldspørsmålet. Graden av skyld innenfor den skyldform som kreves etter vedkommende straffebud, er imidlertid av betydning for straffutmålingen. Etter strl. § 229 er skyldkravet forsett, jfr. § 40. Om det foreligger forsett med hensyn til skadefølgen er avgjørende for hvilket straffalternativ innenfor § 229 forbrytelsen subsumeres under.

I følge juridisk teori⁶² vil ”en handling som er begått i affekt, som regel bli mildere bedømt enn den som er resultat av en vel overveid beslutning”. Det har derfor stor betydning for straffutmålingen om legemsbeskadigelsen er en planlagt og veloverveid handling, eller et impulsivt resultat av ytre omstendigheter.

⁶² Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.466

Tilsiktede legemsbeskadigelser oppfattes som mer straffverdige enn legemsbeskadigelser der forsettkravet er oppfylt fordi skaden var en sannsynlig følge av handlingen. Det er derfor naturlig at planlagte legemsbeskadigelser straffes strengere, noe som også gjenspeiles i høyesterettspraksis. I straffutmålingen i Rt. 2004 side 1355, som gjaldt grov planlagt legemsbeskadigelse og frihetsberøvelse begått av flere i fellesskap, ble det fremhevet som straffeskjerpene at forbrytelsen ble utført etter et godt planlagt og profesjonelt opplegg som omfattet 8-9 personer. Også i Rt. 2004 side 804 ble det ansett straffeskjerpene at voldshandlingen mot fornærmede var et felles foretak som alle de tre unge lovbrύτεerne hadde vært enige om på forhånd, og at legemsskaden inngikk som ledd i et planlagt og uprovosert overfall. De tre gjerningsmennene hadde blitt enige om å ”ta den første vi så”. I den nye straffeloven § 77 (e) er det derfor lovfestet som et straffeskjerpene moment dersom gjerningsmennene har samordnet eller koordinert sin opptreden, det vil si at legemsbeskadigelsen er planlagt på forhånd. Den nye straffeloven § 77 (c) lovfester også at det skal virke straffeskjerpene på straffutmålingen dersom lovbruddet er tilsiktet et vesentlig mer alvorlig resultat enn det som ble følgen.

Er legemsbeskadigelsen begått med overlegg, altså forbrytelsen er resultat av en overveid beslutning, har gjerningsmannen utvist høyeste grad av skyld. Dette tilsier en streng straff. I følge høyesterettspraksis vil det derfor som hovedregel bli ansett straffeskjerpene dersom gjerningsmannen har hatt tid til å tenke igjennom sine handlinger, men likevel fortsatt legemsbeskadigelsen. I Rt. 2007 side 1465 uttaler retten: ”særlig graverende er det at det dreier seg om to hendelser. Det var god tid etter det første overfallet til å ta innover seg alvorret i det som var skjedd. I stedet gikk de løs på et nytt tilfeldig offer”. Det samme gjelder Rt. 2007 side 37 der det ble ansett skjerpene at domfelte etter det første slaget, og etter å ha hatt god anledning til å tenke seg om, forfulgte den synlig bløende og hjelpetrengende fornærmede inn på toalettet og ga ham ytterligere et hardt slag. Retten mente dette vitnet om et ekstra sterkt forsett knyttet til voldsutøvelsen, og straffen ble derfor satt til fengsel i 120 dager, som er øverste del av normalstraffen innenfor § 229 første straffalternativ. Også i den såkalte tortur-saken Rt. 2007 side 616, ble det ansett

straffeskjerpene at handlingene har vært utøvd med ”en følelseskulde og kynisme som vitner om et fast forbrytersk forsett i hele den tiden mishandlingen fant sted”.

Gjerningsmennene hadde under hele gisselsituasjonen god tid til å reflektere over hva de var med på, og trekke seg fra videre deltakelse. I stedet fortsatte mishandlingen. Det faktum at voldsutøveren får tid til å reflektere over det han har gjort, men likevel fortsetter legemsbeskadigelsen, vitner om et sterkere veloverveid forsett, og den alminnelige rettsbevissthet tilsier da at gjerningsmannen må straffes strengt.

Gjerningsmannens opptreden i etterkant av legemsbeskadigelsen, kan også si noe om graden av gjerningsmannens forsett, og således være et moment i straffutmålingen. I Rt. 2007 side 1465 som gjaldt to tilfeller av uprovosert ekstrem brutal vold, uttaler førstvoterende følgende om gjerningsmennenes skyld: ”det anses som svært straffeskjerpene at gjerningsmennene forlot ofrene i hjelpeløs tilstand, mens de selv fortsatte videre i godt humør og fornøyde med seg selv over ugjerningene”.

Gjerningsmennenes grove forsett samt manglende empati med ofrene i etterkant av legemsbeskadigelsen, var medvirkende til de strenge straffene på 4 ½ års fengsel.

4.4.6 Motiv

Hvilket motiv gjerningsmannen har for å begå legemsbeskadigelsen, kan få betydning ved straffutmålingen. Dersom legemsbeskadigelsen har et spesielt forkastelig motiv, vil dette virke straffeskjerpene. Det avgjørende er om motiveringen avviker fra det som kan betraktes som normaltypen for vedkommende forbrytelse⁶³. Er en handling umotivert, vil dette som regel bli ansett som et skjerpene moment i straffutmålingen⁶⁴.

⁶³ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.467

⁶⁴ Eskeland: Strafferett (2006) s.434

Det kan finnes mange ulike motiv bak en legemskrenkelse, men i denne analysen drøfter jeg kun rasistisk motiverte legemsbeskadigelser. I følge strl. § 232 er det straffeskjerpene dersom forbrytelsen er rasistisk motivert. Momentet får også betydning for den ordinære straffutmålingen etter § 229, det vil si selv om forholdene ikke er sterke nok til at § 232 får anvendelse. I den nye straffeloven § 77 (i) skal det anses straffeskjerpene dersom ”lovbruddet har sin bakgrunn i andres religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, funksjonsevne eller andre forhold som støter an mot grupper med et særskilt behov for vern”. Departementet påpeker i forarbeidene⁶⁵ at de ønsker å styrke vernet som lovgivningen gir for særlig utsatte grupper. Den nye bestemmelsen skal gi et klart signal om at samfunnet ikke tolerer vold og diskriminering på bakgrunn av fordommer og hat. Kriminalitet som rammer personer med utgangspunkt i hvem de er eller hvordan de ser ut, rammer nemlig ikke bare offeret, andre med samme bakgrunn blir også utrygge. Sterke allmennpreventive hensyn gjør seg derfor gjeldende, og tilsier at straffen må skjerpes.

Det finnes lite høyesterettspraksis knyttet til såkalt ”hat-kriminalitet” ved legemsbeskadigelser. Men i Rt. 2003 side 1763 hadde domfelte slått en mann i hodet med en ølflaske, § 229 første straffalternativ jfr. § 232, etter at fornærmede, som selv hadde innvandrerbakgrunn, forgjeves hadde bedt domfelte holde opp med trakasseringen av en ung asiatisk pike. I straffutmålingen la Høyesterett vekt på at ”handlingen var uprovosert og hadde rasistiske undertoner”. I utgangspunktet tilsa legemsbeskadigelsen en straff på 90 dagers ubetinget fengsel, men på grunn av tidsmomentet i saken, ble straffen omgjort til betinget fengsel. Den forholdsvise milde dommen tyder på at retten ikke la særlig stor vekt på det rasistiske elementet i saken.

⁶⁵ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.44

4.4.7 Tidligere vandel

Det følger av høyesterettspraksis at tidligere vandel har stor betydning ved straffutmålingen, både for valget mellom betinget og ubetinget dom, og for lengden av fengselsstraffen. Det er naturlig at tilbakefallsforbryteren behandles strengere enn førstegangsforbryteren, både ut fra individualpreventive hensyn, allmennpreventive hensyn og rettferdighetsbetraktninger.

Strl. § 61 er en straffeskjerpingsregel som kommer til anvendelse ved gjentakelse, og som er ment å ramme ”de mest iherdige gjengangerne”⁶⁶. Denne avhandlingen er avgrenset mot slike generelle regler i straffeloven kapitel 5 som endrer de ordinære strafferammene for straffebed.

Men tidligere vandel har selvstendig betydning som skjerpene straffutmålingsmoment. Selv om § 61 ikke kommer til anvendelse, anser Høyesterett det straffeskjerpene dersom gjerningspersonen tidligere er domfelt for legemsbeskadigelser. I Rt. 2006 side 996 ble gjerningsmannen ikke regnet for å være i gruppen ”mest iherdige gjengangere” som § 61 først og fremst tar sikte på, men retten mente likevel det var grunn til å skjerpe straffen på grunn av gjentakelse ut fra ”tradisjonelle straffutmålingsprinsipper”. Også i Rt. 2000 side 20 var domfelte tidligere straffedømt for flere legemsbeskadigelser, retten uttalte derfor: ”den mangel på respekt for andres liv og helse som domfeltes handlemåte samlet sett viser, bør ved straffutmålingen med atskillig tyngde vektlegges som et skjerpene moment”. Tidligere vandels skjerpene effekt på straffutmålingen, uavhengig av § 61, er også påpekt i forarbeidene⁶⁷ til strl. § 61: ”den forhøyede strafferammen etter § 61 indikerer også økte straffer innenfor rammen”.

⁶⁶ Ot.prp.nr.62 (2002-2003) s.94-95

⁶⁷ Ot.prp.nr.62 (2002-2003) s.94-95

Tidligere vandel blir derfor lovfestet som en generell straffeskjerpene omstendighet i den nye straffeloven § 77 (k). Dersom lovbruddet er begått av noen som tidligere er ilagt en strafferettslig reaksjon for liknende handlinger eller andre handlinger som er av betydning for saken, skal dette medføre at straffen forhøyes. Unntak må gjøres for tilfeller hvor det er gått meget lang tid mellom mindre alvorlige lovbrudd⁶⁸.

Det fremgår av høyesterettspraksis at dersom gjerningsmannen tidligere er domfelt for legemsbeskadigelser, blir straffen høyere. Ofte gir dette seg utslag i at det blir idømt en betinget fengselsstraff i tillegg til den ordinære ubetingede fengselsstraffen⁶⁹. I Rt. 2007 side 1659 tilsa legemsbeskadigelsen i utgangspunktet en straff på ubetinget fengsel i 1 år og 9 måneder, men siden hendelsen var et gjentakelsestilfelle økte Høyesterett straffen med ett års fengsel, hvorav 6 måneder ble gjort betinget. Hvor mye gjentakelsesmomentet har å si for straffutmålingen beror også på alvorligheten av de tidligere forholdene.

4.4.8 Offerets forhold

a) Innledning

Det kan ha betydning for straffutmålingen hvem legemsbeskadigelsen har rammet. For eksempel dersom offeret er et familiemedlem slik at § 219 kommer til anvendelse, eller en offentlig tjenestemann slik at forholdet faller inn under § 127. Denne avhandlingen er hovedsakelig avgrenset mot disse spørsmålene.

I denne sammenhengen må likevel nevnes strl. § 232, da det etter denne bestemmelsen skal virke straffeskjerpene ved straffutmålingen dersom forbrytelsen har skjedd mot en forsvarsløs person. Det samme gjelder etter den nye straffeloven § 77 (h). Med

⁶⁸ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.272

⁶⁹ Ot.prp.nr.62 (2002-2003) s.94-95

”forsvarsløs” tas det sikte på personer som varig eller midlertidig har reduserte muligheter til å verge seg eller sitt mot lovbrudd⁷⁰.

b) Varig forsvarsløse personer

Rettspraksis inneholder flere eksempler på straffeskjerpelse ved straffutmålingen dersom legemsbeskadigelsen har rammet personer som er varig forsvarsløse i forhold til gjerningsmannen. I Rt. 2001 side 733 la Høyesterett i skjerpene retning vekt på at ”domfelte er kjent skyldig i brutale handlinger overfor personer som ikke har gitt foranledning til slik atferd, og som i de aktuelle situasjoner har vært domfelte underlegne, til dels forsvarsløse”. Domfelte var en 18 år gammel mann som hadde utøvd vold mot en 14-årig gutt og en ung spinkel kvinne. For dette ble han idømt ett års fengsel.

c) Personer som er forsvarsløse som følge av legemsbeskadigelsen

Det kan forekomme tilfeller der offer og gjerningsmann er likeverdige i utgangspunktet, men at offeret blir forsvarsløs som følge av starten på legemsbeskadigelsen. I Rt. 2007 side 1465 slo gjerningsmennene først ned de fornærmede, deretter sparket og trampet de på hodet og overkroppen til ofrene mens de lå nede, og således befant seg i en forsvarsløs stilling. ”Det at volden var begått mot forsvarsløse personer, altså personer som ikke var i stand til å forsvare seg selv”, ble av Høyesterett ansett som en skjerpene omstendighet ved straffutmålingen. Også i Rt. 2007 side 37 ble det betegnet som skjerpene at fornærmede etter en kort replikkveksling og uten å kunne sette seg til motverge, ble påført to harde knyttneveslag i ansiktet. Videre at den domfelte forfulgte den synlig bløende, hjelpetrengende og forsvarsløse fornærmede inn på toalettet og ga ham et ytterligere hardt slag slik at han mistet bevisstheten. Det samme gjelder i Rt. 2003 side 732, der domfelte

⁷⁰ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.271

uprovosert rettet et kraftig slag mot fornærmede, som falt i bakken. Slaget kom helt overraskende på fornærmede, som dermed ikke ble gitt noen mulighet til å verge seg mot det. Han ble deretter, mens han lå på bakken, tildelt spark mot hodet og kroppen av domfelte. I straffutmålingen trakk Høyesterett frem som et straffeskjerpene moment at ”volden var utøvd mot en person som må sies å ha vært helt forsvarsløs etter å ha blitt overlumpet av det første slaget”. Straffen ble satt til fengsel i 1 år og 2 måneder. Høyesterettspraksis viser etter dette at ofrene blir ansett ”forsvarsløse” også i de tilfeller der forsvarsløsheten er en følge av starten på legemsbeskadigelsen, og at dette får skjerpene innvirkning på straffutmålingen.

d) Personer som velger å ikke forsvare seg

Dersom fornærmede fysisk er i stand til å forsvare seg, men velger å ikke gjøre dette, vil han ikke betegnes som ”forsvarsløs” i forhold til strl. § 232⁷¹.

4.4.9 Konklusjon skjerpene omstendigheter

I stor grad ser det ut til at det er de objektive straffutmålingsmomentene som tilsier en skjerpene av straffen i forhold til normalnivået. Dersom legemsskaden er stor, voldsutøvelsen unormalt farlig, flere har samvirket om volden, eller legemsbeskadigelsen har skjedd uprovosert, er dette straffeskjerpene momenter. Men også enkelte subjektive omstendigheter, slik som gjerningsmannens skyld eller tidligere vandel, kan føre til at straffen skjerpene betydelig utover normalnivå.

⁷¹ Rt. 2004 side 1396

4.5 Formildende omstendigheter

4.5.1 Medvirkning

Samvirke er normalt et straffeskjerpene moment. Men dersom en av de samvirkende har deltatt i mye mindre grad enn de andre, eller medvirkningen skyldes trusler eller villedelse fra de øvrige gjerningsmennene, kan dette virke formildende for denne personen ved straffutmålingen. Etter strl. § 58 kan straffen nedsettes dersom medvirkningen i det vesentlige har vært foranlediget av medvirkerens avhengighet til noen av de andre skyldige eller har vært av liten betydning i forhold til de andres. Disse omstendighetene er også lovfestet som formildende straffutmålingsmomenter i den nye straffeloven § 78 (a).

Dommen i Rt. 2004 side 1355 er et eksempel på at medvirkning kan bli ansett formildende ved straffutmålingen. Tre av gjerningspersonene i denne saken ble idømt 4 års fengsel for frihetsberøvelse og mishandling, mens den fjerde personen fikk halvannet års kortere fengselsstraff. D's rolle ble nemlig ikke ansett like sentral som de øvriges; han var kjent med opplegget og holdt vakt under mishandlingen, men utøvet ikke direkte vold.

For øvrig tyder rettspraksis på at samvirkende gjerningspersoner som hovedregel får samme straff. Det skal svært mye til for at en av gjerningsmennene bare blir ansett som svak medvirker, og således får redusert sin straff. Dette kan nok skyldes at selv om en person ikke fysisk har medvirket til legemsbeskadigelsen, kan den psykiske medvirkningen til lovbruddet være like straffverdig.

4.5.2 Provokasjon

a) Innledning

Det er mange faktorer knyttet til den konkrete handlingssituasjonen som har stor betydning for straffutmålingen. I formildende retning vil særlig forutgående provokasjon fra fornærmede bli tillagt stor vekt. Om provokasjon foreligger er en del av skyldspørsmålet, mens virkningen av provokasjon hører til under straffespørsmålet.

Provokasjon er omtalt flere steder i straffeloven. Etter strl. § 56 b kan straffen nedsettes dersom handlingen er foretatt i berettiget harme, under tvang eller overhengende fare. Ved overtredelse av § 228 kan provokasjon / retorsjon gi straffefritak. Og i den nye straffeloven § 78 (c) er det lovfestet som formildende moment ved straffutmålingen dersom lovbruddet i betydelig grad er foranlediget av den skadelidtes forhold.

b) Fysisk provokasjon

I Rt. 2007 side 1052 var foranledningen til voldsutøvelsen at B hadde prikket A flere ganger på brystet og i ryggen, A ba ham holde opp og snudde seg for å gå, men da grep B ham i skrittet og klemte til. Som en ren reflekshandling, slo da A til B. Høyesterett uttaler i straffutmålingen at ”domfelte (A) ble utsatt for en høyst uvanlig provokasjon, som han må ha opplevd som særlig krenkende”. Straffen ble 60 dagers fengsel. Provokasjonen medførte således en halvering av normalstraffen etter § 229 første straffalternativ. Også i Rt. 2004 side 1066 ble gjerningsmannen utsatt for fysisk provokasjon, noe som førte til at domfelte kun ble idømt samfunnsstraff for legemsbeskadigelsen. Høyesterett la i straffutmålingen stor vekt på at fornærmede hadde opptrådt klart provoserende som kunde i en kiosk der domfelte arbeidet. Han hadde blant annet slått domfelte med knyttet neve i øyet da domfelte forsøkte å fjerne fornærmede fra butikken.

I Rt. 2001 side 1383 hadde domfelte uten foranledning blitt angrepet, provosert og påført små skader av fornærmede og hans venner i forkant av legemsbeskadigelsen. Dette fikk formildende innvirkning på straffutmålingen, og domfelte ble bare idømt ett års fengsel for alvorlig legemsbeskadigelse etter § 229 tredje straffalternativ. Fysisk provokasjon var også

tilfellet i Rt. 2000 side 20, der domfelte og fornærmede hadde vært i krangel med hverandre flere ganger i løpet av kvelden. I den aktuelle situasjonen oppsto det munnhuggeri, og de utvekslet slag og spark. Siden begge parter hadde deltatt i opptakten og provosert frem legemsbeskadigelsen, ble provokasjonen ikke tillagt nevneverdig vekt ved straffutmålingen.

c) Verbal og psykisk provokasjon

Ikke-fysisk provokasjon kan også bli ansett formildende ved straffutmålingen. Rt. 2007 side 1089 omhandler et tilfelle av verbal provokasjon i form av uttalelse om seksuell legning. Foranledningen til voldsutøvelsen var at fornærmede beskyldte domfelte for å være homofil. Domfelte reagerte meget sterkt på disse uttalelsene fordi han hadde blitt systematisk fysisk og psykisk mobbet i en årrekke, der det i stor utstrekning ble brukt betegnelser som ”homo” og lignende. Høyesterett la til grunn at mobbingen hadde hatt ”et uvanlig omfang og til dels foregikk i ekstreme former, det er derfor forståelig at domfelte med sin bakgrunn opplevde fornærmedes provokasjon som sterkere enn denne isolert sett skulle tilsi”. På grunn av provokasjonen ble domfelte bare idømt 30 dagers fengsel.

I Rt. 2006 side 382 ble gjerningsmannen utsatt for verbal provokasjon i form av uttalelser om sin nasjonalitet. Domfelte var asylsøker og ble provosert og trakassert av en dørvakt, slik at domfelte følte seg avvist fra utestedet på grunn av sin nasjonalitet. Straffen ble 30 dagers fengsel for legemsbeskadigelse etter § 229 første straffalternativ.

Rt. 2004 side 1626 gjelder verbal provokasjon i form av generelle hatefulle ytringer. I forkant av legemsbeskadigelsen hadde fornærmede fremsatt grovt krenkende utsagn om domfelte, etter at domfelte avviste fornærmedes ønske om at de skulle gjenoppta sitt forhold. Høyesterett sier at ”opptakten til voldsepisoden, fornærmedes grovt krenkende utsagn om domfelte, må uansett om det kan henføres under strl. § 56 b, klart få betydning som en formildende omstendighet ved straffutmålingen. Det må legges betydelig vekt på

fornærmedes krenkende opptreden, det er forståelig at domfelte ble opprørt over hans oppførsel”.

Et tilfelle av psykisk provokasjon er Rt. 2004 side 1396, der domfelte tildelte fornærmede flere slag i ansiktet, etter å ha funnet fornærmede i seng med sin 16 år gamle datter. Fornærmede var en del av et narkotikamiljø, og hadde lovet å holde stor avstand til døtrene i huset, da han ble tilbudt jobb og fikk flytte inn i domfeltes kjellerleilighet. Fornærmedes grove tillitsbrudd overfor domfelte, samt domfeltes store frykt for at datteren var i ferd med å bli en del av fornærmedes miljø, ble tillagt stor vekt i straffutmålingen, som endte med en betinget dom.

d) Innbilt provokasjon

Det er et generelt strafferettslig prinsipp at gjerningsmannen skal bli bedømt etter sin egen subjektive oppfatning av situasjonen. Innbilt provokasjon likestilles derfor med reell provokasjon⁷². I Rt. 2004 side 1016 slo domfelte ned en person som han selv mente hadde ”bølla” med ham tidligere på kvelden. Domfeltes opplevde provokasjon i forkant av legemsbeskadigelsen, ble tillagt formildende vekt ved straffutmålingen, uten at retten tok stilling til om det forelå noen reell provokasjon.

e) Krav om forholdsmessig reaksjon mot provokasjon

Det fremgår av høyesterettspraksis at dersom gjerningsmannen blir provosert i forkant av legemsbeskadigelsen, er det krav om at han reagerer forholdsmessig på provokasjonen, dersom provokasjonen skal kunne tillegges vesentlig formildende vekt i straffutmålingen. Forholdsmessighetskravet har paralleller med retten til nødverge i strl. § 47. Etter § 47 er

⁷² Rt. 1983 side 1268 Ludder-kjennelsen

en handling straffri hvis den er forvoldt i nødverge, men handlingen må ikke overstige hva som er nødvendig for å avverge angrepet ect.

Både i Rt. 2007 side 1089, Rt. 2007 side 1052 og Rt. 2006 side 382 mente Høyesterett at ”domfeltes kraftige slag med skadeforsett var en uforholdsmessig reaksjon på fornærmedes krenkelse, og slagene kunne lett ha fått enda alvorligere følger”. I Rt. 2001 side 1383 der domfelte ble angrepet av fire personer fra et asylmottak som prøvde å trenge seg inn i klubblokalet, påpekte Høyesterett at etter at ytterdøren var blitt låst, ville domfelte hatt tid og anledning til å ringe politiet og be om hjelp. I stedet valgte domfelte å fortsette kampen fra altanen, deriblant kaste ned en farlig øks. Høyesterett anså denne handlingen som ”sterkt klanderverdig og helt uforholdsmessig sett i forhold til faresituasjonen etter at utgangsdøren var låst”. Provokasjonen fikk derfor redusert betydning i straffutmålingen. I Rt.2004 s.1066 ble imidlertid domfelte ansett å ha reagert forholdsmessig på provokasjonen. Domfelte hadde slått tilbake etter at fornærmede først hadde slått ham. Dette ble betegnet som en naturlig og forholdsmessig reaksjon, og provokasjonen ble tillagt så stor formildende vekt at domfelte bare ble idømt samfunnsstraff.

Det følger av det som er sagt, at provokasjon er et av de formildende straffutmålingsmomentene som fører til at domfeltes straff blir redusert. Dette kan nok skyldes at handlinger oppfattes som mindre straffverdige når de er foranlediget av fornærmede selv, og de preventive hensyn gjør seg ikke gjeldende i like stor grad. Provokasjonens innvirkning på straffutmålingen avhenger av hvilket straffalternativ legemsbeskadigelsen blir subsumert under. Ved alvorlige legemskrenkelser får provokasjon mindre vekt. Dette fremgår av Rt. 2000 side 20, der førstvoterende påpeker: ”hensett til at saken gjelder domfeltes bruk av kniv mot en annen person, § 229 andre straffalternativ jfr. § 232, kan jeg slutte meg til lagmannsrettens bemerkning om at det ikke var tale om noen provokasjon av særlig betydning fra fornærmedes side.”

4.5.3 Alder

Etter strl. § 55 har domstolen adgang til å gå under den vanlige strafferammen, dersom gjerningsmannen er yngre enn 18 år. Men lav alder kan også få betydning som et formildende moment i straffutmålingen innenfor den ordinære strafferamme. Bakgrunnen for dette er at man ikke regner med den samme vurderingsevne hos ungdom som hos fullvoksne, og at man vil spare den unge for fengselsoppholdet⁷³. Lav alder er lovfestet som formildende straffutmålingsmoment i den nye straffeloven § 78 (a).

Høyesterett har i flere dommer diskutert hvor gammel gjerningspersonen må være for at lav alder skal få betydning som formildende straffutmålingsmoment. I Rt. 2004 side 1016 manglet domfelte få dager på å være fylt 19 år da legemsbeskadigelsen fant sted. I forhold til dette uttalte Høyesterett: ”gjerningsmannen var således i en alder som gjør at han i alle fall må ta det fulle ansvaret”. Det samme syn hadde Høyesterett i Rt. 2006 side 1298, der domfelte var 18 år og 4 måneder på gjerningstidspunktet. I Rt. 2004 side 804 og Rt. 2002 side 742 hvor de domfelte så vidt hadde passert 15 år, ble imidlertid gjerningspersonenes lave alder tillagt betydelig formildende vekt i straffutmålingen. Høyesterettspraksis synes derfor å ha lagt seg ganske konsekvent på en grense ved fylte 18 år, hvor lav alder slutter å ha betydning som formildende moment ved straffefastsettelsen. Dette er i samsvar med strl. § 55 og ny straffelov § 78 (a). At grensen går ved 18 år samsvarer også med FNs Barnekonvensjon⁷⁴, etter denne er alle mennesker under 18 år å regne som barn, selv om den strafferettslige lavalder i Norge er 15 år.

Dersom gjerningsmannen er ung, og dette skal virke formildende i straffutmålingen, innebærer dette som regel at det idømmes samfunnsstraff i stedet for hovedregelen om ubetinget fengselsstraff ved legemsbeskadigelse.

⁷³ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.467

⁷⁴ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20.november 1989 art.1

I Rt. 2002 side 742 der en gutt på 15 år og 10 måneder ble dømt for å ha stukket en jevnaldrende i ryggen med kniv, uttalte Høyesterett i straffutmålingen: ”det er nødvendig med en reaksjon som vil kunne oppleves som effektiv i slike voldelige ungdomsmiljøer. Jeg er således enig i at det i utgangspunktet bør fastsettes ubetinget fengselsstraff ved forbrytelser av denne karakter, selv når de begås av så unge personer som i denne sak. Det må også gjelde når det her er tale om en enkeltstående voldshandling. Med den risiko for skadevirkninger som fengsel normalt innebærer for unge mennesker som for kort tid siden har passert terskelen til den kriminelle lavalder, vil det imidlertid måtte gis rom for unntak når dette tilsies av særlige omstendigheter.” I denne saken hadde domfelte hatt en vanskelig oppvekst, og tilhørt et belastet ungdomsmiljø. Men i den senere tid har det skjedd store positive endringer i hans livssituasjon, han har fjernet seg fra gjengmiljøet, ikke vært involvert i ny kriminalitet og tar skolegangen alvorlig. ”Særlige omstendigheter” ble derfor ansett å foreligge, og straffen ble omgjort til samfunnsstraff.

I Rt. 2004 side 804 fragikk Høyesterett kravet om at det må foreligge ”særlige omstendigheter” for at det skal kunne gjøres unntak fra hovedregelen om ubetinget fengsel ved legemsbeskadigelse. Høyesteretts flertall fremhever i denne dommen at dersom domfelte befinner seg på grensen til den kriminelle lavalder, vil samfunnsstraff være en riktig reaksjon, uavhengig av om andre særlige omstendigheter foreligger. Det stilles med andre ord ikke lenger krav om at rehabiliteringshensyn eller andre relevante hensyn må gjøre seg gjeldende. Men retten poengterer at det selvsagt går en grense for hvilke lovbrudd som kan gjøres opp med samfunnsstraff. Faktum i denne saken var at en 15 år og 3 måneder gammel gutt hadde deltatt i et angrep på en tilfeldig forbipasserende og sparket denne gjentatte ganger med stor kraft, § 229 andre straffalternativ jfr. § 232. Retten mente at selv om hensynet til den generelle lovlydighet tilsier at det i sin alminnelighet må reageres med ubetinget fengsel mot en så grov voldshandling, er situasjonen en annen for helt unge lovbrøyttere. Høyesterett begrunner dette med at unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjon forutsetter, sterke individualpreventive hensyn tilsier at så unge mennesker ikke bør sperres inne, samt at

samfunnsstraff er en meget følbart reaksjon for unge lovbrøytare. På grunn av domfeltes lave alder ble derfor straffen omgjort til samfunnsstraff i Høyesterett.

Volden kan være like alvorlig når den er begått av unge gjerningsmenn som av eldre. I straffutmålingen må man derfor foreta en avveining mellom handlingens grovhet og hensynet til gjerningsmannens sårbare sinn. Når lav alder gis betydning som et formildende moment i straffutmålingen, betyr dette at individualpreventive hensyn vektlegges mer enn allmennpreventive hensyn.

4.5.4 Tidligereandel

I flere domsbegrunnelser er det i formildende retning tatt hensyn til tiltaltes tidligere ustraffedeandel⁷⁵. Juridisk teori tar derimot utgangspunkt i at ustraffetandel er den normale forutsetning, og at det er tidligere straffer som skal anses som en skjerpande omstendighet⁷⁶.

I henhold til den nye straffeloven § 78 (h) skal det vektlegges som et formildende straffutmålingsmoment dersom lovbrøytaren ikke tidligere er ilagt en strafferettslig reaksjon for liknende handlinger eller andre handlinger som er av betydning for saken. Dette momentet er et brudd med teorien, og kan til en viss grad innebære en endring i forhold til gjeldende rett. Jeg finner det derfor merkelig at en slik lovfesting ikke er nærmere omtalt i forarbeidene. Etter min mening representerer teorien det mest korrekte syn, ustraffetandel bør være det naturlige utgangspunkt og skal ikke ha betydning for straffutmålingen, det er kun tidligereandel som skal kunne tillegges skjerpande vekt.

⁷⁵ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.276 og Rt. 2001 side 733

⁷⁶ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.467 med henvisning til Skeie I s.384

4.5.5 Miljøforhold

a) Innledning

Domfeltes personlige bakgrunn er et moment som har stor praktisk betydning i voldssaker, siden mange av voldslovbryterne kommer fra vanskelige kår. Verken någjeldende eller ny straffelov lovfester vanskelige miljøforhold som et formildende straffutmålingsmoment. Man kan derfor kun bygge på gjeldende rettspraksis knyttet til denne omstendigheten.

b) Miljøforhold som begrunnelse for andre straffutmålingsmomenter

Det finnes mange eksempler i rettspraksis på at vanskelige oppvekstvilkår kan være med på å begrunne et annet formildende straffutmålingsmoment, og således få innvirkning på straffutmålingen. Eksempelvis Rt. 2007 side 1089 der domfelte hadde tildelt fornærmede flere knyttneveslag som følge av forutgående kraftig provokasjon fra fornærmede. I dommen la retten til grunn at det var forståelig at domfelte reagerte sterkere på fornærmedes provokasjon enn det denne isolert skulle tilsi, på grunn av at domfelte har blitt systematisk fysisk og psykisk mobbet i barne- og ungdomsårene. Også i Rt. 2006 side 1447, der domfelte hevdet å ha brutt med sin kriminelle fortid, mente Høyesterett at domfeltes traumatiske bakgrunn var med på å gjøre hans endrede livssituasjon enda mer troverdig.

c) Miljøforhold i kombinasjon med rehabiliteringshensyn

I Rt. 2006 side 1447 kom Høyesterett med denne klare uttalelsen: ”domfeltes vanskelige oppvekst har ikke egen tyngde til å begrunne samfunnsstraff, men sammen med en klar rehabiliteringssituasjon, som i foreliggende sak, vil en traumatisk barndom og ungdom ikke være uten betydning”. Domfelte hadde hatt en vanskelig og rusbelastet oppvekst, med et

konfliktfylt forhold til foreldrene. På domstidspunktet var imidlertid domfelte kommet inn i en god rehabiliteringssituasjon, og fikk omgjort fengselsstraffen til samfunnsstraff. Samme tilfellet gjelder Rt. 2002 side 742, der den 15 år gamle domfelte hadde ført en omflakkende tilværelse i oppveksten, med mye flytting og gjengdeltakelse. På grunn av sin alder, oppvekst og at han nå befant seg i en rehabiliteringssituasjon, ble han idømt samfunnsstraff for legemsbeskadigelsen.

Høyesterettspraksis viser at miljøforhold og vanskelig oppvekst bare får vesentlig betydning for straffutmålingen dersom domfelte er ung og befinner seg i en lovende rehabiliteringssituasjon på domstidspunktet. I slike tilfeller vil dette ofte medføre at straffen nedsettes til en mildere straffart, for eksempel samfunnsstraff.

d) Miljøforhold sin innvirkning på straffutmålingen

Handlingens alvorlighet kan ha betydning for om vanskelige oppvekstvilkår blir tillagt formildende virkning ved straffutmålingen. I Rt. 2004 side 1016 var domfelte dømt for to tilfeller av uprovosert og umotivert vold utenfor en pub. Domfelte var 19 år på gjerningstidspunktet, og hadde hatt en svært vanskelig oppvekst, preget av konflikter mellom foreldrene, rusmisbruk og mye flytting. Førstvoterende uttalte likevel: ”en vanskelig oppvekst kan etter mitt syn ikke gi grunnlag for samfunnsstraff for slike handlinger som her”. Dette støttes også av juridisk teori⁷⁷, som mener at vanskelige miljøforhold er et straffutmålingsmoment som ikke kommer til anvendelse ved alvorlige forbrytelser.

Det er dokumentert sammenheng mellom vanskelig oppvekstvilkår og kriminalitet senere i livet⁷⁸. Å gi vanskelige miljøforhold formildende innvirkning på straffutmålingen kan derfor sees på som en oppreisning til de menneskene som har fått en ufortjent vanskelig

⁷⁷ Eskeland: Strafferett (2006) s.438

⁷⁸ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.54

start på livet. Men på den andre siden er et hvert menneske ansvarlig for sine egne handlinger, og man må etter min mening kunne forvente at selv om personer har hatt en vanskelig oppvekst, skal de ikke skade andre mennesker. Jeg mener dette beror på iboende etiske verdier, som et hvert menneske har, uavhengig av oppvekstvilkår. Det er også viktig at man i straffutmålingen ikke glemmer hvem som er det egentlige offeret i saken, selv om man har medlidenhet med gjerningspersonens vanskelige bakgrunn.

4.5.6 Rehabiliteringshensyn

a) Innledning

Dersom domfelte befinner seg i en lovende rehabiliteringssituasjon, er dette et formildende straffutmålingsmoment, som ut fra individualpreventive hensyn kan bli tillagt vekt.

Rehabiliteringshensyn er imidlertid ikke lovfestet som formildende straffutmålingsmoment i den nye straffeloven, fordi departementet mener momentet knytter seg til så vidt individuelle forhold at en generell lovfesting åpner for vanskelige grensedragninger⁷⁹.

Årsaken til at rehabiliteringshensyn i praksis tilleggs formildende vekt er at man vil styrke domfeltes motivasjon til å opprettholde rehabiliteringen, hindre at gjerningsmannen får tilbakefall, noe som lett kan skje dersom han må i fengsel, og av samfunnsøkonomiske hensyn. Det er til større nytte for samfunnet at en borger blir rehabilitert, enn at den pågående rehabiliteringen er bortkastet, og straffavsoningen fører til at gjerningsmannen kastes ut i en ny kriminell løpebane.

b) Krav til rehabiliteringssituasjonen

⁷⁹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.46

Høyesterettspraksis har visse krav til omstendighetene for at domfelte kan sies å være i en relevant rehabiliteringssituasjon. Om disse kravene er oppfylt avhenger ofte av de sakkyndiges uttalelser. I Rt. 2007 side 1659 hadde domfelte av eget initiativ tatt opphold på en rehabiliteringsinstitusjon i regi av Blå Kors, og vært der i mer enn ett år.

Vitneforklaringer bekreftet at domfelte har hatt vilje og gjennomføringsevne til å søke å få kontroll med sitt alkoholproblem. Dette ble derfor ansett som en reell rehabiliteringssituasjon med formildende innvirkning på straffutmålingen. Relevant rehabilitering forelå også i Rt. 2005 side 1186 og Rt. 2003 side 732, der de domfelte i etterkant av voldsutøvelsene var blitt uttredet av det psykiatriske helsevern, og fått utarbeidet egne behandlingsopplegg som krever tett oppfølging. I Rt. 2002 side 742 var domfelte blitt med i et rehabiliteringsprogram i regi av Alternativ Vold, som har medført store positive endringer i hans livssituasjon. Førstvoterende bemerket: ”ved å gjennomføre et strukturert behandlingsopplegg over tid, har domfelte vist en sterk vilje til å få bukt med sine voldelige tilbøyeligheter og bryte med den faretruende utvikling han lot til å være på vei inn i”.

Det følger av høyesterettspraksis at en relevant rehabiliteringssituasjon kjennetegnes av at rehabiliteringen har foregått over en viss tid, knyttet til en profesjonell institusjon med dokumenterte resultater, samt at domfelte har vist vilje og motivasjon i rehabiliteringen. Kun i slike tilfeller kan rehabiliteringshensyn virke formildende på straffutmålingen.

c) Rehabiliteringshensyn sin innvirkning på straffutmålingen

Dersom gjerningsmannen befinner seg i en relevant rehabiliteringssituasjon, medfører dette som regel at det blir idømt en mildere reaksjonstype enn normalt for legemsbeskadigelser, det vil si samfunnsstraff eller betinget fengsel. Dette på grunn av at rehabiliteringshensyn tillegges formildende vekt nettopp fordi man skal unngå mange av de negative konsekvensene en fengselsavsoning medfører for personer som er i en rehabiliteringsfase. I Rt. 2007 side 1659, Rt. 2005 side 1186 og Rt. 2003 side 732 medførte

rehabiliteringshensyn at deler av straffen ble omgjort til betinget fengsel. Mens i Rt. 2006 side 1447 og Rt. 2002 side 742 ble samfunnsstraff idømt. Ved idømmelse av betinget fengsel kan det også settes som vilkår at lovbryteren gjennomgår rehabiliteringsprogram i prøvetiden, jfr. strl. § 53 nr.3.

4.5.7 Beruselse

Svært mange legemsbeskadigelser skjer i beruset tilstand. Det er slik ruspåvirket voldsutøvelse, den såkalte gatevolden, lovgiver anser som spesielt forkastelig og ønsker å få bukt med⁸⁰. Men i formildende retning kan det hevdes at det ofte ikke er naturlig å rette samme grad av bebreidelse mot den som ikke er edru⁸¹. Mange personer begår i beruset tilstand forbrytelser som ligger langt fra deres personlighet, handlinger som de aldri ville foretatt dersom de var edru på gjerningstidspunktet.

Den alminnelige strafferettslige hovedregel er at den berusede skal bedømmes på samme måte som den edru, jfr. strl. § 42 tredje ledd og § 45. Beruselse i gjerningsøyeblikket blir derfor vanligvis ikke tillagt betydning verken i skjerpene eller formildende retning ved straffutmålingen.

4.5.8 Den skyldiges forhold etter forøvelsen

Dersom gjerningspersonen har vist anger og prøver å gjøre skaden god igjen, kan dette tillegges formildende vekt i straffutmålingen. Dette følger av allmennpreventive hensyn, og er et incentiv for gjerningsmannen til å begrense skadene.

⁸⁰ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.171

⁸¹ Eskeland: Strafferett (2005) s.340

Strl. § 59 første ledd sier at ”straffen kan nedsettes dersom gjerningsmannen så vidt mulig og i det vesentlige har forebygget eller gjenopprettet de skadelige følger av handlingen”. Selv om disse vilkårene ikke er oppfylt, kan forsøk på gjenopprettelse tillegges vekt ved straffutmålingen innenfor strafferammen⁸². Også den nye straffeloven § 78 (b) lovfester som formildende straffutmålingsmoment dersom lovbrøyteren har forebygget, gjenopprettet eller begrenset skaden eller velferdstapet voldt ved lovbruddet, eller søkt å gjøre det.

Dommen i Rt. 2006 side 1298 er et eksempel der gjerningsmannen angret på legemsbeskadigelsen han hadde påført offeret. Lovbrøyteren ba om unnskyldning, samt betalte erstatning for ødelagte briller og mobiltelefon, slik at fornærmede ikke ønsket gjerningsmannen dømt for voldsutøvelsen. Dette ble av Høyesterett likevel ikke ansett tilstrekkelig til at domfelte kunne få straffen omgjort fra ubetinget fengsel til samfunnsstraff. Dommen tyder på at det er svært mye som skal til før en legemsbeskadigelse anses gjenopprettet eller gjort god igjen, slik at dette virker formildende ved straffutmålingen.

I en dom fra lagmannsretten, LE-2008-135395, hadde en far utøvd vold mot sin unge datter fordi han var uenig i datterens yrkesvalg. På grunn av at voldsutøvelsen var forholdsvis liten, og ble betegnet som et engangstilfelle med en spesiell foranledning, samt datterens sterke ønske om at faren ikke skulle sone, ble straffen omgjort til betinget fengsel. Det at den skyldige etter forøvelsen har respektert datterens yrkesvalg og gjenopprettet et godt familieforhold, virket formildende på straffutmålingen.

4.5.9 Tidsmomentet

a) Innledning

⁸² Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.472

En siktet har krav på å få behandlet en straffesiktelse innen rimelig tid⁸³. Dersom det har gått lang tid mellom legemsbeskadigelsen ble begått og saken kommer opp for retten, uten at dette skyldes forhold som kan bebreides lovbrøyteren, er dette et moment som trekker i formildende retning ved straffutmålingen. Årsaken til dette er at behovet for straff blir mindre og mothensynene sterkere etter som tiden går. Også etter den nye straffeloven § 78 (e) skal det anses formildende dersom det har gått lang tid siden lovbruddet, eller saksbehandlingen har tatt lengre tid enn rimelig ut fra lovbruddets art, uten at lovbrøyteren kan lastes for dette.

b) Lang tid

I vurderingen av hva som er lang saksbehandlingstid må det tas utgangspunkt i lovbruddets art og normal saksbehandlingstid for den aktuelle typen lovbrudd⁸⁴. Hva som anses som lang tid påvirkes også av hvor graverende handling det er snakk om. Som regel er legemsbeskadigelse en type forbrytelse som er forholdsvis enkel å oppklare, siden det ofte finnes vitner og bevis på fornærmede. Det skal derfor ikke så veldig lang saksbehandlingstid til, for at momentet skal virke formildende.

I HR-2009-78-A ble lagmannsrettens dom ikke forkynt for domfelte før nesten ett år etter at den ble avsagt. I ankesaken bemerket derfor Høyesterett: ”når saken deretter er blitt liggende ubehandlet i lengre tid uten at domfelte kan lastes for det, må dette i samsvar med praksis lede til at straffen blir nedsatt”. I Rt. 2007 side 1465 gikk det over 1 år og 5 måneder fra handlingene fant sted til tiltale ble tatt ut, selv om det forelå både tilståelse, videoopptak av overfallet og vitner. Totalt var det gått over 3 år og 3 måneder siden legemsbeskadigelsen ble utført. Høyesterett påpekte i domsbegrunnelsen at saksbehandlingen hadde tatt alt for lang tid, noe som fikk formildende innvirkning på

⁸³ Den Europeiske Menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1

⁸⁴ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.275

straffutmålingen. Også i Rt. 2003 side 1763 der det gikk 4 år og 8 måneder fra handlingen ble begått til Høyesterett fattet endelig dom i saken, ble tidsmomentet ansett straffereduserende. Samlet sett ser det ut til at Høyesterett lar tidsmomentet virke formildende i straffutmålingen, dersom saksbehandlingen hos politiet og / eller domstolen har tatt mer enn ett år, og dette skyldes forhold som ikke kan tilskrives domfelte.

c) Tidsmomentets innvirkning på straffutmålingen

Tidsmomentets innvirkning på straffutmålingen avhenger av hvor lang tid som er gått og hvor alvorlig legemsbeskadigelsen var. I HR-2009-78-A som gjaldt legemsbeskadigelse etter § 229 første straffalternativ jfr. § 232, ble straffen halvert fra 120 dager til 60 dagers fengsel, som følge av at lagmannsrettens dom ble forkynt ett år for sent. I Rt. 2007 side 1465 som gjaldt to tilfeller av uprovosert ekstrem brutal vold, § 229 tredje straffalternativ jfr. § 232, ble straffen redusert med ett års fengsel til 4 ½ års fengsel, etter at rettssystemet hadde en saksbehandlingstid på 3 år og 3 måneder. Rt. 2003 side 1763 omhandlet domfellelse for legemsbeskadigelse etter § 229 første straffalternativ jfr. § 232, her var det over 4 år og 8 måneder siden handlingen ble begått, noe som medførte at straffen ble omgjort til betinget fengsel. Høyesterettspraksis viser dermed at straffen relativt sett blir redusert mer ved legemsbeskadigelse etter første straffalternativ enn etter tredje straffalternativ. I tillegg viser rettspraksis at dersom det har gått meget lang tid siden legemsbeskadigelsen fant sted, kan straffen bli omgjort til en mildere reaksjonstype.

I følge forarbeidene⁸⁵ til den nye straffeloven er det opp til rettsansvenderen å avgjøre i hvilken grad tidsmomentet skal komme lovbrøteren til gode ved straffutmålingen, men departementet påpeker at det av hensyn til fornærmede og den alminnelige rettsfølelse kan være grunn til å vise varsomhet med å tillegge denne omstendigheten stor vekt i formildende retning. Jeg er enig i dette. Som regel er det påtalemyndigheten og

⁸⁵ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.275

rettssystemets skyld at saken har tatt ut i langdrag, ikke fornærmedes skyld. Samtidig må det overordnede hensyn ved en hver idømmelse av straff være at straffen har et nytteverdig formål. Skulle dette ikke lenger finnes, som følge av lang saksbehandlingstid, må tidsmomentet kunne gis formildende virkning. I tillegg er det viktig å ta hensyn til at mange lovbrøyttere opplever den lange saksbehandlingstiden som en egen straff.

4.5.10 Straffavsoning

Dersom en straffavsoning vil virke særlig hard, enten for domfelte eller domfeltes nærmeste, kan dette tas i betraktning ved valg av reaksjonstype eller frihetsstraffens lengde. Den nye straffeloven lovfester i § 78 (g) som formildende omstendighet ved straffutmålingen dersom lovbrøytteren selv er hardt rammet av lovbruddet, eller straffreaksjonen vil bli en sterk belastning på grunn av høy alder, sykdom eller andre omstendigheter. Retten må foreta en konkret vurdering av om det er forhold ved lovbrøytteren som gjør at soningen vil representere en vesentlig større belastning enn det selve frihetsberøvelsen innebærer⁸⁶. Men generelt skal det mye til for at slike sosiale og personlige konsekvenser for domfelte blir ansett formildende⁸⁷.

Dommen i Rt. 2004 side 1626 er et eksempel på at forholdene ved en eventuell straffavsoning ble tillagt formildende vekt. Domfelte var dømt for legemsbeskadigelse etter § 229 første straffalternativ, men i straffutmålingen la Høyesterett hovedvekt på at domfelte hadde omsorgsansvaret for sin sønn på 2 ½ år, og at det var usikkert om nær familie ville kunne ivareta omsorgen for barnet i den tiden domfelte ville måtte sone i henhold til lagmannsrettens delvis betingede dom. Høyesterett viste til helsesøsters utsagn: ”siktetes sønn er spesielt sårbar. I utgangspunktet er alderen fra 2-3 år spesielt viktig. For et barn som vokser opp i stabile og trygge omgivelser, vil en adskillelse fra mor ikke behøve å ha

⁸⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.276

⁸⁷ Eskeland: Strafferett (2006) s.444

store negative konsekvenser. Siktedes sønn har ikke levd under slike forhold.” Høyesterett fant derfor grunn til å fravike hovedregelen om at det reageres med ubetinget fengsel ved legemsbeskadigelse, og omgjorde hele straffen til 60 dagers betinget fengsel.

4.5.11 Uforbeholden tilståelse

a) Innledning

Strl. § 59 andre ledd er en straffutmålingsregel som fastslår at dersom den siktede har avgitt en uforbeholden tilståelse, skal retten ta dette i betraktning ved straffutmålingen. Momentet er lovfestet også i den nye straffeloven § 78 (f). Tilståelsens formildende innvirkning på straffutmålingen er et viktig incentiv for at lovbrutere skal bidra til oppklaring av lovbrudd og effektivisering av rettsbehandlingen.

b) Tidspunkt for tilståelse

I Rt. 2007 side 1465 tilsto den ene gjerningsmannen legemsbeskadigelsen for politiet straks han ble pågrepet, noe som klart ga tilståelsen formildende innvirkning på straffutmålingen. Samme dag som ankeforhandlingen var berammet, kom tilståelsen i Rt. 2007 side 616. Dette ble under tvil tillagt formildende virkning av Høyesterett. I Rt. 2004 side 1355 innrømmet domfelte først under tingrettens behandling å ha vært på åstedet. Høyesterett mente dette var for sent, og konkluderte med at det ikke forelå formildende tilståelse. Av høyesterettspraksis ser det derfor ut til at tilståelsen helst bør foreligge hos politiet, altså før saken bringes inn for rettssystemet, dersom tilståelsen skal ha betydning for straffutmålingen.

c) Tilståelsens innhold

Forarbeidene⁸⁸ til den nye straffeloven sier at selv om forklaringen ikke fullt ut kan anses som uforbeholden tilståelse, skal den i følge gjeldende praksis tillegges en viss vekt ved straffutmålingen hvis den har hatt betydning for politietterforskningen og den senere behandling av saken. Også rettspraksis viser at en tilståelse lettere blir tillagt formildende virkning dersom den har hatt betydning for saksbehandlingen. I Rt. 2007 side 1465 ble tilståelsen ansett formildende fordi den hadde prosessøkonomisk betydning og betydning for de fornærmede, selv om det forelå andre fellende bevis. Også i Rt. 2007 side 616 hadde tilståelsen prosessøkonomisk verdi og betydning for oppklaring av saken. Tilståelsen stadfestet fornærmedes forklaring og bekreftet hans troverdighet, noe som hadde innvirkning i forhold til de tre andre siktede i saken som ikke tilsto. Straffutmålingen ble således redusert som følge av domfeltes tilståelse.

d) Tilståelsens innvirkning på straffutmålingen

Hvilken virkning tilståelsen får på straffutmålingen avhenger av hvor alvorlig legemsbeskadigelsen er og hvilken betydning tilståelsen har hatt for saken⁸⁹. I Rt. 2007 side 1465 som gjaldt to tilfeller av ekstrem brutal vold, utgjorde tilståelsen et halvt års reduksjon av straffen. I Rt. 2007 side 616 som omfattet grov voldsutøvelse, frihetsberøvelse og trusler, medførte tilståelsen at straffen ble redusert med hele ett års fengsel, siden tilståelsen hadde hatt stor betydning for straffesaken mot de andre tiltalte. Rt. 2004 side 1016 omhandlet enkel legemsbeskadigelse, her ble straffen satt ned fra normalnivå 90-120 dager til 60 dagers fengsel på grunn av tilståelse. Dette viser at ved mindre alvorlige legemsbeskadigelser medfører tilståelse en større relativ reduksjon av straffen.

⁸⁸ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.276

⁸⁹ Ot.prp.nr.81 (1999-2000) s.53

4.5.12 Konklusjon formildende omstendigheter

Rettspraksis viser at det særlig er de subjektive straffutmålingsmomentene som blir tillagt vekt i formildende retning ved straffefastsettelsen. Dersom gjerningsmannen er ung, eller befinner seg i en lovende rehabiliteringssituasjon, er dette momenter som svært ofte fører til at straffen blir nedsatt eller omgjort til en mildere reaksjonstype. De individualpreventive hensyn blir i slike saker ansett viktigere enn allmennpreventive hensyn. Men i særdeles grove saker kan Høyesterett velge å se helt bort fra subjektive omstendigheter. I Rt. 2002 side 41 der domfelte var dømt for legemsbeskadigelse med døden til følge overfor sitt eget spedbarn, uttalte retten: ”domfeltes personlige forhold får helt underordnet betydning ved bedømmelsen av slike meget grove straffbare handlinger”.

Hvis fornærmede har opptrådt provoserende i forkant av legemskrenkelsen, er dette også en omstendighet som i mange tilfeller vil virke formildende på straffutmålingen. Mens andre objektive momenter som skadens størrelse og handlingens farlighet, heller vil bidra til at forholdet blir subsumert som legemsfornærmelse i stedet for legemsbeskadigelse.

Det finnes i tillegg andre formildende straffutmålingsmomenter som ikke er tatt med i denne analysen, fordi jeg ikke anser dem som spesielt relevante ved legemsbeskadigelser. For eksempel voldssaker der gjerningsmannen har små åndsevner, liten intelligens eller personlighetsutstyr for øvrig. Dette er saker som ofte blir rettskraftige før de kommer helt til Høyesterett, men omstendighetene får formildende innvirkning på underrettens straffutmåling.

For øvrig kan det ofte være vanskelig å angi hvor stor betydning de enkelte straffutmålingsmomentene har hatt for den fastsatte straff, siden det i hver sak som regel foreligger flere skjerpene og formildende omstendigheter.

4.6 Grensen mot samfunnsstraff

Samfunnsstraff innebærer at den domfelte i stedet for å settes i fengsel, utfører et visst antall timer samfunnsnyttig ubetalt arbeid i sin fritid, samt gjennomgår terapi, behandling eller andre tiltak. På denne måten håper rettssystemet å oppnå større individualpreventiv effekt av straffen.

Vilkårene for å anvende samfunnsstraff finnes i strl. § 28 a. Samfunnsstraff kan anvendes når det ellers ikke ville ha blitt idømt strengere straff enn fengsel i 1 år, hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet, og lovbrøyteren samtykker og har bosted i Norge. I dommen skal det fastsettes en subsidiær fengselsstraff, det kan settes vilkår, og det kan idømmes bot i tillegg.

Ved legemsbeskadigelser er hovedregelen at det skal idømmes ubetinget fengselsstraff⁹⁰. Begrunnelsen for dette er sterke allmennpreventive hensyn. I Rt. 2006 side 1447 sier Høyesterett: ”det er en klar hovedregel at forsettlig legemsbeskadigelse skal møtes med en ubetinget fengselsstraff, og at dom på samfunnsstraff krever ekstraordinære forhold. Det er i praksis også lagt til grunn at terskelen for å gi dom på samfunnsstraff blir høyere når strl. § 232 får anvendelse”.

Spørsmålet blir etter dette hvilke omstendigheter som kan begrunne at den klare hovedregelen fravikes, og samfunnsstraff idømmes for legemsbeskadigelse?

I Rt. 2006 side 382 var domfelte 19 år på gjerningstidspunktet, og hadde hatt en vanskelig oppvekst som flyktning og asylsøker. Legemsbeskadigelsen lå i nedre sjikt av § 229 første straffalternativ, og voldshandlingen fremsto som en impulshandling etter at domfelte følte seg provosert og trakassert. Selv om det forelå sterke personlige og individualpreventive hensyn i saken, mente retten at disse omstendighetene verken samlet eller alene kunne føre

⁹⁰ Rt. 2004 side 1066, Rt. 2006 side 382, Rt. 2006 side 1298, Rt. 2007 side 1052 og HR-2009-78-A

til at utgangspunktet om ubetinget fengselsstraff ble fraveket. Heller ikke i Rt. 2006 side 1298 fant Høyesterett grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen om ubetinget fengsel. Dette til tross for at gjerningsmannen bare var 18 år og 4 måneder da legemsbeskadigelsen fant sted, domfelte hadde erkjent straffeskyld og bedt om unnskyldning, samt betalt erstatning for ødelagte briller og mobiltelefon. Rettspraksis viser dermed at vanskelige miljøforhold eller spesielle etterfølgende omstendigheter, sjelden vil bli ansett som tilstrekkelige grunner for at retten kan idømme samfunnsstraff for legemsbeskadigelse.

Dersom fornærmede har fremprovosert legemsbeskadigelsen, påberoper domfelte ofte at det må idømmes samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengselsstraff. Dette fører sjelden frem i retten. Men i Rt. 2004 side 1066, der fornærmede i forkant av voldsutøvelsen hadde opptrådt klart provoserende som kunde i en kiosk der domfelte arbeidet, kom Høyesterett under tvil frem til at det var forsvarlig å anvende samfunnsstraff. Dette ut fra en samlet vurdering og med særlig vekt på opptakten til den straffbare handling, der det ble lagt til grunn at domfelte hadde handlet i berettiget harme. Det hadde også betydning for straffutmålingen at domfelte tidlig avga uforbeholden tilståelse.

Rehabiliteringshensyn er imidlertid en omstendighet domstolene anser kan begrunne bruk av samfunnsstraff. I Rt. 2006 side 1447 kom Høyesterett med denne klare uttalelsen: "samfunnsstraff kan være aktuelt hvor sterke rehabiliteringshensyn gjør seg gjeldende". I denne saken hadde domfelte i ett års tid vært rusfri, i arbeid og med sterk motivasjon til å endre livsstil. Dette tilfredsstilte etter rettens mening det som kreves for å kunne idømme samfunnsstraff. Førstvoterende bemerket: "domfeltes liv har i en årrekke vært dominert av til dels tungt rusmisbruk og ikke ubetydelige straffbare handlinger. Når en person med slike belastninger, som kan føres tilbake til barne- og ungdomstid, i moden alder gjør en alvorlig anstrengelse for å komme inn i et ordnet og rusfritt liv, bør samfunnet om mulig komme vedkommende i møte, også ved at det strafferettslige reaksjonssystemet utnyttes i rehabiliteringsøyemed. I slike situasjoner kan etter omstendighetene samfunnsstraffens hovedsakelig individualpreventive begrunnelse få en egen mening". Høyesterett påpekte at domfeltes vanskelige oppvekst ikke har egen tyngde til å begrunne samfunnsstraff, men

sammen med en klar rehabiliteringssituasjon som i foreliggende sak, var det grunn til å gi samfunnsstraff. Også i Rt. 2006 side 382 fremhevet Høyesterett: ”skal domstolene unnlate å reagere med ubetinget fengselsstraff ved overtredelse av straffeloven § 229, må det foreligge spesielle omstendigheter. Det at domfelte er i en rehabiliteringssituasjon kan være en slik spesiell omstendighet.”

Lav alder er også et straffutmålingsmoment som i følge høyesterettspraksis er relevant i forhold til idømmelse av samfunnsstraff. I Rt. 2004 side 804 hadde en 15 år gammel gutt deltatt i legemsbeskadigelse av en tilfeldig forbipasserende. Høyesteretts flertall uttalte: ”hensynet til den generelle lovlydighet tilsier at det i sin alminnelighet må reageres med ubetinget fengsel mot en så grov voldshandling. Men etter min mening er situasjonen en annen for helt unge lovbreakere”. Høyesterett begrunner dette med at unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjon forutsetter. Videre har individualpreventive hensyn særlig tyngde i slike saker, i denne alderen er sinnet ytterst sårbart og lite egnet til å motstå uheldige virkninger av fengselsstraffen. I tillegg påpekes det at samfunnsstraff er en meget følbar reaksjon for slike unge lovbreakere. Høyesterett poengterer at det selvsagt går en grense for hvilke lovbrudd som kan gjøres opp med samfunnsstraff, men i dette tilfellet ble grensen ikke ansett overskredet. Også i Rt. 2002 side 742 ble en 15 år og 10 måneder gammel gutt som følge av sin unge alder, idømt samfunnsstraff for legemsbeskadigelse.

Det kan etter dette konkluderes med at det skal svært mye til for å fravike den klare hovedregelen om ubetinget fengselsstraff for legemsbeskadigelser. De eneste unntakene Høyesterett ser ut til å akseptere er at domfelte befinner seg i en konkret, reell rehabiliteringssituasjon, eller at domfeltes alder er på grensen til den kriminelle lavalder. Kun i disse tilfeller virker det som Høyesterett er villig til å idømme samfunnsstraff.

4.7 Grensen mot betinget dom

Betinget fengselsstraff innebærer at en dom på fengselsstraff ikke skal sones, med mindre de vilkår som er fastsatt i dommen brytes og det blir truffet bestemmelse om soning. Ideen bak betinget dom er at den som blir kjent skyldig kan slippe straff hvis han holder seg lovlydig i en prøvetid. Lovbryteren blir dermed spart for avsoningen og dens sosiale følger, samtidig som han har en særlig spore til å holde seg på rett vei i fremtiden⁹¹.

Strl. § 52 gir retten hjemmel til å bestemme at fastsetting eller fullbyrdelse av straff skal utsettes. I dommen skal det fastsettes en prøvetid, normalt på 2 år. Det viktigste vilkår for ettergivelse av straffen er at domfelte avholder seg fra nye straffbare handlinger i prøvetiden, men det kan også fastsettes andre særvilkår, jfr. § 53, som for eksempel at domfelte skal delta i rusprogram. Det er også mulig å gi delvis betinget dom.

Hovedregelen er at det skal idømmes ubetinget fengselsstraff ved legemsbeskadigelser⁹². På grunn av allmennpreventive hensyn brukes det normalt ikke betinget dom ved overtredelse av § 229. Men det viser seg av høyesterettspraksis at visse unntak kan forekomme.

Dersom domfelte tidligere er straffedømt for legemsbeskadigelse, kan en betinget dom bli idømt som et tillegg til en ubetinget fengselsstraff. Dette er uttalt i forarbeidene⁹³ til strl. § 61, der departementet påpeker at straffeskjerpning etter § 61 særlig skal skje i form av en betydelig betinget fengselsstraff som kommer i tillegg til ubetinget fengselsstraff. Dette ble lagt til grunn i Rt. 2005 side 1186, der domfelte var en gjenganger kriminell, men befant seg nå i en positiv rehabiliteringssituasjon. Høyesterett mente at dersom en del av straffen ble gjort betinget, ville dette ha positiv effekt på domfeltes motivasjon til å opprettholde rehabiliteringen og avstå fra nye straffbare handlinger. Også i Rt. 2003 side 732 ble deler

⁹¹ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.476

⁹² Rt. 2004 side 1066, Rt. 2006 side 382, Rt. 2006 side 1298, Rt. 2007 side 1052 og HR-2009-78-A

⁹³ Ot.prp.nr.62 (2002-2003) s.94-95

av straffen omgjort til betinget fengsel på grunn av sterke rehabiliteringshensyn, samt for å unngå en svært oppdelt soning. Høyesterettspraksis viser dermed at tidligere vandel i kombinasjon med rehabiliteringshensyn ofte gir deldom.

Vil soning av en ubetinget fengselsstraff medføre store ekstra belastninger for domfelte eller noen av domfeltes nærmeste, kan fengselsstraffen bli omgjort fra ubetinget til betinget fengsel. I Rt. 2004 side 1626 fikk domfelte endret sin straff til betinget fengsel fordi hun hadde omsorgsansvar for sin sønn på 2 ½ år. Førstvoterende sier: ”samlet sett foreligger det etter min mening slike spesielle omstendigheter som tilsier at det er forsvarlig å fravike hovedregelen om at det reageres med ubetinget fengsel ved legemsbeskadigelse. Samfunnsstraff er et mindre aktuelt alternativ slik forholdene her ligger an, og jeg mener at den utmålte fengselsstraff bør bli stående, men da slik at fengselsstraffen helt ut gjøres betinget”.

Videre kan Høyesterett komme til å anse betinget dom som den mest hensiktsmessige reaksjonstypen, i tilfeller der det foreligger særegen provokasjon fra fornærmedes side. I Rt. 2004 side 1396 var domfelte dømt for legemsbeskadigelse etter § 229 andre straffalternativ, etter å ha funnet sin 16 år gamle datter i seng med den narkotikabelastede fornærmede. Retten la i straffutmålingen stor vekt på de formildende omstendighetene i saken. Det ble fremhevet at domfelte opplevde fornærmedes opptreden som et grovt tillitsbrudd, som straks skapte stor frykt for at datteren var i ferd med å bli en del av fornærmedes miljø. Høyesterett mente at sakens særegne omstendigheter medførte at det ikke burde reageres med ubetinget fengsel mot domfelte, og uttalte videre: ”i valget mellom samfunnsstraff og betinget fengselsstraff er jeg blitt stående ved det siste. Det er ingen preventive hensyn som tilsier samfunnsstraff i dette tilfellet, og straffen bør da settes til betinget fengsel i 7 måneder.” Etter min mening er dette en svært mild dom, tatt i betraktning at det forelå legemsbeskadigelse etter andre straffalternativ.

Tidsmomentet kan også i spesielle tilfeller begrunne betinget dom. I Rt. 2003 side 1763 gikk det hele 4 år og 8 måneder fra legemsbeskadigelsen ble begått, inntil den ble

rettskraftig avgjort i Høyesterett. Siden det unormalt lange tidsforløpet skyldtes forhold som ikke kunne tilskrives domfelte, og de preventive virkninger av en eventuell straffavsoning ikke lenger var til stede, fant retten at fengselsstraffen burde gjøres betinget.

Høyesterettspraksis viser etter dette at når helt spesielle omstendigheter foreligger, kan domstolen fravike sin hovedregel om ubetinget fengselsstraff for legemsbeskadigelser. Gjennomgående skal det mer til for at straffen blir redusert helt ned til betinget dom, i forhold til samfunnsstraff. Ofte er det de preventive hensyn som da blir avgjørende.

4.8 Grensen mot bot

Hovedregelen ved overtredelse av § 229 er ubetinget fengselsstraff. Bot kan brukes som et tillegg til betinget eller ubetinget fengselsstraff, jfr. strl. § 52 nr.3 og § 26 a. Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunnlag for å nedsette straffen under det vanlige lavmål og til en mildere straffart, kan bot brukes som eneste straff. Jeg har imidlertid ikke funnet noen nyere høyesterettsdommer der bot er blitt ilagt som eneste reaksjon for legemsbeskadigelse. Sannsynligvis vil slike saker sjelden bli anket helt til Høyesterett.

4.9 Grensen mot forvaring

Forvaring er en tidsbestemt reaksjonstype. Hovedvilkårene for forvaring etter strl. § 39 c er at en tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet, og at lovbrøteren finnes skyldig i å ha begått en alvorlig voldsforbrytelse og det antas å være en nærliggende fare for at lovbrøteren på nytt vil begå en slik forbrytelse, eller at lovbrøteren finnes skyldig i å ha begått en mindre alvorlig voldsforbrytelse som har nær sammenheng med en voldsforbrytelse han tidligere har begått.

Rt. 2003 side 1257 behandler spørsmålet om hvorvidt legemsbeskadigelse kan anses som en alvorlig voldsforbrytelse som kan gi grunnlag for forvaring. Dommen viser til forarbeidene⁹⁴ til strl. § 39 c der det står: ”til kategorien alvorlig voldsforbrytelse hører for det første drap og grov legemsbeskadigelse. Også vanlig legemsbeskadigelse etter § 229 kan gi grunnlag for særreaksjon, men da særlig dersom den uforsettlig følger skaden var død eller betydelig skade, det vil si tredje straffalternativ”. Høyesterett påpeker at kvalifikasjonen ”alvorlig” tar sikte på å begrense bruken av forvaring til særlig farlige lovbrøyttere for å beskytte mot de farligste forbrytelsene. Høyesterett sier i dommen: ”i utgangspunktet kan en overtredelse av strl. § 229 første straffalternativ ikke gi grunnlag for dom på forvaring. Jeg tilføyer imidlertid at dette kan stille seg annerledes i enkelte tilfeller hvor § 232 kommer til anvendelse. Overtredelse av § 229 første straffalternativ kan da etter en konkret bedømmelse framstå som en alvorlig voldsforbrytelse”. I denne saken var domfelte kjent skyldig i to tilfeller av legemsbeskadigelse etter § 229 første straffalternativ jfr. § 232, blant annet for å ha utøvd uprovosert vold mot en forsvarsløs kvinne. Til tross for dette mente Høyesterett at det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag for forvaring.

⁹⁴ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s.106

5 Er det hensiktsmessig at dommerne utmåler straffen?

Norsk rett bygger på maktfordelingsprinsippet. Som et utslag av dette er det derfor Stortinget som gir de generelle regler, mens domstolene dømmer i konkrete saker. Innenfor lovens vide strafferammer, står domstolene fritt ved straffefastsettelsen. Domstolens frie tøyler i straffutmålingen har vært gjenstand for en rekke diskusjoner opp igjennom årtiene. Andenæs mener at ”straffutmålingen er et område hvor det i alminnelighet er hensiktsmessig at dommeren får frie hender ved vurderingen av de mange momenter som kan spille inn”. Mens Skeie representerer det motsatte syn.⁹⁵

Den foreslåtte lovfestingen av formildende og skjerpene straffutmålingsmomenter i den nye straffeloven av 2005 er et steg i retning av å gjøre straffutmålingen mer lovstyrt, og begrense domstolens frihet ved reaksjonsfastsettelsen. Lovfestingen innebærer at demokratiprinsippet styrkes på bekostning av maktfordelingsprinsippet.

Fordelen med slike straffutmålingsregler er at straffeloven blir mer informativ og tilgjengelig for publikum, reglene fremmer likebehandling og bidrar til bevisstgjøring hos den som utmåler straffen, samt gjør det enklere å gi direktiver om straffutmålingen. Hensynet til nordisk rettsenhet og krav fra internasjonale organer taler også for en kodifisering. Vekten av straffutmålingsmomentene må imidlertid avgjøres i praksis, og bestemmelsene vil ikke være til hinder for å legge vekt på andre momenter. Høyesterett vil derfor fremdeles ha den sentrale rolle ved fastsettelse av straff.

Ulempen med straffutmålingsregler er at lovfastsatte straffutmålingsmomenter kan ta oppmerksomhet bort fra eventuelle andre relevante momenter, og det er en risiko for at oppregningen av momenter vil kunne oppfattes som uttømmende. Mange mener også at det ikke er behov for slike regler på grunn av at etablert praksis og straffutmålingstradisjon gir tilstrekkelig veiledning, og at dagens rettslige grunnlag for straffutmåling gir bedre

⁹⁵ Andenæs: Alminnelig strafferett (2005) s.438 med henvisning til Skeie I s.375

fleksibilitet og mulighet for endring og gradvis utvikling av praksis på sikt. I tillegg frykter mange at lovfestede straffutmålingsregler vil øke saksbehandlingstiden og ressursbruken i domstolene, med større krav til domsbegrunnelser og prosedyrer, samt økt ankefrekvens.⁹⁶

Etter min mening vil en mer lovstyrt straffutmåling kunne sikre større ensartethet i straffutmålingen, og gi lik straff for lik forbrytelse, noe som er et overordnet strafferettslig mål. Men samtidig er det så store variasjoner fra sak til sak at et fullt ut standardisert nivå neppe vil virke heldig.

⁹⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.37

6 Litteraturregister

Andenæs, Johs: Alminnelig strafferett, 5.utgave, Oslo 2005, Universitetsforlaget.

Andenæs, Johs: Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene, Oslo 2008,
Universitetsforlaget.

Eskeland, Ståle: Strafferett, 2.utgave, Oslo 2006, Cappelen Akademisk Forlag.

Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders: Straffeloven Kommentartutgave, anden del
Forbrytelser (studentutgave), Oslo 1997, Universitetsforlaget.

Slettan, Svein og Øie, Toril Marie: Forbrytelse og straff bind I, Oslo 2001, Tano
Aschehoug Forlag.

7 Lov- og forarbeidsregister

Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr.10

Lov om straff (straffeloven) av 20.mai 2005 nr.28 (ikke satt i kraft)

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon av 4.november 1950,
gjort til norsk lov i Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(Menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr.30

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20.november 1989,
gjort til norsk lov i Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(Menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr.30

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.8 (2007-2008)

om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr.28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Ot.prp.nr.90 (2003-2004)

om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp.nr.62 (2002-2003)

om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)

Ot.prp.nr.81 (1999-2000)

om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.)

Ot.prp.nr.87 (1993-1994)

om lov om endringer i straffeloven mv. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)

Ot.prp.nr.79 (1988-1989)

om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.m. (skjerpete strafferammer for voldsforbrytelser, straff for innførsel av pornografi, styrking av domstolenes fagkyndighet i saker om økonomisk kriminalitet, raskere behandling av straffesaker m.m.)

8 Domsregister

HR-2009-78-A

Rt. 2007 s. 1659

Rt. 2007 s. 1465

Rt. 2007 s. 1089

Rt. 2007 s. 1052

Rt. 2007 s. 616

Rt. 2007 s. 37

Rt. 2006 s. 1447

Rt. 2006 s. 1298

Rt. 2006 s. 996

Rt. 2006 s. 970

Rt. 2006 s. 843

Rt. 2006 s. 382

Rt. 2005 s. 1186

Rt. 2004 s. 1626

Rt. 2004 s. 1396

Rt. 2004 s. 1355

Rt. 2004 s. 1066

Rt. 2004 s. 1016

Rt. 2004 s. 804

Rt. 2004 s. 381

Rt. 2003 s. 1763

Rt. 2003 s. 1257

Rt. 2003 s. 732

Rt. 2002 s. 846

Rt. 2002 s. 742

Rt. 2002 s. 41

Rt. 2001 s. 1383

Rt. 2001 s. 733
Rt. 2000 s. 20
Rt. 2000 s. 1
Rt. 1995 s. 582
Rt. 1993 s. 1005
Rt. 1992 s. 1311
Rt. 1991 s. 431
Rt. 1991 s. 199
Rt. 1991 s. 7
Rt. 1983 s. 1268
Rt. 1980 s. 499
Rt. 1971 s. 1194
Rt. 1968 s. 777
Rt. 1962 s. 626
Rt. 1952 s. 1019
LE-2008-135395
LB-2007-152868

