

UiO : **Det juridiske fakultet**

Straffutmåling ved forsettlig drap

En analyse og vurdering

Kandidatnummer: 662

Leveringsfrist: 25. 04. 2013

Antall ord: 17 717



Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE	I
1 INNLEDNING	1
1.1 Bakgrunn	1
1.2 Problemstilling og plan for den videre fremstilling.....	2
1.3 Avgrensning.....	2
2 ANALYSE	4
2.1 Overordnede hensyn ved utmåling av straff.....	4
2.1.1 De relative strafferettsteorier.....	5
2.1.2 De absolutte strafferettsteorier	7
2.1.3 Vekselvirkninger	13
2.2 Loven.....	14
2.2.1 Den alminnelige strafferammen.....	14
2.2.2 Strl. § 233 (2) – Straffskjerpene omstendigheter	14
2.2.3 Generelle sidestrafferammer	17
2.3 Skjønnsmessig helhetsvurdering	18
2.3.1 Det alminnelige straffenivå	24
2.3.2 Individuelle omstendigheter ved drapshandlingen.....	25
2.4 Utenforliggende hensyn.....	50
2.4.1 Sosiale klasser og kjønn	50
3 VURDERING.....	54
3.1 Hvilke hensyn bør være styrende for straffens utmåling.....	54
3.1.1 Allmennprevensjon	54
3.1.2 Individualprevensjon.....	58
3.1.3 Rettferdighet.....	60

3.2	Kan dagens straffutmålingssystem forsvares ut fra generelle betraktninger om straffens formål?	62
3.2.1	Domstolenes argumentasjonsteknikk	62
3.2.2	Utformingen av straffebudet	65
4	AVSLUTNING.....	70
5	LITTERATURLISTE.....	72
5.1	Lover	72
5.2	Traktater	72
5.3	Forarbeider	73
5.4	Stortingsdokumenter	74
5.5	Svenske forarbeider	74
5.6	Rettspraksis	74
5.7	Litteratur	77
5.8	Nettdokumenter	78
5.9	Avisartikler	79
5.10	Tabell	80

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

I vår kulturkrets er forsettlig drap den alvorligste forbrytelse.¹ Tap av menneskeliv er uerstattelig, og har ofte store konsekvenser for pårørende. Lovens høye strafferammer for forsettlig drap reflekterer lovgivers misbilligelse av drapshandlingen.

Da straff er *”et onde som staten tilføyer lovovertrederen i den hensikt at han skal føle det som et onde”* jfr. Rt-1977-1207, er dens virkninger i varierende grad både inngripende, destruktiv og ressurskrevende. Straffens tilsiktede påførelse av lidelse står på mange måter i kontrast til sosiale velferdstiltak som karakteriserer vår moderne stat.²

Det pågår en kontinuerlig debatt om utmåling av straff for forsettlig drap. Både fra lovgiverhold og fra rettspraksis har det i lengre tid blitt gitt signaler om at straffene for forsettlig drap bør skjerpes. Ved lovendring av 25. juni 2010 nr. 46 ble minstestrafen for drap skjerpet fra 6 til 8 års fengsel. Lovendringen er primært begrunnet i hensynet til allmennprevensjon, herunder at økte strafferammer skal bidra til at borgerne avstår fra å begå kriminalitet.³ Undersøkelser viser imidlertid at økte strafferammer er av underordnet betydning for drapsstatistikken.⁴

Diskusjonen vedrørende straffutmåling for forsettlig drap forsterker inntrykket av at det eksisterer klare meningsforskjeller om formålet med straff og hvilke momenter som bør være av betydning ved utmålingen. Hvorvidt likevekten skal finnes mellom forsvar av samfunnet og hensynet til den enkelte lovbrøyer, kan imidlertid vanskelig uttrykkes i en enkel formel.

¹ Andenæs (2008) s. 31

² Andenæs (1990) s. 103 og Christie (2004) s. 130

³ Prop.97 L (2009-2010) s. 5, 7 og 38

⁴ Se diskusjon i punkt 3.1.1

1.2 Problemstilling og plan for den videre fremstilling

Temaet for avhandlingen er straffutmåling ved forsettlig drap. Det skal foretas en analyse og vurdering av straffutmålingen slik den fremstår i dag.

For best å kunne belyse oppgavens tema, vil jeg først se på hvilke momenter som er av betydning for straffutmålingen, herunder betydningen av straffens formål, lovens strafferammer, det alminnelige straffenivå og individuelle omstendigheter ved drapshandlingen. Det skal også sies noe om utenforliggende hensyn ved straffutmålingen.

I oppgavens annen del skal det foretas en rettspolitisk drøftelse av straffutmålingsinstituttet: Hvilke hensyn bør være styrende for straffens utmåling? Hvilke svakheter kan trekkes frem ved dagens straffutmålingssystem? I denne del skal det også sies noe om hvilke endringer som kan foretas for at utmålingen av straff skal være i overensstemmelse med generelle betraktninger om straffens formål.

1.3 Avgrensning

Temaet gir foranledning for å drøfte en rekke forskjellige spørsmål. Med den tildelte plassrammen må det foretas en prioritering:

Den mest praktiske straffereaksjonen ved drap er ubetinget fengselsstraff. Fremstillingen avgrenses derfor mot en nærmere redegjørelse av hefte, samfunnstjeneste, bøter, rettighetstap, og betinget fengselsstraff. Videre avgrenses fremstillingen mot en generell redegjørelse av straffutmåling ved forvaring. Straffutmålingspraksis vedrørende forvaring vil likevel trekkes inn hvor det er hensiktsmessig.

Fremstillingen tar sikte på å gjøre rede for straffutmåling i tilfeller hvor domfelte oppfyller straffbarhetsvilkårene. På denne bakgrunn har jeg ikke behandlet tilfeller hvor gjerningspersonen er utilregnelig eller under den kriminelle lavalder. Det skal videre ses

bort fra tilfeller hvor gjerningspersonen har begått drapshandlingen i nødverge eller befinner seg i en situasjon hvor han er i rettslig eller faktisk villfarelse.

Fremstillingen avgrenses videre mot straffutmåling ved uaktsomme drap jfr. strl. § 239 og straffutmåling ved legemsbeskadigelser med døden til følge jfr. strl. § 229. Straffutmåling ved barnedrap jfr. strl. § 234 og medlidenhetsdrap jfr. strl. § 235 (2) skal heller ikke behandles.

Da straff for forsøk ikke angir straff for den fullbyrdede drapshandling, vil avhandlingen avgrenses mot en fremstilling av straff for forsøk. Medvirkning til forsettlig drap skal heller ikke behandles.

Endelig avgrenses oppgaven mot straffutmåling i henhold til strl. § 56 om nedsettelse av straff under straffens lavmål. Disse reglene er av svært ulik karakter, og det vil føre for langt å gå inn i en konkret beskrivelse av straffutmåling når vilkårene for straffnedsettelse er oppfylt. De hensyn som bestemmelsen verner om kan imidlertid gi veiledning ved fastsettelsen av straffen innenfor den alminnelige strafferamme. For eksempel skal det tas stilling til straffutmåling hvor drapshandlingen er begått som følge av selvforskyldt rus, i affekt, som følge av seksuelle overgrep og som følge av gjerningsmannens avvikende personlighetstrekk⁵

⁵ Se punkt 2.3.2

2 Analyse

2.1 Overordnede hensyn ved utmåling av straff

I en Nordisk utredning fra 1984 om straffutmåling beskrives forholdet mellom straffens formål og straffens utmåling slik:

”Fastsettelsen av straffen i det konkrete tilfelle kan ikke skje isolert fra de formål som hele straffesystemet tar sikte på. Gjennom straffesystemet tar samfunnet sikte på å begrense omfanget av sosialt uønskede handlinger gjennom almenprevensjon og individualprevensjon. Men samfunnet ønsker ikke å forhindre kriminalitet for enhver pris. Forestillinger om rettferdighet og humanitet setter grenser for bruken av straff”.⁶

Den siterte uttalelsen viser hvordan hensynet til straffens formål er med på å danne rammene for straffutmålingen. I det følgende skal det undersøkes hva som kan utledes av lovforarbeider, rettspraksis og juridisk teori om hvilke straffeteorier som har dominert norsk strafferett de senere årene.

Begrunnelsen for samfunnets rett, plikt og behov for å kunne straffe har endret seg gjennom tidene. Ytterpunktene er det primitive samfunns krav om en rettferdig gjengjeldelse og nåtidens syn om at straffen må være til nytte for samfunnet.⁷ Straffeteoriene betegnes ofte som henholdsvis absolutte og relative straffeteorier.⁸

⁶ NU 1984:2 s. 39

⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 6.1

⁸ NOU 2002:4 punkt 5.2.2.3.1 og Andenæs (2010) s. 67

2.1.1 De relative strafferettsteorier

2.1.1.1 Allmennprevensjon

Det grunnleggende trekk ved allmennprevensjon er at loven truer med straff for å motivere samfunnet til å overholde normen. Straffen kan virke allmennpreventivt på flere måter. I teorien har man særlig pekt på straffens avskrekkende, moralskapende og vanedannende virkning.⁹

Med straffens avskrekkende virkning menes at risikoen for oppdagelse og straff avholder den enkelte fra å begå lovbrudd. Straffens moralskapende funksjon kan formuleres i retning av at samfunnets misbilligelse av handlingen bidrar til å forme og styrke allmennhetens moralske forestillinger og normer. Den vanedannende funksjon innebærer at samfunnet, ved sosial imitasjon, innarbeider forestillinger om hvilke handlinger som lar seg gjøre.¹⁰

Tanken om at straffens overordnede funksjon er å forhindre fremtidige lovbrudd er nærmest enerådende innenfor dagens norske rettssystem. I Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) kommer departementet med en bred, generell uttalelse om at:

”(...)straffens formål etter dette må være å styre atferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelse – prevensjon – som sitt formål.”¹¹

Også i domsbegrunnelser fremheves allmennpreventive hensyn som en viktig begrunnelse for straffens utmåling. I Rt-1990-26 la retten til grunn at hensynet til allmennprevensjon måtte være tungtveiende ved straffutmålingen. Om dette fremholdt førstvoterende:

⁹ Andenæs (1990) s. 25

¹⁰ Andenæs (1990) s. 25

¹¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 6.2

“Jeg er enig med påtalemyndigheten i at hensynet til den alminnelige lovlydighet må veie tungt i voldssaker, og i at straffenivået vil kunne være av holdningsskapende betydning. Ved fastleggelsen av straffenivået må det derfor tas hensyn til voldstendensene i samfunnet og mulighetene for å motvirke disse tendenser ved straffereaksjoner, jf Høyesteretts dom av 2. januar 1990 – lnr 1B/1990.”

Det samme syn gjentas blant annet i Rt-1990-1. Saken gjaldt drap begått under særdeles skjerpene omstendigheter. Ved straffutmålingen fremholdt retten: *“Jeg er enig med påtalemyndigheten i at økningen i voldskriminalitet krever en streng straff i saker av denne art.”*¹²

2.1.1.2 Individualprevensjon

Med individualprevensjon tenker man på straffens virkning for den som selv blir straffet. Straffens individualpreventive funksjoner tar sikte på å hindre nye lovbrudd gjennom å behandle, avskrekke og uskadeliggjøre den enkelte lovbrøyer.¹³

I Norge skjedde det en endring i den kriminalpolitiske diskusjon i løpet av 1960-årene. Man beveget seg bort fra de behandlingsideologiske strømninger som sto sterkt i 1950 og begynnelsen av 1960 årene. Kritikere pekte på at det ikke så ut til å spille noen rolle for tilbakefallsstatistikken om gjerningsmannen fikk streng eller mild straff.¹⁴

Tanken om individualprevensjon har imidlertid satt sine spor i ettertidens strafferettslovgivning. Hensynet kommer blant annet til uttrykk i straffegjennomføringsloven. I formålsbestemmelsen i § 2 fremgår det:

¹² Se i samme retning Rt-1980-1552

¹³ Hellum (2003) s. 3, Ertzeid (2004) s. 72 og Slettan (2001) s. 16

¹⁴ Andenæs (1990) s. 188

“Straffen skal gjennomføres på en måte som tar hensyn til formålet med straffen, som motvirker nye straffbare handlinger, som er betryggende for samfunnet og som innenfor disse rammene sikrer de innsatte tilfredsstillende forhold.”

I lovens § 3 (4) fremgår det videre at:

”Ved gjennomføringen av fengselsstraff og strafferettslige særreaksjoner skal det så vidt mulig skje en gradvis overgang fra fengsel til full frihet og gis tilbud om deltagelse i fritidsaktiviteter”.

Også domstolene anvender individualpreventive hensyn som begrunnelse for straffens utmåling. I Rt-2003-893 uttalte Høyesterett flertall (4-1) ved førstvoterende kst. dommer Zimmer at det ved straffutmålingen måtte:

”(...)tas i betraktning at gruppesolidariteten er sterk i en gjeng som den domfelte deltar i. Dette innebærer et sterkt incitament til å følge gruppens normer fremfor samfunnets regler. Både allmennpreventive og individualpreventive grunner taler av denne grunn for at straffen må være streng.”¹⁵

2.1.2 De absolutte strafferettsteorier

Selv om prevensjonstanken er den dominerende som begrunnelse for straff i vårt strafferettssystem, er den allikevel ikke enerådende. Etter de absolutte straffeteorier er straffens formål i første rekke å oppfylle rettferdighetens krav.¹⁶

¹⁵ Rt-2003-893 avsnitt 21. Se i samme retning LB-2012-179209) “Bislett draper”. Ved straffutmålingen uttalte retten at “Individualpreventive hensyn tilsier at det reageres strengt overfor A.”

¹⁶ Andenæs (2010) s. 67

I Kriminalmeldingen nevnes hensynet til rettferdighet som et selvstendig hensyn ved utmåling av straff:

”Kravet til rettferd utgjør også en selvstendig begrunnelse for straff og for fastsettelse av straffens størrelse. Den oppfatning at visse normbrudd skal møtes med en forholdsmessig motreaksjon, er i seg selv en sosial realitet og alminnelig akseptert. Som sosial realitet utgjør kravet til rettferdighet et sikrere grunnlag for straff enn teorier som bygger på at straffen er et middel for å nå andre mål. Selv om sistnevnte teorier ikke viser seg holdbare, er det derfor all grunn til å gå ut fra at straff som reaksjon på uønskede handlinger likevel vil bli opprettholdt, ut fra rettferdsbetraktninger.”¹⁷

”Rettferdighet” er ikke et presist og entydig fastlagt juridisk begrep. Begrepet har dels selvstendig betydning, og dels har begrepet betydning som referanse eller bestanddel i andre begreper.¹⁸ I det følgende skal det tas stilling til hvordan rettferdighetsbegrepet brukes i ulike sammenhenger i norsk lovgivning, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

2.1.2.1 Gjengjeldelse

Gjengjeldelsens mekanisme er at et onde skal møtes med et annet onde.¹⁹ Eckhoff oppfattet dette kravet til likevekt som et uttrykk for rettferdighet ved utveksling av verdier.²⁰ Også Andenæs knytter gjengjeldelsesbegrepet opp mot et moralsk prinsipp. Han uttaler at: *”Gjengjeldelsesstraffen er tenkt som utslag av et moralsk prinsipp som går ut på at han får den skjebne han fortjener.”²¹*

¹⁷ St.meld.nr.104 (1977-78) s. 31

¹⁸ NOU 2002:4 punkt 5.2.2.3.3

¹⁹ Ertzeid (2004) s. 31

²⁰ Eckhoff (1971) s. 38-39

²¹ Andenæs (1996) s. 12

I de eldste samfunnsdannelser var gjengjeldelse straffens primære formål. Blodhevn sikret at den krenkede og hans slekt kunne gjenopprette sin tapte ære.²²

I historisk perspektiv er Immanuel Kant en av de fremste forkjemperne for gjengjeldelsesteorien. Han mente at andre hensyn enn gjengjeldelse aldri var tilstrekkelige til å begrunne straff. Ved å bli gjengjeldt oppheves forbrytelsen, og det skjer en utligning mellom gjerningsmann og offer.²³

I moderne strafferett er gjengjeldelsestanken nærmest forlatt. I forarbeidene til den nye straffelov av 2005 om straffens formål heter det: *”Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål. (...)”*²⁴ Videre fremheves det:

*”Formålet med en virksomhet eller aktivitet angir det resultat en ønsker at virksomheten skal gi i fremtiden. Forstått slik gir det i dag dårlig mening å si at formålet med straffen er gjengjeldelse.”*²⁵

I forarbeidene påpekes det imidlertid at gjengjeldelsesteoriene fortsatt gir mening, om enn bare i begrenset grad: *”I dag lever arven fra gjengjeldelsesteorien videre i troen på den virkning det har for den sosiale ro i samfunnet at borgerne ser at det blir reagert overfor de som begår lovbrudd (...)”*²⁶ Den siterte uttalelsen kan leses slik at gjengjeldelsesbetraktninger indirekte gis tilslutning som en preventiv virkning av straffen - Straff er nødvendig for å forhindre privat rettshåndhevelse.²⁷

²² Hauge (1996) s. 29 og Ertzeid (2004) s. 43

²³ Leer-Salvesen (1991) s. 223-224 og Ertzeid (2004) s. 52

²⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.2

²⁵ Ibid

²⁶ Ibid

²⁷ Ertzeid (2004) s. 63

Selv om gjengjeldelsesteorien på det språklige planet nærmest oppfattes som tabu, viser fremstillingen i punkt 2.3.2 at domstolen, på det rettslige planet, til tider anvender slike betraktninger ved utmåling av straff.

2.1.2.2 Straffverdighet og forholdsmessighet

I Straffelovkommisjonens utredning om fastsettelse av strafferammer påpekes det at begrepet straffverdighet brukes ”*som en karakteristikk av handlinger vurdert ut fra hensyn med moralske implikasjoner, nært knyttet til rettferdighetsbetraktninger og gjengjeldelsesteorier.*”²⁸ På denne bakgrunn er det nærliggende å anse straffverdighetsvurderinger som et utslag av hensynet til en rettferdig straffutmåling.

Ved utarbeidelsen av ny straffelov sluttet departementet seg til Straffelovkommisjonens synspunkt om at lovovertrედelsens straffverdighet skulle være et av de fremste formål ved utarbeidelsen av lovens strafferammer.”²⁹

I forarbeidene til ny straffelov fremgår det videre at den ene siden av straffverdighetsvurderingen knytter seg til kravet om at det skal være forholdsmessighet mellom lovbruddet og den strafferamme som er fastsatt.³⁰ Hensynet omtales som ”*utvekslingsrettferdighet*”.³¹ Forarbeidene fremhever hensynet til utvekslingsrettferdighet som særlig sentralt ved fastsettelsen av strafferammen for drap. Om dette bemerker departementet: ”*Avgjørende for fastsetting av den øvre strafferamme for de alvorligste lovbrudd er særlig forholdsmessighetsbetraktninger eller proporsjonalitet.*”³²

²⁸ NOU 2002:4 punkt. 5.2.2.3.3

²⁹ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) punkt 10.2.1

³⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 129

³¹ Ibid

³² Ibid s. 145 og Eckhoff (1971) s. 43

Den andre siden av straffeverdighetsvurderingen knytter seg til forholdet mellom forskjellige typer av lovovertrедelser.³³ Angrep på de mest beskyttelsesverdige interesser skal straffes strengere enn angrep på mindre beskyttelsesverdige interesser. Hensynet omtales i forarbeidene som *”fordelingsrettferdighet.”*³⁴

2.1.2.3 Den alminnelige rettsfølelse

I forarbeidene til ny straffelov bemerkes det: *”Dersom man vektlegger rettferdighets – og straffverdighetshensyn i et demokrati, vil den alminnelige rettsbevissthet ha sentral betydning i mangel av andre referanser.”*³⁵ Hensynet til den alminnelige rettsfølelse må i denne sammenheng ses som et utslag av hensynet til rettferdighet – domstolenes behov for tillit i samfunnet.

Selve uttrykket *”den alminnelige rettsfølelse”* er ikke entydig. Rent språklig tilsier bestemmelsen at folkeviljen skal være avgjørende for lovgivningen. Ordlyden gir kanskje en overdreven forestilling om klarheten og ensartetheten i folks oppfatning.

Hensynet til den alminnelige rettsfølelse fremheves i rettspraksis som en viktig premissleverandør for straffutmålingen. I Rt-1992-688 var det spørsmål om straffutmåling for overtredelse av strl. § 233 (1). Mannen hadde kvalt sin forlovede etter at han hadde oppdaget at hun hadde et forhold til en annen mann. Ved vurderingen av straffens lengde bemerket retten: *“Ved utmålingen av straff i en drapssak har hensynet til den alminnelige rettsfølelse en dominerende plass.(...)”*³⁶

³³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 129

³⁴ Ibid s. 148

³⁵ NOU 2002:4 punkt 5.2.2.4

³⁶ Se også Rt-2004-1324 avsnitt 33: *“Straffen for en drapshandling som den jeg har beskrevet må fastsettes slik at den avspeiler samfunnets reaksjon på en meget alvorlig straffbar handling.”*

2.1.2.4 Likhet, forutberegnelighet og rettssikkerhet

Hensynet til en rettferdig straffutmåling tilsier at like tilfeller behandles likt. I Straffelovkommisjonens delutredning bemerkes det at:

”Rettferdighetsbegrepet har vært gjenstand for en intens diskusjon opp gjennom tidene og er gitt et stort antall utforminger. Heller ikke i lovforarbeidene kan man finne noen entydig begrepsbruk. Begrepet har imidlertid en sammenheng med rett og rimelighet, og overalt synes rettferdighet på en eller annen måte å være knyttet til likhet.”³⁷

Kravet om likhet er blant annet kommet til uttrykk i Grl. § 97 og strl. § 3 om forbud mot lovers tilbakevirkende kraft. Tilbakevirkningsforbudet er også kommet til uttrykk i EMK art. 7 og SP art. 15. I henhold til menneskerettsloven § 2 jfr. § 3 gjelder konvensjonene som norsk lov, og ved motstrid går bestemmelsene foran nasjonal lovgivning. Tilbakevirkningsforbudene er begrunnet i rettferds- og rettssikkerhetshensyn. Ved at ingen kan dømmes for handlinger som ikke var straffbare på tidspunktet da handlingene ble begått, eller straffes etter en strengere bestemmelse enn den som gjaldt på gjerningstiden, tar bestemmelsene sikte på å sikre forutberegnelighet og å beskytte mot overgrep og vilkårlighet.

Kravet om likhet og forutberegnelighet ved fastsettelse av straff er videre kommet til uttrykk i Grl. § 96 om legalitetsprinsippet. Av bestemmelsen følger det at *”Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter dom.”* Lovkravet i Grl. § 96 forstås tradisjonelt slik at det stilles visse krav til spesifikaasjon i straffebestemmelsen. Det er i forhold til gjerningsbeskrivelsens innhold det har vært vanlig å problematisere kravene til spesifikaasjon, ikke i forhold til hvilke momenter det kan legges vekt på ved

³⁷ NOU 2002:4 punkt 5.2.2.3.3

straffutmålingen.³⁸ Hensynene bak bestemmelsen er imidlertid å hindre vilkårlighet fra domstolenes side og at borgerne skal kunne forutberegne sin rettslige stilling. Dersom domstolene vurderer konkrete omstendigheter ved handlingen ulikt i likeartede tilfeller, svekkes hensynet til likhet, forutberegnelighet og rettssikkerhet ved straffutmålingen.

Da omleggingen av rettsmiddelsystemet har ført til at straffutmålingsankene som tillates for Høyesterett er færre og av mer prinsipiell karakter, jfr. strpl. § 323, kan det argumenteres for at Høyesterett har fått redusert innflytelse når det gjelder å sikre at likhetsprinsippet blir fulgt.³⁹ Det kan dessuten hevdes at bestemmelsen i strpl § 344 om at Høyesterett ved anke over straffutmålingen ikke skal endre den utmålte straff ”med mindre den finner at det er et åpenbart misforhold mellom den straffbare handling og straffen”, kan bidra til at hensynet til likhet ved straffutmålingen, svekkes.⁴⁰

2.1.3 Vekselvirkninger

De ulike hensyn som virker inn ved fastsettelsen av strafferammer og utmåling av straff i det konkrete tilfelle kan lett flyte sammen. For eksempel vil vekten av hensynet til prevensjon i stor grad bestemmes av hensynet til en rettferdig straffegjengjeldelse og folkets verdinormer. Jo grovere en handling er, desto mer er det også ønskelig å forhindre at noe tilsvarende skjer igjen.⁴¹ Hvis ikke folks behov for å se forbrytelser straffet blir tilfredsstilt i rimelig grad, kan enkelte ta håndhevelsen i egne hender. Andenæs uttrykker om dette at: ”For å oppnå en moralsk virkning må loven og straffesystemet oppleves som en utøvelse av legitim autoritet.”⁴²

³⁸ NOU 2002: 4 punkt 5.2.1.5.1 og Prop. 97 L (2009-2010) s. 11

³⁹ Eskeland (2006) s. 427

⁴⁰ Bestemmelsen gjelder bare hvis Høyesterett ikke endrer lovanvendelsen, jfr. ordlyden.

⁴¹ Ertzeid (2004) s. 75

⁴² Andenæs (1990) s. 133

Samtidig kan samfunnets verdinormer påvirkes av lovgivers allmennpreventive betraktninger. Høye strafferammer for enkelte lovbrudd kan være med på å influere folkets moralske dom over handlingen.

Disse sammenhengene medfører en fare for sirkelargumentasjon i domstolenes begrunnelser ved straffens utmåling. Når domstolene for eksempel anfører prevensjonshensyn som retningsgivende for straffutmålingen i den aktuelle sak, kan argumentasjonen være med på å skjule og tilsløre andre forhold av betydning for straffutmålingen.

2.2 Loven

2.2.1 Den alminnelige strafferammen

Straffelovens § 233 lyder:

”Den, som forvolder en andens Død, eller som medvirker dertil, straffes for Drab med Fængsel i mindst 8 Aar.

Har den skyldige handlet med Overlæg, eller har han forøvet Drabet for at lette eller skjule en anden Forbrydelse eller unddrage sig Straffen for en saadan, kan Fængsel i inntil 21 år anvendes. Det samme gjælder i Gjentagelsestilfælde samt, hvor forøvrigt særdeles skjærpende Omstændigheder foreligger.”

Den vanlige strafferamme for drap er altså fengsel fra 8 år til 15 år, jfr. strl. § 233 (1) jfr. strl. § 17 (a). Fengsel i inntil 21 år anvendes så fremt det foreligger straffskjerpene omstendigheter, jfr. strl. § 233 (2). Minimumsstraffen ved brudd på strl. § 233 (2) er den samme som etter 233 (1), dvs. 8 års fengsel.

2.2.2 Strl. § 233 (2) – Straffskjerpene omstendigheter

Det første alternativet er at drapet er begått med overlegg. Overlegg foreligger når drapet er resultatet av en overveid beslutning, jfr. Rt-1949-402. I dommen bemerket retten at det ikke er tilstrekkelig at gjerningspersonen har hatt tid til å overveie sin handling. Det kreves

også at omstendighetene anser det sannsynliggjort at vedkommende faktisk har overveiet sin handling.

Dersom beslutningen om drap er truffet rask og affektbetont, foreligger det ikke overlegg.⁴³

I Rt-1990-1297 la retten imidlertid til grunn at det ikke kan kreves at handlingen er planlagt for at handlingen er begått med overlegg. På den annen side kan man ikke sette likhetstegn mellom planlagte og overlagte handlinger, jfr. Rt-1959-991. I sistnevnte tilfelle var det tale om en husholderske som over en lengre periode hadde planlagt å drepe sin ektemann. Høyesterett kom til at forberedelsene var gjort og planene lagt på et tidspunkt da hun på grunn av sin affekt var i en slik psykisk tilstand at motforestillinger ikke kunne gjøre seg gjeldende. Drapet var følgelig ikke begått med overlegg.

Det er heller ingen nødvendig sammenheng mellom overlegg og hensikt. Hensikt kan foreligge uten at det foreligger overlegg.⁴⁴ Den som i det øyeblikk han voldtar sin venninne, får den plutselige innskytelse å drepe henne, handler med hensikt, men ikke med overlegg. På den annen side kan overlegg foreligge, uten at det foreligger hensikt. Som eksempel nevner Andenæs at: *”Eieren som setter fyr på huset for å få assurancesummen, til tross for at han regner med at leieboerens familie kanskje kommer til å brenne inne, handler med overlegg, men ikke med drapshensikt.”*⁴⁵

Det annet alternativ i bestemmelsen forutsetter at drapet er begått for å *”lette eller skjule en annen forbrytelse eller unddra seg Straffen for en saadan.”* Lovkommentaren nevner som eksempel på *”å lette”* en forbrytelse at man begår drap for å gjennomføre et ran. Som eksempel på å *”skjule”* en forbrytelse nevnes at man begår drap for å skjule en voldtekt.⁴⁶ Sistnevnte alternativ om å unndra seg straff har normalt ikke selvstendig betydning i tillegg

⁴³ Andenæs (2010) s. 242

⁴⁴ Andenæs (2010) s. 242

⁴⁵ Ibid

⁴⁶ Matningsdal (1995) punkt 10.3

til de to øvrige. Bestemmelsen får imidlertid typisk anvendelse i tilfeller hvor en innsatt skyter en fangevokter for å unndra seg straff.⁴⁷

Videre kan lovens maksimumsstraff anvendes for gjentakelsestilfeller. Straffskjerpning etter dette alternativ får bare betydning i den grad vilkårene i straffelovens § 61 er oppfylt.⁴⁸

Avslutningsvis angir bestemmelsen at straffen skjerpes så fremt *”særdeles skjærpende Omstændigheder”* foreligger. Ordlyden taler for at det kreves meget for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

Dette synspunkt bekreftes i Rt-2003-893. I dommen fremhevet Høyesterett at enhver drapshandling som regel vil være en alvorlig og ofte gruoppvekkende handling. Følgelig må det *”komme en god del mer til”* for at straffeskjerpelsen skal få anvendelse.⁴⁹

Lovkommentaren nevner som eksempel på dette alternativet at drapet er utført på en særlig grusom måte, at det er begått mot en helt vergeløs person eller at det ikke foreligger annet tenkelig motiv enn ren drapslyst.⁵⁰

I Rt-1989-1330 kom førstvoterende med en bred, generell uttalelse om at man ved avgjørelsen om det foreligger særdeles skjærpende omstendigheter må anlegge en *”relativt bredvurdering”*. Videre ble det fremholdt:

”Selve drapshandlingen må stå sentralt i vurderingen, men det må også kunne legges noen vekt på bakgrunnen for handlingen, domfeltes subjektive forhold og også forhold som knytter seg til drapet, men som i tid ligger noe etter dette”.

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ Se punkt 2.2.3

⁴⁹ Rt-2003-893 avsnitt 13

⁵⁰ Matningsdal (1995) punkt 10.5

Vurderingen er siden lagt til grunn i en rekke Høyesterettsdommer.⁵¹

Domstolene anser etterfølgende forhold som særlig tungtveiende ved vurderingen av om drapet er begått under særdeles skjerpende omstendigheter. I Rt-2003-247 bemerket retten at det neppe ville ha vært aktuelt å anvende strl. § 233 (2) dersom etterfølgende graverende forhold ved drapshandlingen tenkes borte. I saken var det tale om drap begått ved øksehugg og kvelning. Da liket ble partert en uke etter drapet, kom retten enstemmig til at drapet måtte anses begått under særdeles skjerpende omstendigheter.

Domfeltes etterfølgende opptreden ble også tillagt vekt i Rt-2002-262. Ved straffutmålingen fremholdt retten at det ved vurderingen måtte legges *”en viss vekt på domfeltes etterfølgende opptreden, hvor han fjernet liket og dumpet det i sjøen for å skjule forbrytelsen.”*

Dersom retten kommer til at flere av alternativene i straffelovens § 233 (2) er oppfylt, vil dette være omstendigheter som kan tale for en skjerpet straff, jfr. Rt-2005-83. I dommen uttalte førstvoterende:

*”Straffverdigheten av drapshandlingen kommer klart til uttrykk ved at det foreligger flere selvstendige grunnlag for å henføre den under straffeloven § 233 annet ledd, slik at maksimumsstraffen på 21 år kommer til anvendelse.”*⁵²

2.2.3 Generelle sidestrafteammer

Generelle sidestrafteammer brukes her som en fellesbetegnelse på generelle bestemmelser som innebærer at det i gitte tilfeller kan idømmes strengere straff enn det som er angitt i det enkelte straffebed.

⁵¹ Se blant annet Rt-1992-1094, Rt-2002-262, Rt-2003-247 og Rt-2003-893.

⁵² Rt-2005-83 avsnitt 10

Dagens straffesystem har tre slike bestemmelser, herunder strl. § 60 a om organisert kriminell virksomhet, § 61 om gjentakelse og § 62 om sammenstøt av lovbrudd (konkurrens). Da maksimumsstraff for drapsforbrytelser begått under straffskjerpene omstendigheter er 21 år, jfr. strl. § 233 (2) jfr. § 17 (b) vil de økte strafferammene bare få betydning ved overtredelse av første ledd. De generelle sidestrafferammene er straffskjerpene også etter annet ledd, men da innenfor lovens ordinære strafferamme.

I henhold til strl. § 60 a kan maksimumsstraffen i straffebudet forhøyes til det dobbelte dersom en straffbar handling er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe. Straffen kan imidlertid ikke heves med mer enn 5 års fengsel.

Av bestemmelsen i strl. § 61 følger det at straffen skjerpes ved gjentakelse av en forbrytelse av samme art som gjerningsmannen tidligere er domfelt for dersom bestemte vilkår er oppfylt, jfr. strl. § 61 (2). Straffeskjerpelsen ved gjentakelse vil være inntil det dobbelte av straffen i den aktuelle lovbestemmelsen.

Av bestemmelsen i strl. § 62 (1) om sammenstøt av lovbrudd følger det at domstolene må forhøye straffen når flere straffbare forhold kommer til pådømmelse samtidig. Straffen må være strengere enn minstestrafen for noen av forbrytelsene. Straffen må imidlertid ikke overstige det dobbelte av den høyeste straff for noen av forbrytelsene.

2.3 Skjønnsmessig helhetsvurdering

Kriminalloven Kap. 6 § 1 lovfestet en rekke momenter som det skulle legges vekt på ved utmåling av straff. En tilsvarende bestemmelse er utelatt i någjeldende straffelov. Ved utarbeidelsen av straffeloven av 1902 fremholdt Straffelovkommisjonen at man ville oppnå lite ved å trekke opp generelle bestemmelser om prinsippene for straffutmåling.

Kommisjonen fremhevet at man ville ”(...) ved en saadan Opregning vanskelig undgaa ikke at sige andet ende det selvfølgelige eller ogsaa at sige for lidet eller for meget.”⁵³

I den senere tid har det imidlertid vært noe diskusjon om det ikke bør innføres en slik bestemmelse. Jeg kommer tilbake til dette i fremstillingens punkt 3.2.2

Ettersom straffeloven bare i liten grad viser til konkrete utmålingsregler, er dommeren henvist til en skjønnsmessig helhetsvurdering i det konkrete tilfelle ved utmåling av straff. Innen strafferammen står domstolene forholdsvis fritt, både med hensyn til straffens lengde og hvilke momenter det skal legges vekt på når straffen utmåles. Alminnelige rettskild prinsipp begrenser imidlertid rettsanvenderens skjønn og fleksibilitet.

Dommerens frihet innsnevres betraktelig gjennom Høyesterettspraksis i sammenliknbare saker. Hensynet til domstolenes rettsskapende virksomhet og likhetsbetraktninger tilsier at Høyesteretts praksis er like bindende hva angår straffutmålingsmomenter og straffenivået som når det gjelder rettsavgjørelser om hvordan straffebud skal tolkes.⁵⁴ Da hvert drapstilfelle er ulikeartet kan det imidlertid vanskelig trekkes generelle retningslinjer for konkrete omstendigheters vekt basert på tidligere Høyesterettspraksis. Eskeland uttaler at: ”Regelen er derfor at saker som har vesentlige likhetstrekk med saker som tidligere er avgjort av Høyesterett, skal avgjøres med omtrent samme reaksjon.”⁵⁵

I Høyesterett er dommeren imidlertid ikke fullstendig bundet av egne prejudikater. Dette henger sammen med at domstolene, i motsetning til lovgiverne, forholder seg til konkrete saker og et levende illustrasjonsmateriale. Hensynet til en fleksibel og rettferdig straffutmåling tilsier at dommerne gis mulighet til å justere straffenivået gradvis i takt med dommernes egne oppfatninger og oppfatninger i samfunnet. Dette har også Høyesterett

⁵³ Sitatet er gjengitt i Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) punkt 4.2.3.

⁵⁴ Eskeland (2006) s. 373

⁵⁵ Ibid

gjort. I fremstillingens punkt 2.3.1 skal det redegjøres nærmere for det alminnelige straffnivå ved forsettlig drap. I fremstillingens punkt 2.3.2 skal det videre tas stilling til straffutmålingstradisjonen vedrørende individuelle omstendigheters relevans og vekt.

Avgjørelser i tingretten og i lagmannsretten har betraktelig mindre rettskildemessig vekt enn Høyesteretts praksis.⁵⁶ I den grad slike avgjørelser direkte angår et tolkningsspørsmål som ikke tidligere er tatt stilling til i Høyesterett, kan avgjørelsene imidlertid være retningsgivende også i andre saker.

Grunnloven skiller den lovgivende og den dømmende makt. Gjennom lovens strafferammer angir lovgiver, som vi har sett, yttergrensene for hvilke straffer som skal utmåles av domstolene ved brudd på det aktuelle straffebed. Det er opp til domstolen å fastsette straff i det konkrete tilfellet. I den senere tid har lovgiver imidlertid gått langt i å gi detaljerte anvisninger på et forhøyet alminnelig straffnivå ved brudd på strl. § 233. Et viktig spørsmål blir da i hvilken grad lovgiver kan legge bånd på domstolens skjønnsutøvelse.

Vår konstitusjon forutsetter at politikerne som folkevalgte representanter er representative for befolkningen. Det er riktignok ikke bare det folkevalgte organ, Stortinget, som deltar i lovgivningsarbeidet. Sakkyndige utvalg og departementstjenestemenn har også innflytelse i lovgivningsprosessen. Da de sakkyndige er valgt av folkevalgte organer, kan man allikevel si at de indirekte kan ses som et talsrør for folkeviljen.⁵⁷ Dessuten er departementene undergitt parlamentarisk kontroll.⁵⁸ Hensynet til demokratiet kan derfor tilsi at uttalelser i lovens forarbeider om straffnivået bør tillegges betydelig vekt. Også lovkravet i Grl. § 96

⁵⁶ Eckhoff (2001) s. 162

⁵⁷ Eckhoff (2001) s.72

⁵⁸ Ibid

kan trekke i denne retning.⁵⁹ For det tredje vil vektlegging av lovens forarbeider bidra til likebehandling og ensartethet i straffutmålingen.⁶⁰

Forarbeidenes anvisninger på straffenivå og straffutmålingsmomenter bør imidlertid ikke anses som ubetinget avgjørende. Det kan tenkes at politikernes anvisninger på et gitt straffenivå kan være utslag av uoverveide, populistiske holdninger.⁶¹ Da domstolene forholder seg til konkrete saker, har de også bedre forutsetninger enn lovgiver for å kunne legge vekt på individuelle omstendigheter ved domfelte og drapshandlingen.⁶² Generelle lovgiveruttalelser om straffutmålingen tar ikke i samme grad hensyn til slike omstendigheter.

Ny lovgivning om straffutmålingen vil ofte erstatte eldre lovgivning. I den forbindelse kan lovgiverne ha gitt uttrykk for et forhøyet straffenivå. En særegen side ved de uttalelser om straffenivå som man finner i forarbeidene til *ny straffelov av 2005*, er at de gir uttrykk for at et skjerpet straffenivå skal gjelde ved straffutmålingen etter *någjeldende straffelov*. I Innst.O.nr.73 heter det:

*”Komiteen understreker at straffnivået skal skjerpes i forhold til bl.a. grov vold, drap, voldtekter og seksuelle overgrep, kjønnslemlestelse og vold i nære relasjoner. Komiteen viser til de tydelige signaler som gis i form av økte strafferammer, heving av minstestrafen og ikke minst at proposisjonen går gjennom konkrete, utvalgte rettsavgjørelser. Komiteen slutter seg til denne måten å sende signaler til domstolen på for å heve straffnivået. Komiteen understreker at høyere straffnivå skal ta til å gjelde straks.”*⁶³

⁵⁹ NOU 2002: 4 punkt 5.2.1.5.3

⁶⁰ Eckhoff (2001) s. 72

⁶¹ For eksempel kan enkeltsaker som slås opp i massemediene skape “*moralske panikker*” i samfunnet og i sin tur virke inn på straffelovgivningen, jfr. Mathiesen (2011) s. 105

⁶² Eckhoff (2001) s. 201

⁶³ Innst.O.nr.73 (2008-2009) punkt 6.2

Det kan reises spørsmål til om domstolene kan legge vekt på forarbeider til straffeloven av 2005 ved utmåling av straff. Straffeloven av 2005 vil ikke kunne settes i kraft før det er foretatt vesentlige oppgraderinger av politiets datasystemer.⁶⁴ Da forutberegnelighet står sterkt på strafferettens område, taler hensynet til borgerne for at lovgiver må være varsom med å angi retningslinjer for et forhøyet straffenivå uten at dette kommer til uttrykk gjennom konkrete lovendringer. Dersom det legges vekt på uttalelser om et forhøyet straffenivå til en *ny lov som enda ikke er trådt i kraft* ved fastsettelse av straff, kan det argumenteres for at domstolene begår brudd på Grl. § 97 og EMK art. 7 om forbudet mot lovers tilbakevirkende kraft. På den annen side er straffutmålingen basert på et sammensatt skjønn, hvor rådende verdinormer i samfunnet spiller en viktig rolle.

I to storkammeravgjørelser fra Høyesterett, Rt-2009-1412 og Rt-2009-1423 ble det tatt stilling til spørsmålet. Sakene omhandlet straffutmåling for henholdsvis sedelighetsforbrytelse og straffutmåling for legemsbeskadigelse med døden til følge. I begge saker kom retten under dissens (10-1) til at lovgivers klare ønske om straffskjerpning ikke kunne oppnås fullt ut før straffeloven av 2005 settes i kraft på grunn av hensynene bak tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 og EMK art. 7. Da lovbruddene var begått allerede i tiden forut for lovens vedtakelse, måtte *”det riktige være å ta utgangspunkt i dagens straffenivå, slik det kommer til uttrykk i rettspraksis fra de senere år”*, jfr. Rt-2009-1412.⁶⁵

Etter dette må konklusjonen bli at uttalelser i forarbeidene til straffeloven 2005 om et vesentlig forhøyet straffenivå er av underordnet betydning for dagens straffenivå. En annen sak er at skjerpelse av minstestrafen for forsettlig drap fra 6 til 8 år ble *ikraftsatt* ved lov av 25. juni 2010 nr. 46. Anvisninger på nye normalstraffnivåer som Stortinget hadde sluttet seg til under behandlingen av straffeloven 2005 sine forarbeider, gjentas i proposisjonen til

⁶⁴ Prop.97 L (2009-2010) s. 5

⁶⁵ Rt-2009-1412 avsnitt 34

den ikraftsatte lov.⁶⁶ Det er ingen tvil om at domstolene plikter å legge til grunn et straffenivå slik det er kommet til uttrykk i lovens forarbeider, jfr. rettens vurdering i Rt-2009-1412 avsnitt 22.

Videre kan de internasjonale menneskerettigheter få betydning ved utmåling av straff. Et eksempel på dette gis i fremstillingens punkt 2.3.2.3.3 om betydningen av domfeltes unge alder og i punkt 2.3.2.4.3 om betydningen av lang behandlingstid.

Når strafferammene for drap er såpass vide, vil reelle hensyn kunne spille inn ved straffutmålingen. Med reelle hensyn menes godhetsvurderinger hvor siktemålet er å komme frem til et rettferdig resultat i det konkrete tilfellet.⁶⁷ Som vi har sett spiller straffens formål inn ved straffens utmåling.⁶⁸ Ved straffutmålingen vises dommerens bruk av reelle hensyn også gjennom vektleggingen av individuelle omstendigheter ved drapshandlingen. For eksempel kan det i formildende retning tas hensyn til om domfelte begikk handlingen i affekt eller i ruspåvirket tilstand.⁶⁹ En begrensende faktor ved domstolenes argumentasjon er at det stilles krav om saklighet. Saklighetskravet gjelder ikke bare for det dommeren argumenterer med utad, men også for hva rettsanvenderen i sitt stille sinn legger vekt på. Da skjulte motiver vanskelig lar seg etterspore, kan det argumenteres for at straffutmålingen undertiden blir influert av utenforliggende hensyn.⁷⁰ I fremstillingens punkt 2.4 skal det redegjøres nærmere for problemstillingen.

⁶⁶ Prop. 97 L (2009-2010) s. 29 og 38

⁶⁷ Eckhoff (2001) s. 371

⁶⁸ Se punkt 2.1

⁶⁹ Se punkt 2.3.2

⁷⁰ Eckhoff (2001) s. 373

2.3.1 Det alminnelige straffenivå

Ved utmåling av straff i den konkrete sak forekommer det at Høyesterett uttaler seg om det alminnelige straffenivået for den aktuelle lovovertrødelse. En slik praksis gir en bedre rettledning for underordnede domstoler og Høyesterett selv ved utmåling av straff.⁷¹ Et alminnelig straffenivå styrker dessuten hensynet til likhet- og forutberegnelighet ved straffutmålingen. På den annen side kan det argumenteres for at praksisen står i motsetningsforhold til straffens individualpreventive virkning og hensynet til handlingens straffverdighet: Ved å vise til et alminnelig straffenivå ved utmåling av straff tas det i mindre grad hensyn til individuelle omstendigheter ved gjerningsmannen og drapshandlingen.

Eckhoff uttaler at det er et vanlig trekk i rettsutviklingen at *”lovgivere og domstoler skiftes om å gjøre en innsats.”*⁷² Det alminnelige straffenivå ved forsettlig drap er et typisk eksempel på dette: Lovforarbeidene til ikraftsatt straffskjerpene lovendring av 25. juni 2010 nr. 46 viser til foreliggende Høyesterettspraksis ved fastsettelsen av det alminnelige straffenivå. Departementet påpeker i punkt 6.5.2 at:

*”Straffen for drap begått uten at det gjør seg gjeldende særlig formildende eller skjerpene omstendigheter, ligger i dag på fengsel i rundt 10 år, jf. Rt-2007-1253. Dette mener departementet er for lavt når man ser hen til at drap er det mest alvorlige voldslovbruddet, og at straffen for andre grove voldslovbrudd bør skjerpes betydelig. Etter departementets oppfatning bør straffen for «ordinære» drap i utgangspunktet ikke settes under 12 år.”*⁷³

Straffeutmålingspraksis ved brudd på strl. § 233 (2) ble i forarbeidene antydnet å ligge i området 14 til 18 års fengsel før endring av lovens minstestraft. Om straffenivået for brudd

⁷¹ Eskeland (2006) s. 451

⁷² Eckhoff (2001) s. 198

⁷³ Prop.97 L (2009-2010) punkt 6.5.2

på strl.§ 233 (2) heter det at ”*Dette straffenivået sammenholdt med en tilsvarende skjerping som for ”ordinære drap”, vil danne et utgangspunkt for straffastsettelsen.*”⁷⁴

Rettspraksis har fulgt opp lovgivers retningslinjer for straffutmålingen. Straffenivået for et ordinært⁷⁵, forsettelig drap er i dag nærmere 12 år. Ved brudd på strl. § 233 (2) er straffenivået mellom 14 og 18 år. Dette syn er lagt til grunn i en rekke nylig avsagte avgjørelser.⁷⁶

2.3.2 Individuelle omstendigheter ved drapshandlingen

2.3.2.1 Innledning

Innenfor denne oppgavens begrensede omfang, vil jeg i det følgende forsøke å gi en komprimert oversikt over individuelle omstendigheters betydning for straffutmålingen i den enkelte drapssak.

På dette punkt operer Andenæs med tre hovedgrupper av momenter, herunder gradering av handlingens objektive grovhet, gradering etter gjerningsmannens subjektive skyld og straffutmålingsmomenter utenfor selve handlingen.⁷⁷ Andenæs’ inndeling vil i det følgende bli lagt til grunn for fremstillingen.

Rettspraksis kan gi en viss veiledning om hvilken vekt en skal legge på individuelle omstendigheter ved drapshandlingen. Men presedenser på dette området har begrenset verdi: Da mange straffesaker inneholder flere tiltalepunkter, kan det være vanskelig å vurdere hva som har betydning ved utmåling av straff. Et problem er videre at mange

⁷⁴ Ibid

⁷⁵ Et ”*ordinært drap*” er et drap hvor det ikke foreligger spesielle skjerpende eller formildende omstendigheter, jfr. Prop.97 L (2009-2010) punkt 6.5.1

⁷⁶ Se blant annet Rt-2012-1095, Rt-2012-476, Rt-2011-1104, LG-2012-38455, LB-2012-180905, TNOHO-2012-96352, THAFE-2012-88267, TFRED-2011-175116 og TKISA-2011-154811

⁷⁷ Andenæs (2010) s. 463-476

dommer er relativt kortfattede hva angår begrunnelser for straffutmålingen.

Tendensen i rettspraksis taler for at domfeltes personlige forhold har begrenset vekt ved straffutmålingen i drapssaker. Dette gjelder spesielt i tilfeller hvor drapshandlingen er begått under skjerpene omstendigheter jfr. strl. § 233(2). Et illustrerende eksempel på dette er inntatt i Rt-1998-665. Ved straffutmålingen fremholdt førstvoterende:

”Uansett hvordan domfeltes situasjon kan forklares, finner jeg at den i et tilfelle som dette ikke kan få noen vesentlig betydning for straffutmålingen. Jeg er enig med lagmannsretten i at drapene er begått under forhold som tenderer mot den rettslige karakteristikk ”særdeles skjerpene”. Den objektive vurdering av de handlinger som er begått, må tillegges en helt dominerende betydning ved straffutmålingen.”⁷⁸

2.3.2.2 Gradering etter handlingens objektive grovhet

2.3.2.2.1 Voldsanvendelsen

Graden av voldsutøvelse nevnes som straffskjerpene moment i flere Høyesterettsdommer: I Rt-2004-592 uttalte førstvoterende at: *”Ved straffutmålingen legger jeg i første rekke vekt på drapets brutale karakter, med en sjelden intens voldsutøvelse”*.⁷⁹ Gjerningspersonen ble dømt til 12 års fengselsstraff for brudd på strl. § 233 (1) for å ha knivstukket fornærmede opptil 30 ganger.

Et annet eksempel er inntatt i Rt-2003-247. Førstvoterende la vekt på at drapet var begått på en særdeles brutal måte og uttalte at: *”Den etterfølgende parteringen av liket er opprørende og klart straffskjerpene.”*⁸⁰

2.3.2.2.2 Handlingens øvrige skadepotensiale

⁷⁸ Se i samme retning Rt-2004-592, LB-2002-850 “Benjamin-saken”, LA-2011-60193 og LH-2011-112817

⁷⁹ Rt-2005-592 avsnitt 8

⁸⁰ Rt-2003-247 avsnitt 15. Se i samme retning Rt-2003-247, Rt-1994-1294, Rt-1998- 665

Rettspraksis har ved flere anledninger lagt vekt på drapshandlingens øvrige skadepotensiale ved straffutmålingen: I Rt-1992-14 hadde gjerningsmannen med overlegg tatt livet av sin kone og ved uaktsomhet skadet hennes venninne ved å blande giftstoffer i en vinflaske som de fornærmede drakk. Gjerningsmannen ble dømt til fengsel i 18 år for overlagt drap. Ved straffutmålingen fremholdt retten at det er:

”(...)grunn til å fremheve at domfelte også utsatte andre for fare. Den gift han helte i rødvinsflasken var av meget høy konsentrasjon, og innholdet av den forgiftede vinen ville kunne drept mange mennesker.”⁸¹

Selv om drapshandlingen ikke nødvendigvis utsetter flere personer for konkret fare, kan det ved vurderingen av handlingens øvrige skadepotensiale også legges vekt på hvorvidt handlingen skaper frykt i befolkningen. I Borgarting lagmannsretts dom av 5. februar 2013⁸² ”Bislett-drapet” ble en mann funnet skyldig i forsettlig drap for å ha skutt en annen fra kloss hold med en pistol ved en drosjeholdeplass på Bislett i Oslo. Fornærmede hadde blitt skutt etter at han feilaktig hadde gått ut fra at gjerningsmannen hadde vært piratdrosjesjåfør. Ved straffutmålingen pekte retten på at:

”dette er en misforståelse noen og enhver vil kunne komme i skade for å begå i beruset tilstand, slik at drapet må antas å ha skapt mer frykt i nabolaget og befolkningen generelt enn det en drapshandling normalt avstedkommer. Frykten forsterkes når drapet skjer nattestid og på offentlig sted.”

Den forutgående gjennomgangen viser at handlingens objektive grovhet i betydelig grad anses som straffskjerpene omstendighet. Når straffen skjerpes for å gjenspeile handlingens objektive grovhet, er dette et uttrykk for at hensynet til straffverdighet, forholdsmessighet og gjengjeldelse står sentralt ved Høyesteretts konkrete utmåling av straff.

⁸¹ Se i samme retning Rt-2004-750

⁸² LB-2012-179209

2.3.2.3 Gradering etter gjerningsmannens subjektive skyld

2.3.2.3.1 *Graden av forsett*

Det kan reises spørsmål til om graden av forsett, er av betydning for straffutmålingen. Problemstillingen nødvendiggjør en nærmere redegjørelse av forsettskravet ved drapshandlinger:

Straffeloven oppstiller ikke en definisjon av forsettbegrepet. Det følger imidlertid av fast og langvarig rettspraksis, utviklet i samspill med juridisk teori, at kravet om forsett foreligger når gjerningspersonen overtrådte loven med hensikt eller foretok en handling som hun eller han forstod sikkert eller mest sannsynlig medførte en overtredelse. Kravet til forsett er også oppfylt i tilfeller hvor gjerningsmannen har erkjent en risiko samt positivt innvilget overtredelsen.⁸³

En gjennomgang av rettspraksis tilsier at de ulike nyanseringene innenfor forsettskravet er av underordnet betydning ved straffutmålingen.

I Rt-2005-1521 ble en mann dømt for forsettlig drap i forbindelse med forsøk på voldtekt. Ved straffutmålingen fremholdt førstvoterende at han var enig i de vurderinger lagmannsretten hadde gitt uttrykk for i forbindelse med straffutmålingen, og fant at straffen for et seksualdrap som det foreliggende må ligge på det nivå som lagmannsretten hadde kommet til, 15 år. Det var uten betydning for straffutmålingen at lagmannsretten hadde kommet til at drapet var begått med sannsynlighetsforsett, mens Høyesterett mente at drapet var begått med hensikt. Om dette fremholdt retten:

⁸³ Stigen (2010) s. 581

”På bakgrunn av seksualovergrepet, der det klart forelå så vel forsett som hensikt, legger jeg heller ikke særlig vekt på at lagmannsretten har konstatert sannsynlighetsforsett i forhold til drapet.”⁸⁴

Det er mulig at man, på bakgrunn av Høyesteretts uttalelse, kan legge til grunn at det er av underordnet betydning for straffutmålingen hvorvidt handlingen er begått med alminnelig sannsynlighetsforsett, eller hensikt.

Rt-2012-193 taler for at det samme gjelder hvor spørsmålet er om handlingen er begått med sannsynlighetsforsett eller med dolus eventualis. Ved straffutmålingen fremholdt retten:

”Forsvareren har anført at det ved straffutmålingen må tas hensyn til lav skyldgrad – dolus eventualis. Det følger imidlertid av fast høyesterettspraksis at den omstendighet at gjerningspersonens forsett bedømmes etter læren om dolus eventualis, ikke skal tillegges vekt i formildende retning. Jeg viser her til Rt-2008-1217 avsnitt 103”⁸⁵

Det begrenser vesentlig den rettskildemessige vekt dommen kan tillegges, at det er tale om en narkotikasak og ikke en drapssak. Allmennpreventive grunner kan tale for at det er mindre grunn til å skille mellom skyldformen dolus eventualis og sannsynlighetsforsett ved straffutmåling i narkotikasaker.⁸⁶ Formuleringens generelle utforming tilsier imidlertid at vurderingen har overføringsverdi hva angår straffutmåling ved forsettlig drap.

I tilfeller hvor drapshandlingen grenser oppad mot kvalifisert forsett - det overlagte drap - har Høyesterettspraksis imidlertid tillagt forholdene vekt i skjerpende retning. I Rt-1993-

⁸⁴ Rt-2005-1521 avsnitt 13

⁸⁵ Rt-2012-193 avsnitt 13

⁸⁶ Andenæs (2010) s. 237

1357 ble to menn, 34 og 24 år gamle, idømt henholdsvis 13 og 10 år ubetinget fengsel for forsettlig drap. Ved straffutmålingen fremholdt førstvoterende:

”Ved straffutmålingen legger jeg vekt på at det dreier seg om forsettlig drap som det knytter seg flere skjerpene omstendigheter til. (...) Jeg legger som lagmannsretten til grunn at forsettet grenser nær opp mot overlegg.”

Vurderingen er i overensstemmelse med hensynet til en rettfærdig straffeforfølgelse. Når lovovertrædelsen grenser opp mot det overlagte drap gjenspeiles forbryterens onde vilje. Hensynet til handlingens straffverdighet samt gjengjeldelsesbetraktninger tilsier at handlingen straffes strengt. Også allmennpreventive betraktninger trekker i denne retning. Når drapet er et resultat av en overveid beslutning kan lovens trussel om straff fremstå som en tungtveiende motiveringsfaktor for at gjerningsmannen skal avholde seg fra å begå misgjerningen.

Dersom handlingen grenser nedad mot uaktsomhet har Høyesterett tilsvarende tillagt forholdet vekt i formildende retning. Lovovertræderen handler uaktsomt dersom han handler i strid med de krav som stilles til forsvarlig opptreden.⁸⁷ I Rt-2011-1104 ble en mann dømt for drap og grovt ran etter at en kvinne ble drept i det hun ble slengt av et bilpanser i fart under et forsøk på å hindre tyveri av sin bil. Retten la til grunn at forsett på grunnlag av en ”sløret” oppfatning om sannsynlighetsovervekt for dødsfølge var tilstrekkelig for straffansvar. Ved straffutmålingen la retten imidlertid vekt på at domfeltes forsett lå i det lavere sjikt, grensende ned mot grov uaktsomhet.⁸⁸ Domfelte ble dømt til fengsel i 13 år.

2.3.2.3.2 Rushandlinger

⁸⁷ Slettan (2001) s. 108

⁸⁸ Se i samme retning Rt-1993-736.

Det følger av strl.§ 45 at *”Bevisstløshet som er en følge av selvforskyldt rus, utelukker ikke straff”*. Begrepet *”bevisstløshet”* kan uttrykkes som at forbindelsen med det vanlige jeg er borte.⁸⁹ Om begrepet *”selvforskyldt rus”* kan det vises til avgjørelsen inntatt i Rt-1983-202. I saken fremholdt retten at:

”Rusen er selvforskyldt så snart det kan legges gjerningsmannen til last at han ble beruset, og det er tilfellet når han tar til seg et så stort kvantum at han må regne med muligheten av at han kan miste den fulle kontroll over seg selv.”

Bestemmelsen i strl. § 45 kan ses som en presisering av regelen i strl.§ 40 (1) hvor det fremgår at det skal ses bort fra beruselsen ved bedømmelsen av om handlingen var forsettlig. I tilfeller hvor gjerningsmannen har begått drap under selvforskyldt rus, vil skylden fingeres. Med dette menes at domfelte bedømmes som om han var edru.⁹⁰

Dersom rusmiddelbruk har ført gjerningsmannen inn i en psykose, er det bestemmelsen i strl. § 44 (1) som kommer til anvendelse. Av bestemmelsen fremgår det at den som på handlingstiden var bevisstløs eller psykotisk, ikke kan straffes. I forarbeidene legges det til grunn at det sentrale psykosekriterium er hvorvidt *”evnen til realistisk vurdering av ens forhold til omverdenen i vesentlig grad er opphevet.”*⁹¹

Lovbestemmelsens ordlyd indikerer at handlinger begått under psykoser som er utløst av selvforskyldt rus, ikke er straffbare. I Rt-2008-549 kom Høyesterett imidlertid til at en rusbetinget psykose ikke fritar for straff etter straffeloven § 44, men må behandles på samme måte som ved bevisstløshet som følge av rus etter straffeloven. Spørsmålet i saken var om gjerningsmannen kunne straffes for et drap begått under rusutløst psykose. I saken kom Høyesterett til at: *”en psykose som er fremkalt ved selvforskyldt rus, og som vil*

⁸⁹ Andenæs (2010) s. 30

⁹⁰ Andenæs (2010) s. 317.

⁹¹ NOU 1990:5 s. 38

*forsvinne etter at den toksiske virkningen er opphørt, ikke skal anses som en straffriende psykose i § 44s forstand.*⁹²

Selv om bestemmelsene i strl. § 44 og § 45 ikke fritar gjerningsmannen for straff når lovbruddet er begått under selvforskyldt beruselse, kan det reises spørsmål til om selvforskyldt beruselse kan anses som formildende omstendighet ved straffutmålingen.

Vanligvis vil rusen ikke bli tillagt betydning verken i formildende eller skjerpende retning. Andenæs fremholder at: *”man fastholder også i denne sammenheng at den berusede skal dømmes på samme måte som den edru.*⁹³

At tiltaltes beruselse er av underordnet betydning i straffutmålingen ble fremholdt i Rt-2007-187. I saken ble gjerningsmannen dømt til fengsel i 17 år for drap og to forsøk på forsettlig drap begått under rusutløst psykose. Når det gjaldt vurderingen av om det forelå formildende omstendigheter, uttalte førstvoterende:

*”Etter min mening kan det ikke i nevneverdig grad trekke i formildende retning at domfelte har handlet i en sterk bevissthetsforstyrrelse som følge av selvforskyldt rus. Jeg peker her på at domfelte gjennom flere år må ha vært fullt på det rene med at rusmisbruk har særlig uheldige virkninger på hans sinn og atferd.*⁹⁴

Domstolene har imidlertid, i enkelte tilfeller, lagt vekt på rusens innvirkning som formildende omstendighet. I Rt-2011-774 kom retten til at rusen måtte tillegges vekt i

⁹² Rt-2008-549 avsnitt 46

⁹³ Andenæs (2010) s. 472 med videre henvisning til NU 1984:2 s. 48-49

⁹⁴Rt-2007-187 avsnitt 30. Se i samme retning rettens vurdering i Rt-1984-550: *”Jeg er også enig med lagmannsretten i at det ikke kan tillegges vekt i formildende retning at domfelte var sterkt beruset ved anledningen. Domfelte burde, som påpekt, ut fra tidligere erfaringer vist vilje til å søke å kontrollere sitt alkoholforbruk.”*

formildende retning. Saken gjaldt utmåling av straff for drap begått av en gutt på 17 år og 9 måneder i rusutløst psykotisk tilstand. Lagmannsrettens straffutmåling på 7 års fengsel ble enstemmig opprettholdt.

Ved straffutmålingen fremholdt førstvoterende:

”Etter mitt syn kan det likevel ikke være utelukket å legge vekt på gjerningsmannens mentale tilstand ved vurderingen av om handlingen er begått under særdeles skjerpene omstendigheter. Om tilstanden skal ha noen vekt, og i tilfelle hvilken, må bero på de konkrete omstendighetene.”⁹⁵

For vurderingen pekte retten på individuelle omstendigheter ved handlingen som tilsa at rusen skulle tillegges vekt, herunder blant annet at tiltalte ikke tidligere hadde vært psykotisk.

Dommen skiller seg fra saksforholdet i Rt-2007-187 på ett viktig punkt: I foreliggende tilfelle hadde gjerningsmannen ingen grunn til å regne med at han ville bli rammet av en rusutløst psykose. I Rt-2007-187 hadde gjerningsmannen, på bakgrunn av tidligere lignende hendelser, imidlertid grunn til å forvente at inntak av rusmidler kunne resultere i abnorme tilstander.

Gjennomgangen viser at Høyesterett anser domfeltes mulighet til å kontrollere sitt rusmisbruk som tungtveiende ved straffutmålingen. Vurderingen er i overensstemmelse med allmennpreventive betraktninger. Da domfelte i Rt-2007-187 hadde grunn til å regne med at inntak av rusmidler kunne føre til fatale tilstander, kan det dessuten hevdes at hans handlemåte var mer straffverdig enn tilfellet i Rt-2011-774.

2.3.2.3.3 Alder

⁹⁵ Rt-2011-774 avsnitt 15

I henhold til strl. § 46 kan ingen straffes for lovbrudd begått før det fylte 15 år. Av bestemmelsen i strl. § 55 fremgår det videre at lengstestrafen aldri er høyere enn 15 år, og at regler om minstestrafen ikke gjelder, dersom handling er forøvd før fylte 18 år.

Det sentrale spørsmål er hvilken betydning det skal ha for straffutmålingen at domfelte på gjerningstiden var under 18 år.

Utviklingen i norsk strafferett må ses i lys av FNs barnekonvensjon 20. November 1989. Konvensjonen ble ratifisert av Norge i januar 1991. I henhold til menneskerettsloven § 3, jfr. § 2 gjelder konvensjonen som norsk lov, og ved motstrid går bestemmelsen foran nasjonal lovgivning. I Barnekonvensjonen Art. 3 nr. 1 fremgår det at det som tjener barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn ved alle beslutninger som angår barnet. I Rt-2010-1313 la førstvoterende til grunn at prinsippet også gjelder i tilfeller hvor det er spørsmål om å straffedømme barnet.

Av bestemmelsen i strl. 2005 § 33 følger det videre at den som på handlingstiden var under 18 år, bare kan idømmes fengselsstraff når det er *”særlig påkrevd.”* I Rt-2007-252 ga førstvoterende uttrykk for at: *”Bestemmelsen er et uttrykk for lovgivers syn i dag, og bør derfor ha betydning for rettspraksis også før loven trer i kraft.”*⁹⁶ I drapstilfeller vil fengselsstraff som regel allikevel ikke være til å unngå, jfr. rettens vurdering i Rt-2011-774.

En gjennomgang av rettspraksis viser at Høyesterett legger vekt på domfeltes unge alder som formildende omstendighet ved straffutmålingen, uavhengig av drapshandlingens objektive grovhet. I disse sakene er det et gjennomgående trekk at tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn, forskyves:

⁹⁶ Rt-2007-252 avsnitt 14

Rt-1982-82 gjaldt en hollandsk gutt som på gjerningstiden var 16 år og 3 mnd., og som i lagmannsretten ble dømt til 12 års fengsel og sikring etter straffeloven § 39 nr. 1 a-f i 10 år for voldtekt og overlagt drap under særdeles skjerpene omstendigheter. Ved vurderingen av straffutmålingen fremholdt førstvoterende:

”Jeg ser det slik at vi her står overfor så gruoppvekkende forbrytelser og en slik mentalitet hos gjerningsmannen at loven strengeste straff hadde måttet komme til anvendelse om tiltalte hadde vært en voksen mann.”⁹⁷

Det fremgår ikke klart av dommens premisser hvorfor tiltaltes unge alder ble tillagt vekt. En rimelig tolkning er at domstolene la vekt på individualpreventive betraktninger ved utmålingen. I ung alder er sinnet sårbart og lite egnet til å motstå uheldige virkninger av fengselsstraffen. Dessuten kan det argumenteres for at unge lovbrøyttere ikke handler ut fra rasjonelle overveielser. Hensynet til handlingens straffverdighet tilsier derfor at forholdet bør trekke i formildende retning.

Også etter at vedkommende har fylt 18 år, kan gjerningsmannens unge alder tillegges vekt som formildende omstendighet. Foreliggende rettspraksis taler for at gjerningsmannens unge alder kan virke formildende så fremt gjerningsmannen er under 20 år.

I Rt-2003-247 hadde en gjerningsmann på 18 år begått drap og partert liket. Ved straffutmålingen fremholdt førstvoterende: *”I likhet med lagmannsretten legger jeg noe vekt på at domfelte var ung og etter det opplyste noe umoden.”⁹⁸* I Rt-1994-1294 ble gjerningsmannens unge alder imidlertid ikke tillagt vekt. I saken ble en 21 årig mann dømt til 21 års fengsel for overlagt drap og for å ha iverksatt flere kirkebranner samt for innbruddstyveri. Om betydningen av gjerningsmannens alder uttalte domstolen: *”Domfelte*

⁹⁷ Se i samme retning Rt-2011-774

⁹⁸ Rt-2003-247 avsnitt 16

var på gjerningstiden over tyve år, og således en voksen person. Ung alder fremstår derfor ikke som en formildende omstendighet.”

2.3.2.3.4 Kulturforskjeller

Rettspraksis er noe vakkende hva angår betydningen av domfeltes kulturelle bakgrunn ved straffutmålingen.

I Rt-2004-750 hadde en afghansk mann tatt livet av sin fraseparerte kone med overlegg. Drapet hadde sin bakgrunn i at domfelte, ut fra hjemlandets lokale tradisjon og kultur, ikke aksepterte at ektefellen forlot ham og tok med barna da dette for ham betydde skam og ydmykelse. Om betydningen av domfeltes kulturelle bakgrunn uttalte Høyesterett:

”Domfeltes kulturelle bakgrunn kan heller ikke få noen betydning når den gir seg utslag i alvorlige straffbare handlinger. Innvandrere som velger å innrette sin livsførsel på en måte som er akseptert i Norge, må ha krav på full beskyttelse selv om livsførselen bryter med oppfatninger og forestillinger i det land som de kommer fra, jf. Rt-1989-445.”⁹⁹

På grunn av forholdets grovhet ble gjerningsmannen dømt til fengsel i 18 år.

I Rt-1984-1146 tok Høyesterett imidlertid hensyn til domfeltes kulturelle bakgrunn ved utmålingen av straffen. I saken var det tale om tre tyrkiske innvandrere som drepte en 31 årig mann fordi han hadde hatt seksuell omgang med deres 18 år gamle datter og søster. De tre domfelte mente at den drepte ved tvang hadde oppnådd samleie med deres datter og søster. Etter tyrkisk oppfatning innebar den drepts handlemåte en vesentlig krenkelse av familiens ære. Straffutmålingen ble i Høyesterett satt ned fra 16,13 og 12 år til henholdsvis 12, 8 og 7 år. For vurderingen påpekte førstvoterende:

⁹⁹ Rt-2004-750 avsnitt 21

”Innvandrere må som alminnelig regel rette seg etter forholdene og oppfatningene her til lands. I det foreliggende tilfellet er imidlertid de domfeltes handling slik influert og motivert av det krav det hjemlige miljø og deres landsmenn her i landet stiller til dem i den situasjonen de var kommet opp i, at jeg finner at det ved straffutmålingen må tas hensyn til dette. (...) Tradisjonen fra hjemlandet med dets oppfatning og krav stiller etter min mening de domfeltes skyld i et særegent lys.”

Formuleringene er lite konkrete, og det kan det være vanskelig å peke på hvilke forhold som skiller foreliggende sak fra den ovenstående. Det er nærliggende å legge til grunn at retten fant at handlingen i sistnevnte tilfelle var sterkere motivert av det hjemlige miljø og dets tradisjoner enn det som var tilfellet i lignende saker. Etter min mening er vektleggingen av domfeltes kulturelle bakgrunn betenkelig. I fremstillingens punkt 3.2.1 skal det foretas en nærmere rettspolitisk vurdering av dommen.

2.3.2.3.5 Affekt

I følge norsk ordbok innebærer sinnstilstanden ”*affekt*” at gjerningsmannen er i en ”sterk sinnsbevegelse”.¹⁰⁰ Selv om retten finner at det ikke er grunnlag for å gå under minstestrafen på grunn av berettiget harme, jfr. strl. § 56 b, vil det faktum at drapet er utført i affekt kunne anses som en formildende omstendighet ved straffutmålingen.

I Rt-1992-688 forkastet Høyesterett påtalemyndighetens anke over straffutmålingen. I saken var det tale om en mann som ved kvelning hadde drept sin kjæreste. Paret skulle gifte seg, men den dagen drapet fant sted, fortalte kvinnen at hun ønsket å gifte seg igjen med sin fraskilte ektefelle. Ved behandlingen av straffutmålingsanken fremholdt retten:

”Ut fra de opplysninger som foreligger, finner jeg at det må legges til grunn at det her dreier seg om en handling begått på bakgrunn av sterk sjalusi og fortvilelse.(...) Som nevnt legger jeg til grunn at domfelte foretok drapshandlingen i sterk affekt

¹⁰⁰ <http://nob-ordbok.uio.no/perl/ordbok.cgi>

etter å ha fått høre at den kvinnen han skulle gifte seg med, ville gå tilbake til sin tidligere ektefelle. På denne bakgrunn er jeg kommet til at det ikke er et åpenbart misforhold mellom den straffbare handlingen og den utmålte straff, jf. straffeprosessloven § 361.”

Gjerningsmannen ble i lagmannsretten dømt til fengsel i 8 år.

I Rt-2007-1253 kom retten imidlertid til at det ikke kunne legges vekt på domfeltes affekt. Saken gjaldt en mann som forsettlig hadde skutt sin samboer og hennes datter. Dette skjedde ved at han, som følge av affekt utløst av en bagatellmessig situasjon, fullstendig mistet besinnelsen. Det hadde gjennom flere år vært et konfliktfylt forhold mellom fornærmede og domfelte. Domfelte ble dømt til fengsel i 15 år. Ved vurderingen av straffutmålingen uttaler førstvoterende:

”Med unntak for domfeltes tilståelse, som jeg kommer tilbake til, kan jeg ikke se at det i denne saken er særlige forhold – verken av formildende eller skjerpene karakter – som bør påvirke straffutmålingen.”¹⁰¹

Det kan være vanskelig å si noe konkret om hvorfor retten i førstnevnte tilfelle fant å legge vekt på at drapshandlingen var begått i affekt, og hvorfor den i sistnevnte tilfelle kom til at affekt var uten betydning for straffutmålingen. Domspremissene er i begge saker lite konkret utformet. I fremstillingens punkt 3.2.1 skal det foretas en nærmere rettspolitisk drøftelse av dommene.

2.3.2.3.6 Uprovosert handling

I lovkommentaren til straffelovens § 233 (2) legges det til grunn at eksempler på særdeles skjerpene omstendigheter for eksempel vil være tilfeller hvor det ikke foreligger annet tenkelig motiv enn ren drapslyst.¹⁰²

¹⁰¹ Rt-2007-1253 avsnitt 9

Domstolene har i betydelig grad lagt vekt på manglende motiv ved straffutmålingen. Et illustrerende eksempel er inntatt i Rt-1993-970. Saksforholdet gjaldt to drapshandlinger. Gjerningsmannen ble dømt til fengsel i 21 år. I straffutmålingen ble det blant annet lagt vekt på at gjerningsmannen ikke kunne angi noe motiv for sine handlinger annet enn at han plutselig fikk en ide om å ta livet av de tre personene som han hadde festet med.¹⁰³

Ved uprovoserte drap er det som regel ingen omstendigheter som tilsier at domfeltes handlemåte er mer forståelig eller unnskyldelig. Straffskjerpelse på bakgrunn av at drapet er begått uprovosert, er derfor nok et eksempel på at forholdsmessighets – og straffeverdighetsbetraktninger er sentrale ved straffutmålingen. I tillegg kan det hevdes at faren for gjentakelser er mer fremtredende hvor gjerningsmannen ikke har hatt et motiv for å begå lovbruddet. Individualpreventive hensyn i form av uskadeliggjøring kan derfor tale for en skjerpet straff.

2.3.2.3.7 *Intelligens og personlighetstrekk*

Etter strl. § 56 bokstav c kan straffen nedsettes under det vanlige lavmål og til en mildere straffart når lovbrøyteren handlet i en psykisk avvikstilstand som ikke var så dyptgående eller inngrepene at det førte til straffrihet. Også innenfor den vanlige strafferamme har domstolene tatt hensyn til domfeltes personlighetstrekk ved straffutmålingen. Slike forhold kan bidra til økt forståelse for handlingsforløpet og gi grunnlag for mindre bebreidelse.

Andenæs fremholder at små åndsevner som regel blir betraktet som formildende omstendigheter ved straffutmålingen, men at praksis har stilt seg ”noe usikrere”¹⁰⁴ overfor mangler ved følelses- og viljeslivet.¹⁰⁵ Om begrunnelsen for dette påpeker han: ”Det gjør

¹⁰² Matningsdal (1995) punkt 10.5

¹⁰³ Se i samme retning Rt-2003-1459 og Rt-2003-247

¹⁰⁴ Andenæs (2010) s.470

¹⁰⁵ Ibid

seg gjeldende en følelse av at man ikke har samme grunnlag for moralsk fordømmelse overfor den mangelfullt utstyrte som overfor den normale.”¹⁰⁶

I Rt-1985-869 hadde to unge gutter, 17 og 16 år på gjerningstiden, drept og ranet en 67 år gammel mann. Guttene ble under dissens (3-2) dømt til fengsel i henholdsvis 8 og 11 år. Flertallet la vekt på at domfelte ikke bevisst hadde overveiet at ranet kunne ende med drap og at dette hadde sammenheng med at begge de domfelte var evnemessig tilbakestående. Ved straffutmålingen fremholdt Høyesterett:

”Det er nærliggende å anta at mangelen på motforestillinger har sammenheng med de tiltaltes sjelsevner, slik at det må tas et visst hensyn til dette som formildende moment ved straffutmålingen.”¹⁰⁷

I tilfeller hvor domfelte ikke led av små åndsevner, men av mangler ved følelses – og viljeslivet, er rettspraksis mindre tilbøyelig til å legge vekt på forholdene i formildende retning.

I Rt-1998-665 ble en tidligere straffet mann idømt 18 år ubetinget fengsel og sikring i 10 år etter straffeloven § 39 litra a – f for to drap utført samme natt med kniv, jfr. straffeloven § 233 første ledd. Begge de drepte var eldre, forsvarsløse mennesker som ble drept med knivstikk i halsen. Den rettspsykiatriske rapport vedrørende domfeltes helsetilstand tilsa at gjerningsmannen: *”Bærer på et kronisk narsissistisk raseri som har bakgrunn i en mangelfull omsorg i oppveksten, kombinert med en følelse av dyp krenkelse og avvising fra familie og samfunn*” Retten kom imidlertid til at de sterke personavvik ikke kunne få noen vesentlig betydning for straffutmålingen.

¹⁰⁶ Ibid

¹⁰⁷ Se i samme retning Rt-1974-314. Høyesterett fremholdt at det ved straffutmålingen i vesentlig grad måtte tas hensyn til tiltaltes *“lave evnenivå.*”

Ut fra et deterministisk syn på det menneskelige handlingsliv er rettens vurderinger i Rt-1998-665 problematiske. Selv om anvendelse av straff til dels er nødvendig ved at det styrker de sosiale følelser som samfunnet er bygget på, kan man allikevel reise spørsmålet om det ikke er urettferdig å straffe lovovertrederen for forhold som han selv ikke har innflytelse over. Andenæs gir uttrykk for at:

*”Også den modne og normale persons handlinger har etter dette syn sin bakgrunn i arve- og miljøfaktorer som han ikke kan noe for, selv om man ikke er i stand til å nøste opp sammenhengen. Og hvorfor skal det gjøres noen forskjell om et skrøpelig personlighetsutstyr skyldes gener og miljøpåvirkning eller om manglene skyldes sykdom eller ulykke?”*¹⁰⁸

I amerikansk rett har man gått langt i å legge vekt på domfeltes genetiske arvemateriale ved utmåling av straff. Som eksempel kan nevnes at forsvarere i flere saker har anført at gjerningsmannen led av XYY-syndrom, og at dette måtte få betydning for straffutmålingen.¹⁰⁹ XYY syndrom er en medfødt kromosomfeil hvor en mann har en ekstra versjon av Y-kromosomet. Forskning tyder på at det er en sammenheng mellom den medfødte genfeil og kriminell adferd.¹¹⁰

Det har enda ikke forekommet en avgjørelse hvor domfelte har fått redusert straff eller er blitt frikjent som følge av kromosomfeilen. Amerikansk rettspraksis tyder imidlertid på at dersom det lar seg påvise en reell sammenheng mellom den medfødte genfeil og kriminell adferd, vil dette kunne få betydning for straffens utmåling. I *People v. Tanner* fremholdt retten at: *“experts do not suggest that all XYY individuals are by nature involuntary aggressive. Some identified XYY individuals have not exhibited such behavior.”* Da det

¹⁰⁸ Andenæs (1996) s. 120

¹⁰⁹ Se blant annet *People v. Farley* (Avgjørelsen er ikke publisert, men det er vist til saken i 372 N.Y.S.2d 313), *People v. Tanner* (91.Cal.Rptr.656) og *Millard v. State* (261 A.2d 227)

¹¹⁰ Andrews (2010) s. 108

ikke lot seg påvise en reell sammenheng mellom gjerningsmannens kromosomfeil og hans kriminelle adferd var forholdet uten betydning for straffutmålingen.

2.3.2.3.8 Offerets subjektive rolle

I tilfeller hvor fornærmede er en forsvarsløs og sakesløs person tilsier forholdsmessighets- og gjengjeldelsesbetraktninger at gjerningsmannen straffes strengt. Dette er også tendensen i rettspraksis.

I Rt-2012-476 *”Faiza-saken”* ble påtalemyndighetens anke over straffutmålingen forkastet. I skjerpene retning ble det lagt vekt på at lagmannsretten fremholdt at drapet var foretatt mot en *”fysisk underlegen kvinne som var bundet, kneblet og forsvarsløs.”*¹¹¹ Tilsvarende la retten i Rt-2004-209 vekt på at domfelte hadde drept en *”forsvarsløs 14 årig pike som han hadde opparbeidet et slags tillitsforhold til.”*¹¹²

Forhold ved offeret kan også peke i formildende retning. Det hender at domfelte anfører at den drepte har utsatt vedkommende for seksuelle overgrep. Selv om retten finner at det verken er grunnlag for å gå under minstestrafen på grunn av berettiget harme, jfr. strl. § 56 b, eller at forholdet gir grunnlag for å anvende strl. § 48 om nødverge, vil det faktum at drapet er utført som følge av forutgående seksuelle overgrep fra fornærmedes side, kunne anses som en betydelig formildende omstendighet ved straffutmålingen.

I Rt-2002-1523 anførte domfelte til sitt forsvar at drapet var en følge av at hun i barndomsårene hadde blitt utsatt for flere seksuelle overgrep fra farens side. Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for å gå under den daværende minstestrafen på seks år, men at overgrepene måtte vektlegges som formildende omstendigheter ved den konkrete straffutmåling. Om vurderingen av straffens utmåling uttalte førstvoterende:

¹¹¹ Rt-2012-476 avsnitt 42

¹¹² Rt-2004-209 avsnitt 22. Se i samme retning Rt-1983-623

”Den konkrete straffutmåling må i hovedsak bero på en avveining av forholdets objektive grovhet mot en vurdering av betydningen av de seksuelle overgrep domfelte ble utsatt for av sin far. (...) Jeg er enig med lagmannsretten i at overgrepene må tillegges betydelig vekt.”

Til tross for at gjengjeldelsesbegrepet ikke benyttes eksplisitt, tyder uttalelsen på at Høyesterett legger vekt på gjengjeldelsesaspektet ved utmåling av straff. Vurderingen står på mange måter i et motsetningsforhold til straffens allmennpreventive begrunnelser.

2.3.2.4 Straffutmålingsmomenter utenfor selve handlingen

2.3.2.4.1 Tilståelse

Det rettslige utgangspunkt for vurderingen er strl. § 59 (2). Av bestemmelsen følger det at retten skal ta en uforbeholden tilståelse i betraktning ved straffutmålingen. Begrepet *”uforbeholden tilståelse”* skal forstås på samme måten som det tilsvarende begrepet i straffeprosesslovens § 248 om tilståelsesdom, jfr. Rt-2005-559 avsnitt 18. Tilståelsen må dermed dekke både de objektive og de subjektive straffbarhetsvilkår. Derimot kreves det ikke at siktede har erkjent straffeskyld, jfr. Rt-2005-559 avsnitt 19.

Av bestemmelsens annet punktum følger det at straffen kan nedsettes under strafferammens bestemte lavmål og til en mildere straffart. I tilfeller hvor domfelte har begått forsettlig drap er bestemmelsen imidlertid neppe aktuell. I det følgende skal det derfor kun tas stilling til betydningen av strl.§ 59 (2) (1 pkt.)

Selv om ordlyden tilsier at tilståelsen *”skal”* tas i betraktning ved straffutmålingen, betyr dette ikke at straffen alltid skal settes ned. Plikten knytter seg bare til det å ta tilståelsen i betraktning ved straffutmålingen.¹¹³

¹¹³ Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s. 44

Forarbeidene gir nærmere retningslinjer for hvilken vekt tilståelsen skal ha. Om dette heter det:

”Om tilståelsen bør lede til reduksjon i straffen, og hvor stor reduksjonen i tilfelle bør være, må avgjøres av retten etter en konkret vurdering i den enkelte sak. Viktige momenter vil her være hvilken betydning tilståelsen har hatt for fornærmedes situasjon, og hvor stor prosessøkonomisk gevinst den har medført. Dette vil igjen bero på en rekke forhold, for eksempel på hvilket stadium av saken tilståelsen kommer og hvilken betydning tilståelsen har for oppklaringen av saken. Videre bør retten ta i betraktning hvilken betydning det vil få for effektiviteten av straffebudet hvis straffnivået reduseres i tilståelsessakene.(...)”¹¹⁴

Rettspraksis har fulgt opp lovgivers retningslinjer. Dersom tilståelsen gis umiddelbart etter utførelsen av drapet, vil dette gi seg utslag i straffutmålingen.

I Rt-2007-1253 meldte gjerningsmannen fra til politiet like etter at han på brutalt vis hadde knivstukket sin kjæreste. Gjerningsmannen ble dømt til fengsel i 15 år – medregnet tilståelsesrabatt på ett år. Høyesterett la til grunn at det ikke var til hinder for tilståelsesrabatt at drapet var begått under skjerpene omstendigheter. For vurderingen påpekte retten:

”Påtalemyndighetene har for Høyesterett anført at det nærmest ville være støtende om dette skulle gi en reduksjon i straffen. Jeg er ikke enig i det. Tilståelsen førte til at det med en gang ble klarlagt hvem som var gjerningsmann, og pårørende og andre berørte ble spart for den påkjønning som uvissheten rundt uoppklarte drap lett vil skape.”¹¹⁵

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s.44

¹¹⁵ Rt-2007-1253 avsnitt 10

Avgjørelsen taler for at hensynet til sakens oppklaring veier tyngre enn hensynet til handlingens straffverdighet i tilfeller hvor tilståelsen er sentral i saken.

Selv om tilståelsen ikke gis umiddelbart etter lovbruddet, kan den allikevel være av betydning for straffutmålingen. I Rt-2012-476 ”Faiza-saken” hadde en av gjerningsmennene kidnappet og drept en ung kvinne. Gjerningsmannen benektet all kjennskap til forhold som knyttet ham til saken de ni første politiavhørene. Det var først i det tiende politiavhør at gjerningsmannen tilsto forholdene, men i ettertid trakk han tilbake sin forklaring. Gjerningsmannen ble tilkjent strafferabatt på ett år. Ved straffutmålingen ble det lagt vekt på at tilståelsen var sentral i saken. Det fremgår av lagmannsrettens premisser at det ville ha vært vanskelig å domfelle den andre gjerningsmannen for overlagt drap uten domfeltes tilståelse.

Fradraget er videre normalt størst dersom man har meldt seg selv før forholdet var oppdaget, eller at man under etterforskningen opplyser om forhold som politiet ikke var kjent med. I Rt-2002-993 ”Baneheia-saken” var gjerningsmannen tiltalt for å ha drept og medvirket til voldtekt. Vedkommende tilsto forholdet først etter at det forelå bevis som med stor sikkerhet knyttet ham til åstedet. Ved vurderingen av straffutmålingsanken påpekte førstvoterende:

“Det begrenser vesentlig den vekt As tilståelse av egne straffbare forhold kan tillegges, at tilståelsen først kom etter at det forelå bevis som med stor sikkerhet knyttet ham til åstedet. I denne situasjonen hadde han også en klar egeninteresse av å trekke inn B for å unngå å bli belastet mer omfattende forbrytelser enn han hadde begått. Hans forklaring var imidlertid avgjørende for å få B dømt. Og ut fra de hensyn som ligger bak straffeloven § 59 annet ledd må det få betydning ved straffutmålingen at saken gjennom As tilståelse og forklaringer ble fullstendig oppklart.”

Gjerningsmannen ble tilkjent strafferabatt på to år.

Det fremgår av forarbeidene at:

”Formålet med lovendringen er at det skal legges større vekt på tilståelser i alminnelige saker enn tilfellet er i dag, særlig i de saker som behandles i forhørsretten. Lovendringen kan også få betydning for enkelte alvorlige straffesaker, men det er ikke først og fremst disse sakene forslaget tar sikte på.”¹¹⁶

På bakgrunn av uttalelsen kan det reises spørsmål til om det i praksis legges mindre vekt på tilståelser i drapssaker enn ved mindre alvorlige lovbrudd.

I Hålogaland lagmannsretts dom av 14. september 2011¹¹⁷ kom retten med en bred, generell bemerkning om betydningen av tilståelse ved drapshandlinger. Om dette uttalte lagmannsretten:

”Lagmannsretten viser særlig til at selv om lovendringen (straffeloven § 59 annet ledd) også kan få betydning for enkelte alvorlige straffesaker, er det ikke først og fremst disse sakene forslaget tok sikte på. Sammenholdt med at det bør tas i betraktning hvilken betydning for effektiviteten av straffebudet det vil få dersom straffnivået reduseres i tilståelsessakene, og resultatet i Høyesteretts dom av 20. september 2007 (HR-2007-1590-A, Rt-2007-1253), finner lagmannsretten at det generelle utgangspunkt med en tilståelsesrabatt på 15-30% ikke bør gjelde her.”

Rettspraksis er i overensstemmelse med rettens vurderinger i Hålogaland lagmannsretts dom av 14. september 2011. I drapssaker hvor tilståelsen er sentral for sakens oppklaring

¹¹⁶ Ot.prp.nr.81 (1999-2000) s. 44

¹¹⁷ LH-2011-112817

eller har bidratt til å forenkle saksbehandlingen for retten, har domstolene i en rekke tilfeller tilkjent gjerningsmannen tilståelsesrabatt på om lag 10 %.¹¹⁸

Domfeltes tilståelse gir betydelig mer strafferabatt i narkotikasaker og ved annen organisert kriminalitet. Tendensen i rettspraksis tilsier at domfelte gis tilståelsesrabatt på om lag 15-30 % i narkotikasaker dersom tilståelsen har hatt bevismessig betydning eller forenklet saksbehandlingen, jfr. blant annet Rt-2013-160 avsnitt 24, Rt-2012-330 avsnitt 10, og Rt-2002-1591.

Det fremgår ikke klart av forarbeidene hvorfor lovendringen om tilståelsesrabatt først og fremst tar sikte på de mindre alvorlige lovbrudd. Når tilståelsen får mindre betydning i drapssaker er dette imidlertid i tråd med forholdsmessighets- og straffverdighetsbetraktninger. Da drap er den mest alvorlige forbrytelse bør hensynet til handlingens straffverdighet veie tyngre enn hensynet til effektiv straffesaksbehandling. Også allmennpreventive betraktninger taler for at tilståelsen bør være av større betydning ved organisert kriminalitet enn ved drapshandlinger. I den grad det dreier seg om organisert kriminalitet kan tilståelsen være med på å avdekke annen grenseoverskridende, kriminell virksomhet. I drapssaker dreier det seg imidlertid som regel om en enkeltstående forbrytelse. Hensynet slår derfor ikke til her.

2.3.2.4.2 Anger

Hensynet til allmennprevensjon og forholdsmessighetsbetraktninger tilsier at anger og forsøk på å gjøre det godt igjen er uten betydning når det gjelder alvorlige integritetskrenkelser. På den annen side kan hensynet til individualprevensjon tale for at det tas hensyn til slike forhold. Et fengselsopphold kan virke destruktivt overfor en angrende synder. I rettspraksis er gjerningsmannens anger over å ha begått ugjerning uten betydning for straffutmålingen.

¹¹⁸ Se Rt-2007-1253, Rt-2012-476, LG-2011-111722, LG-2012-38455, LH-2011-112817, TFRED-2011-175116. I disse sakene ble gjerningspersonene tilkjent strafferabatt på ett år.

I Rt-2005-1782 ble en mann dømt for å ha drept en kvinne under særdeles skjerpene omstendigheter mens hun holdt sin tre uker gamle sønn i armene. Ved straffutmålingen uttalte retten at: ”*Beklagelse av handlingen, og oppriktig anger over å ha drept en mor med et barn i armene, er irrelevant for straffutmålingen.*”¹¹⁹

Domfeltes *manglende* anger har imidlertid betydning ved straffutmålingen. Dette gjelder spesielt i tilfeller hvor det er spørsmål om vilkårene for det tidligere sikringsinstituttet eller om vilkårene for forvaring, er oppfylt. Ved spørsmål om vilkårene for sikring var tilstede bemerket retten i Rt-1982-82 at: ”*Retten er enig med de sakkyndige i at tiltalte synes å røpe en total mangel på skyldfølelse eller anger og nærmest virker sorgløs og uberørt av det han har gjort, til tross for at han har en detaljert hukommelse om hendelsesforløpet.*”¹²⁰

Rettens vurdering er i overensstemmelse med uskadelliggjøringstanken. Manglende anger kan ses som et uttrykk for at det er sannsynlig at vedkommende er i stand til å begå tilsvarende handlinger igjen.

2.3.2.4.3 Lang behandlingstid

Domstolene har, i enkelte tilfeller, ansett lang behandlingstid som formildende omstendighet ved straffutmålingen. Eksempelvis kan det vises til Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 13. desember 1999.¹²¹ I saken ble domfelte dømt til fengsel i 7 år for forsettlig drap og flere andre voldsforbrytelser. Om betydningen av behandlingstiden uttalte domstolen: ”*Lagmannsretten har også lagt vekt på at saken har tatt lang tid, særlig gjelder det enkelte av forholdene i tiltalebeslutningen av 2 juni 1998, som skriver seg fra 1995.*”

¹¹⁹ Rt-2005-1782 avsnitt 15

¹²⁰ Se i samme retning Rt-1983-1043 og Rt-1986-852

¹²¹ LB-1999-00669

Vurderingen er i overensstemmelse med individualpreventive betraktninger. Da straffens allmennpreventive virkning avtar ettersom saken blir gammel, taler hensynet til domfeltes rehabilitering for at straffen avkortes.

Vurderingen er også i overensstemmelse med kravet om en rettferdig rettergang jfr. EMK art. 6 nr. 1. Av bestemmelsen følger det: *"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time."* Bakgrunnen for regelen er hensynet til tiltalte og hans rett til å få avklart sin skjebne. Ved at domfelte får redusert straff dersom behandlingstiden har vært uforholdsmessig lang, anses forholdet avhjulpet i forhold til EMK.

Hertil må det nevnes at utholdt varetektfengsel gir grunnlag for fradrag i straffeutmålingen, jfr. strl. § 60 og strpl. § 460.

2.3.2.4.4 Soning av straffen vil virke særlig hardt

Ved alvorlige integritetskrenkelser som drap, vil det bare i begrenset grad kunne legges vekt på at soning av straffen vil virke særlig hardt overfor lovbryteren. I Rt-2007-1253 kom retten til at det ikke kunne legges vekt på at domfelte på handlingstiden var gammel og soning av straffen derfor kunne oppleves som særlig belastende. For vurderingen påpekte førstvoterende:

"Domfelte var 64 ½ år da de straffbare handlinger ble begått. Selv om han senere har vært varetektfengslet og deretter har gått over på foregrepet soning, vil han ha en relativt høy alder på det tidspunkt han eventuelt kan løslates på prøve. Jeg kan ikke se at dette er en omstendighet som det bør tas hensyn til ved straffutmålingen. Dersom domfeltes helsetilstand skulle utvikle seg slik at fortsatt soning vil føre til en

urimelig belastning for ham, går jeg ut fra at spørsmålet om eventuell prøveløslatelse eller andre tiltak vil bli vurdert av kriminalomsorgen.”¹²²

I Rt-1981-915 kom retten imidlertid under dissens (3-2) til at det måtte legges betydelig vekt på vanskelige soningsforhold ved utmåling av straffen. I saken hadde gjerningsmannen begått et grufullt drap overfor en kvinne. Saken skiller seg fra den ovenstående da domfelte i foreliggende tilfelle ville få en betydeligere tyngre soning. Gjerningsmannen hadde utlagt tarm, og i tiden etter overgrepet hadde han fått amputert sin venstre arm. Av domspremissene fremgikk det at pasienten flere ganger hadde blitt mobbet for sitt handicap, og at han innenfor murene ikke kunne flykte unna slike situasjoner.

Vurderingen i Rt-1981-915 er i overensstemmelse med hensynet til individualprevensjon: Da domfelte var fysisk handicappet vil inkapasiteringstanken ikke gjøre seg gjeldende med samme styrke. Lang fengselsstraff kan dessuten virke særlig destruktivt overfor lovbrøyttere som befinner seg i et vanskelig livsforløp.

2.4 Utenforliggende hensyn

Fraværet av lovfestede momenter som det skal legges vekt på ved straffutmålingen stiller store krav til dommeren ved utmåling av straff. Friheten kan være en fallgrube, ved at dommeren lar seg påvirke av egne følelser og utenforliggende hensyn ved straffutmålingen. I det følgende skal det vurderes hvorvidt tiltaltes sosiale klassetilhørighet og kjønn kan være av betydning for straffutmålingen.

2.4.1 Sosiale klasser og kjønn

Mathiesen er forsiktig med å si at domstolene, i enkelte tilfeller, dømmer like tilfeller ulikt på bakgrunn av domfeltes klassetilhørighet.¹²³

¹²² Rt-2007-1253 avsnitt 11

¹²³ Mathiesen (2011) s. 213-220

Også Aubert fant i sin undersøkelse at det var en sammenheng mellom tiltaltes sosiale status og straffereaksjon.¹²⁴ Undersøkelsen omfattet samtlige straffesaker hvor det hadde vært hovedforhandling ved seks herredsretter på østlandsområdet i tiden 1950-1961. Resultatet viste at det var en tendens til flere ubetingede og langvarige fengselsstraffer for den minst bemidlede gruppen.¹²⁵

Også i forarbeidene har man i noen grad tatt stilling til diskusjonen hvorvidt domstolene dømmer forskjellige sosiale klasser ulikt. I NOU 1983: 57 s. 17 uttaler straffelovkommisjonen imidlertid at det først og fremst er ved håndhevelsen av lovreglene at man i dag kan finne enkelte sosiale skjevheter, ikke ved straffutmålingen. Det fremholdes at høyt bemidlede grupper har lettere for å etablere hindringer og buffere mot strafferettslig forfølgning enn de mindre bemidlede grupper.

Etter dette må konklusjonen bli at det kan tenkes at domfeltes sosiale status øver innflytelse på straffens utmåling i den enkelte sak. Problemstillingen er imidlertid kompleks, og innenfor denne oppgavens begrensede omfang vil det føre for langt å redegjøre nærmere for problemstillingen.

Hva angår diskusjonen om menn og kvinner dømmes ulikt, kan det vises til mediens oppslag i *"A-magasinet"* i Aftenposten datert 1. februar 2013 med tittelen: *"Hvorfor behandles kvinner mildere?"* I artikkelen fremholdes det at: *"Alle er like for loven, alle skal straffes likt. Bortsett fra kvinner"*. Bakgrunnen for artikkelen er blant annet Oslo tingretts avgjørelse av 19. september 2012.¹²⁶

¹²⁴ Oppsummert i Mathiesen (2011) s. 218-219

¹²⁵ Det er en metodisk svakhet ved analysen at det ikke ble skilt mellom første- og annengangsforbrytere, og mellom dem som hadde få og mange tiltalepunkter.

¹²⁶ TOSLO-2012-111130

I saken var det tale om to kvinner som hadde hugget en mann i hjel med øks mens han lå i sin seng og sov. Etter drapet hadde gjerningsmennene forsøkt å kvitte seg med bevismateriale og gjemt liket i en presenning ved en skogsbilvei. Kvinnene ble dømt til fengsel i 12 år for henholdsvis overlagt drap og medvirkning til overlagt drap. Ved straffutmålingen ble det uttalt at det i saken ikke forelå straffskjerpene omstendigheter. I formildende retning ble det lagt vekt på at kvinnene selv hadde bidratt til oppklaring av drapet og at en av kvinnene tidligere hadde blitt utsatt for psykisk og fysisk vold av fornærmede.

Det er mulig at retten ville ha kommet til et annet domsresultat om gjerningspersonene var menn. Først og fremst kan det bemerkes at avgjørelsen ikke er i overensstemmelse med det alminnelige straffenivået for overlagt drap, som i dag ligger i intervallet mellom 14 og 18 år.¹²⁷ For det annet er det interessant at tingretten har sett helt bort fra de domfeltes etterfølgende opptreden som straffskjerpene omstendighet ved drapshandlingen, herunder at kvinnene hadde holdt liket skjult i flere måneder etter øksedrapet.¹²⁸

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 26. februar 2013¹²⁹ ble straffen skjerpet betydelig. Begge kvinnene ble dømt til fengsel i 15 år. Også i lagmannsretten fikk de domfelte reduksjon i straffen for å ha avgitt uforbeholden tilståelse og for sakens forhistorie. En omstendighet som tilsynelatende i betydelig grad skiller straffutmålingen, er at lagmannsretten la vekt på den etterfølgende behandlingen av liket som skjerpene omstendighet. Om vektleggingen av momentet uttalte lagmannsretten:

”I skjerpene retning legger lagmannsretten vekt på at de tiltalte i etterkant valgte å plassere liket nær en skogsbilvei. Liket var bare skjult i en presenning. Som følge av at de

¹²⁷ Se punkt 2.3.1 om det alminnelige straffenivå

¹²⁸ Se punkt 2.2.2 om betydningen av slike etterfølgende omstendigheter

¹²⁹ LB-2012-180905

skjulte liket, måtte de pårørende leve i uvisshet om hans skjebne i tre måneder. Liket ble skadet som følge av plasseringen i naturen.”

At det ses helt bort fra omstendighetene ved tingrettens behandling av saken, kan forstås på flere måter: En mulig forståelsesmåte er at tingretten ikke fant momentet tungtveiende ved utmåling av straffens lengde. En slik vurdering er imidlertid ikke i tråd med Høyesterettspraksis, jfr. fremstillingens punkt 2.2.2 om betydningen av etterfølgende omstendigheter. En annen mulig synsmåte er at tingretten, på bakgrunn av utenforliggende hensyn, har kommet til en konklusjon for deretter å bygge opp argumentasjonen. Argumenter som taler mot en strengere straff har derfor blitt utelatt.

3 Vurdering

3.1 Hvilke hensyn bør være styrende for straffens utmåling

I det følgende skal det stilles til i hvilken grad hensynet til prevensjon og rettferdighet *bør* være styrende for straffens utmåling.

3.1.1 Allmennprevensjon

Lovens allmennpreventive funksjon lar seg ikke måle. Vi vet lite om hvor mange som ville ha begått drap om straffetrusselen ikke hadde eksistert. Enkelte realiteter lar seg imidlertid ikke benekte. I det videre skal det tas stilling til noen praktisk viktige forhold av betydning for straffens allmennpreventive virkning. Det skal også pekes på enkelte moralske innvendinger mot allmennprevensjon som begrunnelse for straffens utmåling.

3.1.1.1 Lovovertrédelsens art

Straffens betydning for samfunnsmedlemmenes motivasjon vil være forskjellig etter arten av de lovbrudd straffetrusselen gjelder.¹³⁰

Matningsdal og Strandbakken fremholder at: *"Hensynet til allmennprevensjonen gjør seg særlig gjeldende i forhold til reguleringslovgivningen hvor det gjerne ikke er sterke etiske motforestillinger mot å overtre loven."*¹³¹ Disse synspunkter er jeg enig i. Den som for eksempel begår brudd på veitrafikklovens bestemmelser, vil ikke bli møtt med sterke moralske bebreidelser. Behovet for en allmenn straffetrussel øker tilsvarende.

Grunnen til at folk flest avstår fra å drepe, er at drapshandlingen i seg selv er moralsk forkastelig. Om straffetrusselen tenkes borte, vil borgernes moralske standard og frykten for omgivelsenes dom likevel stå igjen som tungtveiende kriminalitetshindrende

¹³⁰ Andenæs (1990) s. 52-53

¹³¹ Strandbakken og Matningsdal (2004) s. 15

faktorer.¹³² Overholdelse av straffenormen ved forsettlig drap er derfor i langt mindre grad et spørsmål om effektive rettslige sanksjoner.

3.1.1.2 Gjerningsmannens motiveringssituasjon

Da drapshandlinger som oftest er et resultat av følelsesladde situasjoner, hvor gjerningsmannen i mindre grad er i stand til å vurdere følgene av sin handling, er det nærliggende å tenke seg at trusselen om lang straff er av underordnet betydning for gjerningsmannens handlingsmønster. Andenæs uttaler illustrerende at *”Mord er i vår kultur en handling omgitt av massiv moralsk fordømmelse. Når disse hemninger blir gjennombrutt, skjer det ofte i situasjoner av emosjonell opphisselse eller påkjenning, hvor gjerningsmannen handler uten hensyn til følgene.”*¹³³

3.1.1.3 Straffetrussel vs. straffutmåling

Andenæs påpeker at *”Helt siden Beccaria har det vært en alminnelig akseptert oppfatning at sikkerheten for oppdagelse og straff har større betydning for å avholde folk fra forbrytelser enn størrelsen av straffen.”*¹³⁴ På bakgrunn av uttalelsen kan det være grunn til å skille mellom allmennpreventive hensyn som argument for generelt å kunne straffe, og som argument for straffens lengde.

Selv om både lovovertrædelsens art og gjerningsmannens motiveringssituasjon tilsier at man bør være tilbakeholdne med å anføre allmennpreventive hensyn som begrunnelse for å straffe, vil det være en uholdbar generalisering om man vil trekke den slutning at lovens straffetrussel er uten betydning. Om dette fremholder Andenæs:

*”De allmenpreventive virkninger er etter min mening den viktigste begrunnelsen for å bruke straff.”*¹³⁵ Videre påpeker han at *”Allerede den enkleste common sense-betraktning*

¹³² Andenæs (1990) s. 53

¹³³ Ibid s. 64

¹³⁴ Ibid s. 61

¹³⁵ Ibid s. 13

viser at (...) risikoen for oppdagelse og domfellelse er av avgjørende betydning for straffelovens preventive effekt. Meget få vil finne på å overtre straffeloven med en politipatrulje som iakttagere.”¹³⁶

Etter dette synes det mest forsvarlig å konkludere med at *risikoen for straff* har betydning for hyppigheten av drapshandlinger.

Et annet spørsmål er om allmennpreventive hensyn kan benyttes som argument for *straffens lengde*. Problemstillingen som skal vurderes er om straffens virkning øker proporsjonalt med straffens størrelse. Dette er et komplisert spørsmål, som ikke lar seg besvare generelt. Det som kan føres av erfaringsbevis er magert. Det har aldri vært foretatt noen systematisk innsamling av materiale som kan kaste lys over problemstillingen.¹³⁷

Hvorvidt økningen av lovens minstestraft fra 6 til 8 år i 2010 har hatt nevneverdig effekt på antall begåtte drap etter lovendringen, kan imidlertid belyse problemstillingen. For vurderingen kan det vises til Kripos nasjonale utarbeidelse av forsettlig og overlagte drap for perioden fra 2003-2012.¹³⁸ Tabellen er inntatt på avhandlingens siste side.

Drapstatistikken viser at det ikke er tale om radikale endringer i kriminalitetsbildet etter at minstestraften for drap ble skjerpet i 2010: I 2012 var det 31 drapsmenn i Norge. I 2004 var antall drapsmenn også 31. Videre kan det påpekes at det i 2012 var 28 drapssaker og at det i 2007 var 27 drapssaker.

¹³⁶ Andenæs (1990) s. 57

¹³⁷ Ibid s. 39. Se imidlertid undersøkelser om dødsstraff i USA: Andenæs bemerker at undersøkelsene *“har overbevist de fleste krimiologer om at dødsstraff for drap i stedet for livsvarig fengsel ikke har noen påviselig virkning for antallet drap.”* Andenæs (1990) s. 134

¹³⁸ https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/kripos/Vedlegg_2009.pdf.

Det er en svakhet ved undersøkelsen at den utelukkende gjelder kortidseffekten av den nye lov. Det utelukker ikke muligheten av en langtidsvirkning. Til tross for denne metodologiske innvending gir drapsstatistikken støtte for den oppfatning at for en forbrytelse som drap kan det ikke ventes at en skjerpelse av de allerede strenge straffetrusler, vil bety noe vesentlig i allmennpreventiv retning. Ut fra et alminnelig psykologisk resonnement fremstår det dessuten som lite sannsynlig at lovbrøyttere som ikke lar seg avskrekke av en trussel om straff i seks år, vil la seg avskrekke av trusselen om straff i åtte år.

3.1.1.4 Ethiske innvendinger ved allmennprevensjonen

En viktig innvending mot allmennprevensjon er at straffen ikke anvendes for å hindre lovbrudd fra den straffede, men for å avholde befolkningen fra å begå straffbare handlinger. Den enkelte lovovertreder blir brukt blott som et middel for å hindre kriminell adferd.¹³⁹

I Sverige har man lagt vekt på innvendingen ved revisjonen av straffelovgivningen. Om hvilke hensyn som skulle være bestemmende for lovens strafferammer uttaler den svenske Fängelsestraffkommittén:

*“Som ovan nämnts anser vi att man, när det gäller att utforma straffskalor för olika gärningar, inte har nytta av vare almenpreventiva eller individualpreventiva resonemang. Vi anser i stället att straffvärdebedömningar bör grundas på de olika brottens förkastlighet. Utgångspunkten vid bestämmande av straffskalor för de olika brotten skall således vara vad brottet allmänt sett förtjänar av straff.”*¹⁴⁰

Det fremgår av det siterte at rettferdighetsbetraktninger skal være avgjørende for fastsettelsen av strafferammene. Allmennpreventive hensyn skal ikke tillegges vekt.

¹³⁹ Andenæs, Straff (1990) s. 81, Matningsdal og Strandbakken (2004) s. 15, og Leer-Salvesen (1991) s. 416

¹⁴⁰ SOU 1986: 13 s. 19

Bakgrunnen for dette var at slike hensyn kunne komme i konflikt med rettferdighetstanker.¹⁴¹

Det kan reises spørsmål til om det svenske syn har noe for seg overfor allmennpreventive betraktninger i lovgivningen. Andenæs påpeker at:

*”Straffebudet er satt for å avholde alle fra å begå visse handlinger. Aksepteres straffebudet som etisk forsvarlig, må man også akseptere den straffanvendelse i det enkelte tilfelle som det foreskriver.”*¹⁴²

Det synes derfor som de svenske lovforarbeidene går for langt når de på prinsipielt grunnlag generelt avskjærer muligheten for å legge vekt på prevensjonshensyn i lovgivningen.

Annerledes stiller det seg dersom allmennpreventive overveielser bestemmer straffutmålingen i *den enkelte rettsavgjørelse*. Slike avgjørelser er etisk problematiske da den enkelte gjerningsmann blir brukt som et middel for at andre samfunnsmedlemmer skal avholde straffenormen. Resultatet harmonerer dårlig med hensynet til en rettferdig straffutmåling: Ved at dommen i realiteten ikke er en anvendelse av tidligere etablerte normer, har den i seg et moment av tilbakevirking. Videre kan det pekes på at dommen gir rom for ulik behandling av ellers like tilfeller.¹⁴³

3.1.2 Individualprevensjon

Straffens individualpreventive funksjon lar seg vanskelig måle. Andenæs påpeker at:

¹⁴¹ SOU 1986: 13 s. 15

¹⁴² Andenæs (1990) s. 82

¹⁴³ Ibid s. 83

”Rent bortsett fra den betydelige feilkilde som ligger i at tilbakefallsstatistikken bare får fatt på de tilfeller hvor den straffede blir oppdaget på ny, kan statistikken ikke si noe om hvor stort tilbakefallet ville ha vært uten bruk av straff eller med bruk av en annen reaksjon.”¹⁴⁴

Enkelte generelle oppfatninger om straffens individualpreventive virkning kan allikevel nevnes. I det følgende skal det redegjøres for noen praktisk viktige forhold av betydning for straffens individualpreventive virkning. Enkelte moralske innvendinger mot individualprevensjon som begrunnelse for straffutmåling skal også behandles.

3.1.2.1 Skillet mellom straffens avskrekkende, behandlende og uskadeliggjørende funksjon.

Antagelser om at straffens individualpreventive virkninger øker med straffens lengde, stiller seg forskjellig for de ulike sider av individualprevensjonen:

Forskning viser at straff generelt har liten forbedrende virkning på lovbrysteren. Om dette påpeker Andenæs at: *”flertallet av lovovertredere som blir straffet for første gang, ikke blir straffet på ny, og at risikoen for tilbakefall øker med hver ny domfellelse.”¹⁴⁵*

Selv om virkningene av individualprevensjonens behandlende og avskrekkende funksjon har tapt terreng de siste tiår, er det liten tvil om at straffens uskadeliggjørende funksjon fortsatt spiller en betydelig rolle. Dersom det allerede ved første lovbrudd er fare for at lovbrysteren vil begå nye drap, taler forholdet for at vedkommende må uskadeliggjøres ved forvaring, jfr. strl.§ 39 c.

¹⁴⁴ Andenæs (1990) s. 27

¹⁴⁵ Ibid s. 177 med videre henvisning til undersøkelser gitt av Hood og Sparks (1970) s.171-214

3.1.2.2 Etske innvendinger ved individualprevensjon

Det kan tenkes at straffens individualpreventive virkning er uheldig i den forstand at straffen gjør lovovertrederen mer forherdet.¹⁴⁶ Rettsosilogisk forskning tyder på at langvarige fengselsopphold virker mot sin hensikt: I stedet for å hjelpe gjerningsmannen tilbake på rett spor, bidrar fengselsoppholdet til at den innsatte avsondres fra samfunnets normer og regler.¹⁴⁷

Individualprevensjonen har videre blitt kritisert for å være i strid med likhets – og forholdsmessighetsprinsipper. Ut fra rene individualpreventive betraktninger er det lovbruterens person og ikke lovbruddet som skal bestemme reaksjonen.¹⁴⁸

I et rendyrket individualpreventivt system ville drapsmenn slippe ut av fengsel så snart psykiatriske undersøkelser hadde klarlagt at gjerningsmannen ikke vil begå tilsvarende lovbrudd i fremtiden.¹⁴⁹ Slike resultater er det imidlertid vanskelig å akseptere, både ut fra rettferdighetsbetraktninger og ut fra betraktninger om straffens allmennpreventive virkning.¹⁵⁰

3.1.3 Rettferdighet

Rettferdighetsbegrepet som et selvstendig grunnlag for å utmåle straff har blitt utsatt for kritikk fra mange hold. Ross hevdet at *”der er noget galt fat med en ide, der syntes at kunne spændes over enhver vogn.”*¹⁵¹ Uttalelsen gir uttrykk for at det vanskelig kan oppstilles objektive kriterier for hva som er rettferdig i det konkrete tilfellet - I

¹⁴⁶ Andenæs (2010) s. 82.

¹⁴⁷ Mathiesen (2011) s. 49-53

¹⁴⁸ Hauge (1996) s. 268

¹⁴⁹ Andenæs (1996) s. 44

¹⁵⁰ Andenæs (1996) s. 44

¹⁵¹ Ross (1953) s. 352

virkeligheten vil en rettferdig straffeforfølgelse ha i seg elementer av både preventive betraktninger og betraktninger omkring gjengjeldelse, forholdsmessighet, den alminnelige rettsfølelse og likhet, forutberegnelighet og rettssikkerhet.¹⁵²

Et eksempel kan illustrere hvordan ulike rettferdighetsbetraktninger kan være motstridende: I et rendyrket gjengjeldelsessamfunn må den som har drept en annen, selv dø, fordi det ikke finnes noe surrogat som kan oppveie for det tapte liv.¹⁵³ I vårt siviliserte samfunn vil dødsstraff imidlertid stride mot våre forestillinger om menneskeverdet.¹⁵⁴

I Straffelovkommisjonens delutredning fremholdes det imidlertid at man strekker kritikken mot rettferdighetshensynet for langt når man utelukker muligheten for å operere med et mer fastlagt rettferdighetsbegrep. Det fremholdes at rettferdighetsbegrepet kan være egnet til å karakterisere *”det resultat eller den løsning som samlet sett finnes rimelig – intuitivt eller på bakgrunn av nærmere angitte hensyn.”*¹⁵⁵

Disse betraktninger er jeg enig i. Som et ikke nærmere presisert argument vil en henvisning til rettferdighet ofte være uklart og lite tilfredsstillende i en diskusjon om straffens utmåling. Da fremstillingen ovenfor viser at straffens allmennpreventive virkning ved forsettlig drap er begrenset, synes rettferdighetsbegrepet imidlertid å være en bedre egnet målestokk når det gjelder å gi uttrykk for hva som er rett og rimelig. I en rettsstat bør det primære mål ved straffutmålingen være at den enkelte lovbrøyer avstår fra å begå kriminelle handlinger i fremtiden, ikke å innskjerpe lovlydighet hos andre. Ved å anvende rettferdighetsbetraktninger fremfor allmennpreventive hensyn, vil individuelle omstendigheter ved domfelte og drapshandlingen tre i forgrunnen. Samtidig unngår domstolen å anvende den enkelte lovbrøyer som et middel.

¹⁵² Se punkt 2.1

¹⁵³ Hauge (1996) s.135

¹⁵⁴ Andenæs (1990) s. 129

¹⁵⁵ NOU 2002: 4 punkt 5.2.2.3.3

3.2 Kan dagens straffutmålingssystem forsvares ut fra generelle betraktninger om straffens formål?

3.2.1 Domstolenes argumentasjonsteknikk

Likhets- og forutberegnelighetshensyn tilsier at dommerne bør vektlegge individuelle omstendigheter ved drapshandlingen likt dersom de konkrete omstendigheter tilsier det. Dersom dommeren i en sak for eksempel vektlegger kulturforskjeller som formildende omstendighet, bør det samme legges til grunn i andre saker. I denne sammenheng bør dommeren, i den enkelte straffutmålingssak, foreta en prinsipiell og konsekvent vurdering med en åpen bruk av de rettskildefaktorer vedkommende legger vekt på.

Andenæs fremholder med bred penn at:

”Gjennom rettspraksis utkrystalliseres det etter hvert normer, som i høy grad begrenser den frihet som de vide strafferammene tilsynelatende gir dommeren. (...) Man får gjennom Høyesteretts praksis fastlagt både det alminnelige straffenivå for forskjellige lovbrudd, og hvilken vekt det skal legges på individuelle omstendigheter av formildende og skjerpene art.”¹⁵⁶”

På bakgrunn av gjennomgangen i fremstillingens punkt 2.3.2 kan det imidlertid argumenteres for at utsagnet, i enkelte straffutmålingsavgjørelser, ikke holder mål.

Som fremstillingen i punkt 2.3.2 om de enkelte straffutmålingsmomenter viser, er domstolene i enkelte saker lite konkrete i sin argumentasjonsteknikk ved utmåling av straff. Et problem er at det ofte ikke fremgår av dommens premisser hvorfor individuelle

¹⁵⁶ Andenæs (1996) s. 115

omstendigheter ved handlingen tillegges vekt eller ikke tillegges vekt, eller i hvilken grad momentet tillegges vekt.

Også i juridisk teori har det blitt rettet kritikk mot domstolenes argumentasjonskritikk. Ross bemerker at det ofte kan være slik at dommeren først ser sin konklusjon for deretter å bygge opp argumentasjonen. Argumenter som taler mot et gitt resultat kan derfor bli utelatt eller kun kort omtalt. Om dette fremholder han:

”Det sædvanlige er derimot, at han genem en argumentasjonsteknikk søger at give det utseende af, at den afgørelse han træffer objektivt og forstandmæssig kan udfines ved studium af givne data og derfor er dækket af ”lovens mening” eller ”lovgiverens hensight”.¹⁵⁷

På dette punkt må det erkjennes at det er umulig å uttømmende angi de individuelle omstendigheter som kan gjøre seg gjeldende ved straffutmålingen i en sak. Det kan imidlertid reises spørsmål til om domstolene *i større grad* bør gi åpent uttrykk for de individuelle omstendigheter og hensyn som begrunner straffutmålingen.

Domstolenes ulike vurderinger i Rt-1984-1146 og Rt-2004-750 er egnet til å kaste lys over problemstillingen.¹⁵⁸ I begge saker var det tale om et brutalt drap, og i begge tilfeller var drapet foranlediget av de domfeltes kulturelle bakgrunn. I Rt-1984-1146 kom retten til at det måtte legges vekt på domfeltes kulturelle bakgrunn ved straffutmålingen, mens retten i Rt-2004-750 fremholdt at det ikke kunne legges vekt på slike forhold. Det fremgår ikke klart av rettens begrunnelse i Rt-1984-1146 hvorfor de domfeltes kulturelle bakgrunn ble tillagt vekt utover å vise til at tradisjonen fra hjemlandet stilte de domfeltes forhold i et særlig lys. På mange måter lar det seg hevde at en alvorlig forbrytelse som drap aldri bør kunne forsvares ut fra kulturelle betingelser. Og dersom domstolene finner å legge vekt på

¹⁵⁷ Sitert i Hellum (2003) s. 12

¹⁵⁸ Se punkt 2.3.2.3.4

slike forhold – hvor skal grensen trekkes? I virkeligheten synes det som om domstolen i Rt-1984-1146 la gjengjeldelsessynspunkter til grunn for sin argumentasjon, ikke kulturforskjeller. Selv i vår vestlige kultur vil drapshandlingen fremstå som mindre straffverdig dersom den er foranlediget av den dreptes seksuelle utnyttelse av domfeltes nærstående. Hvis det virkelig er slik at domstolen la gjengjeldelsessynspunkter til grunn for straffutmålingen, kan man spørre seg hvorfor det ikke er mulig for domstolene å bygge direkte på dette fremfor å gå veien om en henvisning til kulturforskjeller.

På dette punkt kan det også vises til rettens ulike vurderinger av domfeltes affekt ved straffutmålingen i Rt-1992-688 og i Rt-2007-1253.¹⁵⁹ I begge saker var domfelte i sterk affekt på handlingstidspunktet som følge av en konfliktfylt situasjon mellom domfelte og den drepte. I Rt-1992-688 la retten vekt på domfeltes affekt i formildende retning ved straffutmålingen, men ikke i Rt-2007-1253. Det er ikke gitt en nærmere begrunnelse for hvorfor domfeltes affekt var av betydning i Rt-1992-688, og hvorfor den var uten betydning i Rt-2007-1253.

Hensynet til likhet og forutberegnelighet ved straffutmålingen taler for at domstolenes manglende begrunnelse og ulik vurdering i sakene, er uheldig. Hensynet til en rettferdig straffutmåling tilsier at likeartede saker skal behandles likt. For å oppnå dette bør domstolene tilstrebe å gjøre rede for, i generelle vendinger, hvilken vekt de individuelle omstendigheter har hatt ved straffens utmåling. Da det i praksis har dannet seg et alminnelig straffenivå ved drapshandlinger, er det hensiktsmessig at retten gjør rede for dette. Videre bør retten åpent gjøre rede for hvorfor de individuelle omstendigheter er av betydning. Et godt eksempel på en slik rettskildebruk er gjengitt i Rt-2011-774 om betydningen av selvforskyldt rus.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Se punkt 2.3.2.3.5

¹⁶⁰ Se punkt 2.3.2.3.2

Hertil kan det vises til drøftelsen ovenfor i punkt 2.4 om utenforliggende hensyn ved straffutmålingen. Påstander om at forskjellige sosiale klasser og kjønn straffes ulikt, får mindre slagkraft i den grad domstolene foretar prinsipielle og konsekvente vurderinger av de individuelle omstendigheter ved drapshandlingen og rettskildebildet for øvrig.

3.2.2 Utformingen av straffebudet

Utover å vise til enkelte straffskjerpene momenter i bestemmelsens annet ledd, inneholder straffetrusselen lite av generelle regler om hvilke omstendigheter som skal tillegges vekt ved utmåling av straff. Det kan fra et demokratisk synspunkt sies at så viktige kriminalpolitiske avgjørelser som prinsippene for straffutmålingen burde treffes av lovgiver, ikke av den dømmende makt.¹⁶¹ Videre kan det argumenteres for at lovfestelse av straffskjerpene og formildende omstendigheter kan styrke en ensartet straffutmåling i likeartede saker, og dermed bidra til økt likhet og forutberegnelighet ved straffutmålingen. Lovgiverne har tatt disse betraktninger inn over seg ved utarbeidelsen av den nye straffeloven 2005:

I straffeloven 2005 følger det av bestemmelsen i § 275 om forsettlig drap at: *”Den som dreper en annen, straffes med fengsel fra 8 inntil 21 år.”* Av lovens §§ 77 og 78 gis det videre uttrykk for skjerpene og formildende omstendigheter som det skal tas hensyn til ved straffutmålingen. Om bakgrunnen for lovendringen påpeker departementet:

”Selv om straffutmålingen i dag i stor grad er ensartet, ser departementet det som positivt om en kodifisering kan bidra til å opprettholde og kanskje også styrke en ensartet straffutmåling i likeartede saker. Likebehandling og ensartethet i straffutmålingen, forankring i loven samt større grad av forutsigbarhet for publikum kan også ha betydning for legitimiteten til domstolene og påtalemyndighetens straffutmålingspraksis.”¹⁶²

¹⁶¹ Andenæs (2010) s. 457

¹⁶² Ot.prp.nr.8 (2007-2008) punkt 4.3.3

Det kan reises spørsmål til om den nye straffelovs bestemmelser om straffskjerpene og formildende momenter ved straffutmålingen vil ha negative konsekvenser for fleksibiliteten og skjønnets som rettsanvenderen innrømmes i dag. Hertil kan det tenkes at lovfestelse av enkelte straffutmålingsmomenter kan vende rettsanvenderens oppmerksomhet bort fra andre relevante omstendigheter ved straffutmålingen.

Da det fremgår av lovens ordlyd at katalogen av straffskjerpene og formildende momenter ikke er uttømmende, jfr. formuleringen *”især tas i betraktning”* og lovforarbeidene gjør det klart at momentene i straffeloven 2005 §§ 77 og 78 i hovedsak er en kodifisering av gjeldende rett¹⁶³, kan jeg imidlertid ikke se at lovfestelsen vil ha negative konsekvenser for dommerens rettsanvendelsesskjønn. Tvert i mot kan bestemmelsene være med på å styrke hensynet til likhet, foruberegnelighet og rettssikkerhet i straffutmålingsaker.

Det kan videre reises spørsmål om forhøyelse av lovens minstestraft fra 6 til 8 år ivaretar hensynet til en rettferdig straffutmåling. I forarbeidene påpeker Straffelovkommisjonen enkelte innvendinger mot bruk av minstestraft. Kommisjonen fremholder blant annet at særskilte minstestraffer i enkelte tilfeller kan tvinge domstolene til å avsi strengere straffer enn de har funnet rimelig, og at en skjerpelse av minstestraften i mindre grad vil gjøre det mulig å nyansere straffutmålingen.¹⁶⁴ Disse synspunkter er jeg enig i. Da fremstillingen ovenfor viser at straffens allmennpreventive virkning trolig ikke øker proporsjonalt med straffens lengde,¹⁶⁵ kan det tenkes at innføringen av minstestraften - i stedet for å bidra til at borgerne i større grad avstår fra å begå drapshandlinger - bidrar til at domstolenes rom for å legge vekt på individuelle omstendigheter og konkrete forhold ved

¹⁶³ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) punkt 4.3.3

¹⁶⁴ NOU 1983: 57 s. 239

¹⁶⁵ Se punkt 3.1.1.3

drapshandlingen, innsnevres.¹⁶⁶ Ved dette svekkes hensynet til en rettferdig straffutmåling. Det er dessuten grunn til å ha tillit til at domstolene vil idømme en tilstrekkelig streng straff for forsettlig drap uten tvingende minstestraft.¹⁶⁷

Ved alvorlige lovbrudd som drap vil lovens generelle sidestrafferammer ofte få mindre betydning ved utmåling av straff. Etter gjeldende rett er det uten betydning for strafferammen om lovbrøyteren begår nye straffbare handlinger, dersom vedkommende allerede har overtrådt et straffebed med en strafferamme på 21 års fengsel.¹⁶⁸ Ved straffutmålingen vil man derfor i disse tilfeller ikke alltid kunne ta hensyn til den økte straffverdigheten ved at det er begått flere lovbrudd. Ved drapshandlinger har innvendingen særlig gjort seg gjeldende ved spørsmål om konkurrens. Problemstillingen i det følgende er om lovens maksimumsstraff ved sammenstøt av lovbrudd, jfr. strl. § 62, bør skjerpes.

Departementet har i forarbeidene til ny straffelov tatt stilling til hvorvidt maksimumsstraffen for sammenstøt ved meget alvorlige lovbrudd bør økes til 30 år.¹⁶⁹ Departementet la til grunn at det ikke var behov for å øke maksimumsstraffen ved sammenstøt av lovbrudd. Det avgjørende for vurderingen var at departementet fryktet at ordningen ville skape en generell forventning blant befolkningen om at straffen skal bli 30 år i alle tilfeller hvor det er adgang til det. Departementet fremhevet videre at dersom lovens maksimalstraff ikke brukes i slike tilfeller, vil dette *”i like stor grad bli en negativ, som en positiv faktor for den sosiale ro.”*¹⁷⁰

¹⁶⁶ Riktignok åpner bestemmelsen i strl. § 56 (a-d) at straffen kan settes ned under det lavmål som er bestemt for handlingen, og til en mildere straffart dersom bestemte individuelle omstendigheter foreligger. Bestemmelsen gjelder imidlertid bare i særlige tilfeller, jfr. ordlyden.

¹⁶⁷ Jfr. mindretallets syn i NOU 2002:4 punkt 5.4.6

¹⁶⁸ Se punkt 2.2.3

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 148-153

¹⁷⁰ Ibid s. 149

Departementets vurderinger har meget for seg. På mange måter er det nærliggende å tenke seg at befolkningen aksepterer at det ikke er mulig å få til noen absolutt forholdsmessighet ved straffutmålingen. Allmennheten synes først og fremst å bry seg om straffutmålingen ved de alvorligste forbrytelser resulterer i lovens strengeste straff, og om den utmålte straff er reell.¹⁷¹

Videre kan det bemerkes at verken allmennpreventive eller individualpreventive betraktninger tilsier hevelse av strafferammen i disse tilfeller. Den lovbrytter som ikke lar seg skremme av straff på 21 år, lar seg nok heller ikke avskrekke av en straff på 30 år. Og dersom det er fare for gjentakelse er det stor sannsynlighet for at vedkommende kan uskadeliggjøres i form av forvaring, jfr. strl. § 39 c.¹⁷²

Heller ikke hensynet til straffverdighet og forholdsmessighet synes å kunne begrunne hevelse av strafferammen. Selv med en heving av strafferammen til 30 år, vil det ikke alltid sikres full proporsjonalitet.¹⁷³

På den annen side må det bemerkes at det for alvorlige krigsforbrytelser mv. gjelder en øvre strafferamme på 30 år, jfr. straffelov 2005 kap. 16. Loven ble ikraftsatt 7. mars 2008. Hevelsen av strafferammen er begrunnet i at krigsforbrytelser mv. er *”alvorligere enn de lovbrudd som etter gjeldende straffelov kan gi en straff på 21 års fengsel.”* Lovendringen begrunnes videre med at krigshandlinger er *”et angrep på de fellesverdier som et sivilisert, humant og demokratisk samfunn er basert på.”*¹⁷⁴

¹⁷¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 149

¹⁷² Se diskusjon punkt 3.1.1 og 3.1.2 og Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 148

¹⁷³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 149

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 146

Når det nå gjelder en strafferamme på 30 år for slike tilfeller kan det hevdes at konkurransereglene åpner for straffutmåling som ikke er i tråd med hensynet til utvekslingsrettferdighet.¹⁷⁵ I en artikkel påpeker Tor-Geir Myhrer at reglene innebærer at:

”Den person som bortfører fem små barn, misbruker dem seksuelt, holder dem fanget i dødsfrykt og til slutt tar livet av dem, kan få en straff på 21 år. Den som derimot med terrorhensikt sprenger en bombe i en heis i Utenriksdepartementet som umiddelbart dreper fem tilfeldige departementsansatte, kan straffes for grov terrorhandling (medført tap av flere menneskeliv, jf. lovutkastet § 132 bokstav a) til en straff av fengsel i 30 år.”¹⁷⁶

Da begge lovbrudd er angrep på verdier som er avgjørende for en humanistisk og demokratisk rettstat, kan det argumenteres for at denne forskjell ikke lar seg forsvare.

¹⁷⁵ Se punkt 2.1.2.2

¹⁷⁶ Myhrer (2008) s. 107

4 Avslutning

Et hovedpoeng i fremstillingen har vært å vise at straffens formål er mangfoldig, og at straffens allmennpreventive virkning ved drapshandlinger er begrenset.

Fremstillingen viser at både domstolene og lovgiverne nokså ukritisk anvender antakelser om straffens preventive virkninger som begrunnelse for straff og dens utmåling. Det er moralsk uforsvarlig å ilegge straff på grunnlag av en tro som ikke har sterkere vitenskapelig forankring. Dette gjelder spesielt i saker hvor domfelte risikerer å få en streng straff. Ved utmåling av straff i en konkret sak bør derfor rettferdighetsbetraktninger veie tyngre.

I hvilken grad ulike hensyn skal vektlegges ved utmåling av straff kan vanskelig uttrykkes generelt. Som vi har sett vil en rettferdig straffutmåling preges av forskjellige, og til tider motstridende hensyn. Da vi befinner oss på strafferettens område - hvor hensynet til at borgerne skal kunne forutberegne sin rettslige stilling veier tungt – bør domstolene imidlertid tilstrebe å vise til konkrete omstendigheter som er av betydning for straffutmålingen. En generell henvisning til allmennprevensjon eller ”den alminnelige rettsfølelse” som begrunnelse for straff eller dens lengde, er i denne sammenheng uheldig. Dommerne bør i stedet åpent søke å gjøre rede for det øvrige rettskildet bildet og de individuelle omstendigheters betydning. En slik straffutmålingspraksis vil i større grad bidra til å sikre likebehandling og forutsigbarhet ved straffutmålingen. Det kan tenkes at kodifiseringen av formildende og skjerpene omstendigheter som det skal tas hensyn til ved reaksjonsfastsettelsen kan bidra til å styrke en ensartet straffutmåling i likeartede saker.

Om det er et rettferdighetskrav at like tilfelle behandles likt, kan det også sies å være et rettferdighetskrav at ulike tilfeller behandles forskjellig.¹⁷⁷ Ethvert drap er ulikeartet. Forhistorien til den straffbare handling og de konkrete omstendighetene er relevant for å

¹⁷⁷ NOU 2002:4 punkt 5.2.2.3.3 med videre henvisning til NU 1984: 2 s. 24

forstå handlingen og bedømme gjerningsmannens skyld. Hensynet til en rettferdig straffutmåling tilsier derfor at det tas hensyn til individuelle omstendigheter ved handlingen. Det er mulig at skjerpelsen av lovens minstestraff innsnevrer domstolenes rom for å legge vekt på slike individuelle omstendigheter ved straffutmålingen. Dessuten kan det argumenteres for at lovens maksimumsstraff på 21 år bør skjeperes i tilfeller hvor drapsmannen har begått flere alvorlige straffbare handlinger. Det er i seg selv et paradoks at 77 overlagte drap, jfr. Oslo tingretts dom av 24. august 2012¹⁷⁸ gir samme straff som to overlagte drap.

¹⁷⁸ TOSLO-2011-188627-24

5 Litteraturliste

5.1 Lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven), given i Riksforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814
- 1842 Norge Criminallov (Kriminalloven) af 20de August 1842
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1991 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 2001 Lov om gjennomføring av straff mv. (Straffegjennomføringsloven) av 18. mai 2001 nr. 21
- 2005 Lov om straff (Straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
- 2010 Lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd) av 25. juni 2010 nr. 46

5.2 Traktater

- Barnekonvensjonen FNs barnekonvensjon, 20. november 1989

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4.
november 1950

SP FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16.
desember 1966

5.3 Forarbeider

NOU 1983:57 *Straffelovgivningen under omforming*

NU 1984:2 *Nordisk utredningsserie, Straffutmåling*

NOU 1990:5 *Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner*

Ot.prp.nr.81 (1999-2000) *Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven
(bruken av varetektsfengsling mv.)*

NOU 2002:4 *Ny straffelov*

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

Innst.O.nr.72 (2004-2005) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)*

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)*

Innst.O.nr.73 (2008-2009) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i
straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon –
slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)*

Prop.97 L (2009-2010) *Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerpning av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd)*

5.4 Stortingsdokumenter

St.meld.nr.104 (1977-78) *Om kriminalpolitikken.*

5.5 Svenske forarbeider

SOU 1986: 13. *Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval och villkorlig frigivning mm.1 Lagtext och sammanfattning*

5.6 Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1949-402

Rt-1959-991

Rt-1974-314

Rt-1977-1207

Rt-1980-1552

Rt-1981-915

Rt-1982-82

Rt-1983-202

Rt-1983-1043

Rt-1984-550

Rt-1984-1146

Rt-1985-869

Rt-1986-852

Rt-1989-1330

Rt-1990-1

Rt-1990-26

Rt-1992-688
Rt-1992-1094
Rt-1990-654
Rt-1990-1297
Rt-1992-14
Rt-1992-688
Rt-1993-736
Rt-1993-970
Rt-1993-1357
Rt-1994-1294
Rt-1998-665
Rt-1999- 220
Rt-2002-262
Rt-2002-1591
Rt-2002-993
Rt-2002-1523
Rt-2003-247
Rt-2003-893
Rt-2003-1459
Rt-2003-1804
Rt-2004-209
Rt-2004-592
Rt-2004-750
Rt-2005-83
Rt-2005-559
Rt-2005-1521
Rt-2005-1782
Rt-2007-187
Rt-2007-252
Rt-2007-1253

Rt-2008-549
Rt-2009-750
Rt-2009-1412
Rt-2009-1423
Rt-2010-1313
Rt-2010-1562
Rt-2011-747
Rt-2011-1104
Rt-2011-1217
Rt-2012-330
Rt-2012-476 "*Faiza-saken*"
Rt-2012-1095
Rt-2013-160

Lagmannsrett

LB-1999-00669
LA-2001-980 "*Baneheia-saken*"
LB-2002-850 "*Benjamin-saken*"
LA-2011-60193
LH-2011-112817
LG-2011-111722
LB-2012-179209
LB-2012-180905
LG-2012-38455

Tingrett

TFRED-2011-175116
TKISA-2011-154811
TOSLO-2011-188627-24 "*Breivik-saken*"
TNOHO-2012-96352
TOSLO-2012-111130

Amerikansk rett

People v. Farley 372 N.Y.S.2d 313

People v. Tanner 91.Cal.Rptr.656

Millard v. State 261 A.2d.227

5.7 Litteratur

- Andenæs. Johs *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk.* Oslo, 1990
- Andenæs, Johs *Om straffen som problem.* Halden, 1996.
- Andenæs, Johs *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* ved Kjell V. Andorsen. Oslo, 2008.
- Andenæs. Johs *Alminnelig strafferett* ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber- Mohn. 5 utgave. Oslo, 2010
- Andrews, Lori B. Andrews, Lori B, Mehlmann, Maxwell J, and Rothstein, Mark A. *Genetic: Ethics, Law and Policy.* Third Edition. 2010.
- Christie, Nils *En passende mengde kriminalitet.* Oslo, 2004.
- Eckhoff, Torstein *Rettferdighet ved utveksling av verdier.* Oslo/Bergen/Tromsø, 1971
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5 utg. ved Jan E.Helgesen. Oslo, 2001.
- Ertzeid, Aina Mee *Hevn og straff. Studier av hevners strafferettslige legitimitet.* Oslo, 2005.

- Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. Utg. Oslo, 2006.
- Hauge, Ragnar *Straffens begrunnelser*. Oslo, 1996.
- Hood Hood, Roger and Sparks, Richard. *Key Issues in Criminology*. 1970.
- Hov, Jo *Innføring i prosess*. Oslo, 2010
- Leer-Salvesen, Paul *Menneske og straff*. Oslo, 1991.
- Mathiesen, Thomas *Retten i samfunnet. En innføring i retts sosiologi*. Oslo, 2011.
- Ross, Alf *Om ret og retfærdighed*. København, 1953.
- Slettan, Svein Slettan, Svein og Øye, Torill Marie. *Forbrytelse og straff*. Oslo, 2001.

5.8 Nettdokumenter

- Bokmålsordboka <http://nob-ordbok.uio.no/perl/ordbok.cgi>
- Hennum, Ragnhild *Dømmer domstolene likt i like saker?* 2003. www.lovdatab.no
- Matningsdal, Magnus. *Kommentaren til Straffeloven Anden Del*. 1995. www.kommentarutgaver.no
- Myhrer, Tor-Geir. *Ny straffelov*. 2008. www.lovdatab.no
- Stigen, Jo. *Forsettets nedre grense – dolus eventualis eller hva?* 2010. www.lovdatab.no

Strandbakken, Asbjørn Strandbakken, Asbjørn og Matningsdal, Magnus. *Straffenivå og straffeteorier i norsk strafferett anno 2001*. 2004. www.lovdato.no

Strandbakken, Asbjørn. *Grunnlovens § 96*. 2004. www.lovdato.no

5.9 Avisartikler

Lars Kluge. Hvorfor straffes kvinner mildere? I: Aftenposten. 01. februar 2013.

5.10 Tabell

Kripos drapsstatistikk

Antall drap	Ofre	Saker	Forøvere	Uoppklarte
År				
2012	28	28	31	2
2011	34*(111)	34*(35)	48*(49)	-
2010	31	28	34	1
2009	30	27	28	1
2008	33	30	35	2
2007	33	27	43	2
2006	36	32	36	2
2005	30	29	34	-
2004	32	31	31	2
2003	44	39	47	-

*Tallene i parentes er inkludert ofrene i terrrorsaken 22.07.11

Hentet fra: https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/kripos/Vedlegg_2009.pdf