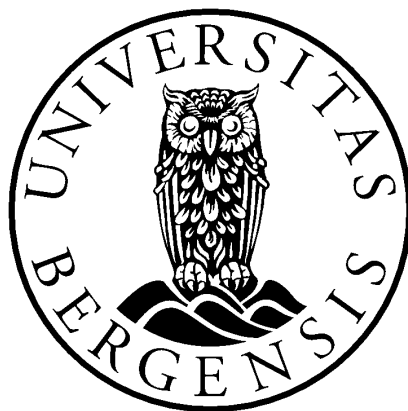


“Sløret forsett” i strafferetten

Kandidatnummer: 199

Antall ord: 12 133



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Metode	5
1.3 Avgrensninger og videre opplegg	5
2. Generelt om skyldkravet i strafferetten	6
2.1 Innledning	6
2.2 Hensiktsforsett	9
2.3 Sannsynlighetsforsett	10
2.4 Eventuelt forsett	10
2.5 Fingering av forsett	12
2.6 Uaktsomhet	13
3 Sløret forsett	16
3.1 Innledning	16
3.2 Forarbeidene til Straffeloven av 2005	17
3.3 Høyesterettspraksis	18
Rt. 2011 s. 1104	18
Rt 2012 s. 1153	20
3.4. Oppsummering av forarbeidene og høyesterettspraksis	22
3.5. Underrettspraksis	24
LB-2011-101089	24
LH-2012-87796	26
LB-2014-79372	27
LH-2016-14246	28
3.6. Læren om sløret forsett i juridisk teori	29
3.7. Sammenfatning av alle de ovenstående rettskildene	32
4. Bør vi ha en regel om sløret forsett i norsk strafferett?	35
Litteraturliste	40

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er "sløret forsett". Hovedregelen i norsk rett er at gjerningspersonen må ha handlet med forsett for å kunne straffes, jf. straffeloven § 21. Det følger av læren om sløret forsett at også tilfeller hvor gjerningspersonen ikke har hatt noen klar bevissthet om sin handling er omfattet av forsettsbegrepet. Også det "halvklare, slørede forsettet" oppfyller kravet.¹

I det følgende vil jeg gjøre rede for læren om sløret forsett i norsk strafferett. Jeg vil se særlig fokusere på å gjøre rede for den gjeldende rettstilstanden slik den er utviklet gjennom rettspraksis. Jeg vil også berøre grensen mellom sløret forsett og de andre skyldformene. Denne skyldformen vil også ha en menneskerettslig side, i hovedsak med tanke på prinsippet om at tvilen skal komme den tiltalte til gode og kravet om lovhjemmel, men denne siden vil bare i en begrenset grad berøres. Straffutmålingen — som kan si noe om hvor alvorlig retten ser på denne skyldformen — vil nevnes, men ikke gås dypt inn på. Lærens relasjon til medvirkning og forsøk vil ikke behandles. Det er noen utfordringer knyttet til læren om sløret forsett, særlig knyttet til muligheten for å bevise hva gjerningspersonen tenkte i gjerningsøyeblikket. Jeg vil se nærmere på noen av disse spørsmålene avslutningsvis i avhandlingen.

Sløret forsett er et interessant tema fordi det tar opp en problemstilling som kan være svært viktig i praksis. Ofte vil gjerningspersonen være i en tilstand der han ikke tenker klart. Det kan være han handler i panikk, raseri, eller nærmest på rent instinkt. Han tenker rett og slett ikke over hva han gjør. Dette vil ikke nødvendigvis falle direkte under forsettsbestemmelsen i strl § 22, og det blir da spørsmål om hvordan disse tilfellene skal vurderes. Det er her læren

¹ Andenæs, Johs.; *Alminnelig strafferett*, 1. utgave 1956, s. 212

om sløret forsett kommer inn. Også det "halvklare, slørede forsettet" omfattes av § 22.² Men når har gjerningspersonen utvist et slikt "halvklart forsett"?

For å sette opp et eksempel:

Peder og Ole er på bar og kommer i krangel med hverandre, og krangelen eskalerer til et slagsmål. Blendet av sinne tar Ole en full ølflaske og kaster mot Peder. Den treffer ham i ansiktet og brekker nesen hans. Ole har da oppfylt gjerningsbeskrivelsen for kroppsskade i Straffeloven § 273. For å kunne straffes må han ha handlet forsettlig, jf § 21. Har han med vitende og vilje påført Peder en skade? Hadde han ikke vært rasende, hadde han innsett at en full glassflaske som blir kastet med full kraft mot noens ansikt, med stor sannsynlighet kommer til å påføre en skade. Han ville utvilsomt ha utvist det tilstrekkelige forsettet. Men siden han handlet uten å tenke, brakk han i realiteten ikke nesen til Peder med vilje. Kan Ole bebreides for å ha brukket nesen til Peder?

Spørsmålet som da oppstår er i hvilken grad raseriet er relevant for forsettsvurderingen. Skal Peder regnes som om han ikke var rasende, eller skal raseriet kunne fritta ham? Ingen av disse alternativene er problemfrie.

Hvis man skal tilsidesette raseriet vil det fort kunne gli over i en teoretisk vurdering av hva han burde ha tenkt og innsett i gjerningsøyeblikket, noe som i praksis blir en uaktsomhetsvurdering etter § 23, og ikke en forsettsvurdering etter § 22. Hvis raseriet skal kunne komme ham til gode, vil det i praksis frikjenne ham for en handling han egentlig var klar over. Dette alternativet vil også kunne medføre en del bevisproblemer. Det vil være enkelt for en tiltalt å påberope seg raseri eller panikk som en mulig frifinnelsesgrunn, og det vil tidvis være vanskelig å motbevise dette.

² Ot.prp.90 s. 426

1.2 Metode

Oppgavens problemstilling vil behandles etter alminnelig juridisk metode. Siden læren er utarbeidet gjennom rettspraksis, vil fokuset være en analyse av rettspraksis. Første del av oppgaven skal ta for seg forsettsbestemmelsen i Straffeloven av 2005 § 22 og forarbeidene til denne bestemmelsen, for å finne hva som sies om det slørete forsettet der. Etter dette skal jeg forsøke å finne grensene for regelen, basert på forarbeidene og høyesterettspraksis. Da det imidlertid er begrenset med høyesterettspraksis her, vil en stor del av oppgaven vies til underrettspraksis, for å prøve å utlede en enda klarere regel, basert på hvordan underrettene tolker forarbeidene og høyesterettspraksis. Da læren i stor grad er utviklet gjennom juridisk teori, kommer oppgaven også til å bruke noe tid på å drøfte denne litteraturen.

Analysen kommer i hovedsak til å fokusere på skyldspørsmålet i dommene, og prøve å finne fellestrekk mellom sakene og vurderingene. Straffeutmålingen kommer også til å nevnes, da dette kan si noe om hvor straffverdig det slørete forsettet blir ansett for å være, sammenlignet med de andre typene forsett.

1.3 Avgrensninger og videre opplegg

Hovedformålet med den videre oppgaven vil være å gjøre rede for gjeldende rett i de tilfellene der gjerningspersonen har handlet ut av panikk, frykt eller sinne — der han har utvist såkalt "sløret forsett", som det blir kalt i juridisk teori.

Kapittel 2 av oppgaven kommer til å ta for seg skyldkravet. Forsettskravet etter §§ 21 og 22, og uaktsomhetskravet i § 23 vil behandles. Bestemmelsene om villfarelse kommer også til å bli kort berørt. Kapittel 3 kommer til å gjøre rede for rettsstillingen til sløret forsett. Først skal jeg gå gjennom de tyngste rettskildene — forarbeidene og høyesterettspraksis — og prøve å si noe om hvordan læren om sløret forsett blir anvendt her. Deretter kommer jeg til å se hvordan læren blir oppfattet i lagmannsretten. Kapittel 3 avsluttes med et underkapittel der jeg

forsøker å samle trådene og klargjøre regelen enda mer. Avhandlingen avsluttes med et rettspolitisk kapittel 4, der jeg kommer med fordeler og ulemper ved læren slik den er nå, sett fra et rettskildemessig perspektiv.

2. Generelt om skyldkravet i strafferetten

2.1 Innledning

Det er fire grunnvilkår for straff som alle følger av strl kap 3. Etter § 14 kan straff "bare ilegges med hjemmel i lov". For å kunne straffes må gjerningspersonen ha gjort noe som strider mot et straffebud; han må ha begått en kriminalisert handling. Også medvirkning til å begå en straffbar handling, og forsøk på å begå en straffbar handling, er kriminalisert, jf. §§ 15 og 16. Videre må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunn. De aktuelle straffrihetsgrunnene er nødrett, nødverge og selvtakt i henholdsvis §§ 17, 18 og 19. Etter disse bestemmelsene er en ellers straffbar handling lovlig hvis den blir begått for å enten:

1. "Redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte", jf § 17
2. "Avverge et ulovlig angrep", så lenge avvergingen "ikke går lenger enn nødvendig" og heller ikke er uforholdsmessig, jf. § 18; eller
3. "Gjenopprette en ulovlig endret tilstand", der det er "urimelig å måtte vente på myndighetenes bistand", jf. § 19. Også her må maktbruken være forsvarlig.

Det tredje grunnvilkåret følger av § 20. Gjerningspersonen må ha vært tilregnelig på handlingstidspunktet. Det vil si at han ikke må ha vært under den kriminelle lavalderen på 15 år, han må ikke ha vært psykotisk i gjerningsøyeblikket, han må ikke være psykisk utviklingshemmet i høy grad, og han må ikke ha hatt en sterk bevissthetsforstyrrelse på handlingstidspunktet. Et unntak til dette er bevissthetsforstyrrelse som følge av selvforskyldt

rus, jf. § 25 tredje avsnitt. Det fjerde og siste grunnvilkåret for straff er at gjerningspersonen må ha utvist den tilstrekkelige skylden. Som hovedregel kreves det at han har utvist forsett etter § 22, jf. § 21. Unntaksvis er det tilstrekkelig at han har opptrådt uaktsomt etter § 23. Resten av dette kapittelet skal gå dypere inn i skyldkravet etter §§ 21-23.

Det er en sentral tanke innenfor strafferetten at straffen skal gjenspeile klanderverdigheten bak handlingen. Dette kommer til uttrykk i strl § 21, som sier at "[s]traffelovgivningen rammer bare forsettlig lovbrudd med mindre annet er bestemt." Kort forklart kan man si at forsett innebærer at handlingen er tilsiktet.³ Gjerningspersonen visste at handlingen stred mot et straffebud. Når han med vitende og vilje begår en handling han vet er ulovlig, er han nødvendigvis til større klander enn om han handlet tankeløst.⁴ Dette betyr naturligvis ikke at det ikke går an å begå uaktsomme lovbrudd; mange straffebud omfatter også uaktsomhet, men disse blir ikke regnet som like klanderverdige som forsettlig lovbrudd.⁵ I forarbeidene til straffeloven anerkjennes det også at det er "urimelig å straffe den som ikke kan bebreides".⁶ Hvis han ikke kan bebreides, har han ikke opptrådt klanderverdig, og hvis han ikke har opptrådt klanderverdig bør han ikke straffes.

Når det kreves at resultatet må være tilsiktet, er det naturlig at forsettet må foreligge på gjerningstidspunktet.⁷ Hvis gjerningspersonen ikke innså at han overtrådte gjerningsbeskrivelsen i et straffebud da han begikk handlingen, er det vanskelig å si at resultatet var tilsiktet. Det er ikke tilstrekkelig at tilsiktelsen forelå forut for handlingen. Det er heller ikke nok at gjerningspersonen først etter handlingen blir utført innser at han gjorde noe lovstridig. Sett som eksempel at Marte slår Peder i hodet med et balltre, og at Peder dør. For å ha utvist drapsforsett må hun idet hun svinger balltreet være klar over at Peder kommer til å dø. Om hun på forhånd har sett for seg dødsfølgen, men avvist den som usannsynlig før hun slår, har hun ikke utvist drapsforsett. Det samme om hun først etter å ha slått Peder i hodet innser at slaget var dødelig. Bare når hun har ser dødsfølgen som sannsynlig idet hun svinger balltreet og treffer hodet til Peder vil hun ha utvist drapsforsett.

³ Ot.prp. 90 s. 424

⁴ Ot.prp. 90 s. 87

⁵ NOU 2002:4 s. 88

⁶ Ot.prp. 90 s. 112

⁷ Ot.prp.90 s. 426

Det er også vanskelig å ha tilsiktet et resultat der man ikke er klar over hva man faktisk gjør; der man har vært i en villfarelse om den faktiske situasjonen. Om Peder for eksempel skyter med rifle mot en forlatt bygning, kan det vanskelig sies at han har tilsiktet å drepe en person som tilfeldigvis befant seg i huset. Av denne grunn er det i § 25 første avsnitt inntatt en regel om at gjerningspersonen skal "bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på gjerningstidspunktet". Det er et spørsmål om hva gjerningspersonen faktisk visste og antok, ikke hva han burde eller kunne ha visst.⁸ I eksempelet vet Peder at han skyter med skarp ammunisjon mot noe han antok var et tomt hus. Selv om han kanskje burde ha visst at det var en person der, er ikke dette nok til å ha drapsforsett. Denne bestemmelsen kan også brukes i motsatt retning; til å domfelle en uaktsom handling som forsøk på et forsettlig lovbrudd. Hvis Marte med vilje knuser en vase hun antar tilhører naboen, har hun hatt forsett om å begå skadeverk, selv om vassen måtte tilhøre henne selv, og hun vil da kunne dømmes for forsøk på skadeverk.

Det er viktig å huske at det er *resultatet* som må være tilsiktet. Det kreves ikke at gjerningspersonen innser at dette resultatet er lovstridig. Handlingen kan være straffbar selv om gjerningspersonen antar at den er lovlig. Etter § 26 skal rettsuvitenhet som hovedregel ikke frata gjerningspersonen straffeansvar, med mindre rettsuvitenheten er unnskyldelig.⁹ Hvis Peder uten å følge med på trafikkskiltene kjører i 70 km/t nedover en vei hvor fartsgrensen nylig ble senket til 50 km/t, har han utvist uaktsom rettsuvitenhet med hensyn til fartsgrensen på veien. Men hvis fartsgrensen er endret uten at vegvesenet har rukket å sette opp nye fartsskilt, vil han nok kunne unnskyldes villfarelsen om den virkelige fartsgrensen.

Det følger av dekningsprinsippet at forsettet må omfatte samtlige ledd av lovbruddet.¹⁰ For å ha forsett om for eksempel uriktig anklage etter § 222 må gjerningspersonen ha forsett om å gi "uriktig opplysning", han må ha forsett om å gi denne opplysningen "til retten, politiet eller annen offentlig myndighet", og han må ha forsett om å "[pådra] noen en siktelse eller domfellelse". Alle disse tre vilkårene må være utført med forsett. Hvis det mangler forsett om

⁸ Ot.prp. 90 s. 428

⁹ Ot.prp. 90 s. 429

¹⁰ NOU 1992:23 s. 112

ett eller flere vilkår, foreligger det ikke forsett om uriktig anklage etter § 222. Hvis han for eksempel har til forsett å gi en uriktig opplysning til politiet, men ikke forsett om å pådra noen en siktelse, har han ikke brutt § 222.

Det er imidlertid ikke noe krav om at gjerningspersonen har forsett om de spesifikke følgene. Det kreves bare at han har forsett om noe som dekkes av gjerningsbeskrivelsen. Hvis Peder slår til Marte i ansiktet med forsett om å brette nesen hennes, men heller slår ut fortennene, har han likevel utvist tilstrekkelig forsett til å begå en kroppsskade. På samme måte kreves det ikke noe konkret forsett, annet enn at man gjør noe som faller inn under bestemmelsen. Peder kan slå Marte i ansiktet uten å ha noe mer konkret forsett enn å påføre henne en skade, og vil fremdeles ha overtrådt § 273 uavhengig av hva den faktiske skaden er; enten det er en brukket nese eller utslåtte fortenner, eller noe helt annet. Så lenge resultatet er noe som regnes som en strafferettslig "skade", er vilkåret oppfylt.

Det finnes tre hovedtyper av forsett etter § 22; hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett, og eventuelt forsett. Disse vil gjøres rede for nedenfor i kapittel 2.2 til 2.4. Deretter vil fingering av forsett etter § 25 tredje avsnitt behandles i 2.5, og uaktsomhet vil behandles i 2.6.

2.2 Hensiktsforsett

Etter straffeloven § 22 bokstav a) foreligger det forsett når gjerningspersonen "med hensikt" begår en handling som dekkes av et straffebed. Resultatet må ha blitt oppnådd med hensikt. Peder skyter Marte med hensikt å drepe. Det er ikke tilstrekkelig etter § 22 a) at Peder skyter med hensikt om å skade med visshet om at hun kommer til å bli død. Det er heller ikke tilstrekkelig at han anser det som overveiende sannsynlig at hun kommer til å dø. Her vil det heller foreligge sannsynlighetsforsett etter § 22 b). Det kreves ikke at gjerningspersonen har sett for seg resultatet som overveiende sannsynlig, så lenge han har til hensikt å oppnå resultatet.¹¹ Hvis Ole serverer Marte en forgiftet drink han anslår har en 30% mulighet for å

¹¹ Ot.prp.90 s. 425

drepe henne, og han gjør det med hensikt om å drepe henne, har han utvist hensiktsforsett.

2.3 Sannsynlighetsforsett

Etter § 22 bokstav b) har gjerningspersonen utvist forsett der han "bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen" begår handlingen. Det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt;¹² så lenge gjerningspersonen tenker at det er mer sannsynlig at handlingen dekkes av et straffebud enn at det ikke gjør det, har han sannsynlighetsforsett, uansett hvor liten denne overvekten er. Hvis Peder slår til Marte i ansiktet og tenker at det er 51% sannsynlighet for at han slår ut fortennene hennes, har han sannsynlighetsforsett om å begå en kroppsskade. Og motsetningsvis: Hvis han tenker det er 49% sannsynlig at han kommer til å slå ut tennene hennes, foreligger det ikke sannsynlighetsforsett.

En undergruppe av sannsynlighetsforsett er *visshetsforsett*. Gjerningspersonen vet at han begår en handling i strid med et straffebud, selv lovbruddet ikke er selve hensikten. Hvis Peder gir Marte et dypt stikk i hånda med en kniv for å vise hvor skarp den er, har han ikke til hensikt å påføre henne en strafferettslig skade; hensikten er å vise hvor skarp kniven er. Likevel har han visshet om at stikket vil påføre henne en skade. Forskjellen mellom visshetsforsett og sannsynlighetsforsett er imidlertid bare teoretisk; i praksis blir vurderingen akkurat den samme: Har Peder regnet det som sikkert eller mest sannsynlig at skade kom til å inntreffe?¹³

2.4 Eventuelt forsett

En tredje form for forsett er eventuelt forsett, også kalt *dolus eventualis*. Etter § 22 bokstav c)

¹² Ot.prp.90 s. 425

¹³ Formuleringen er hentet fra Rt. 2004 s. 363 avsnitt 9, og har blitt tilpasset eksempelet.

har gjerningspersonen utvist eventuelt forsett når han "holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet."

Bestemmelsen kan deles i tre:

1. Gjerningspersonen må ha innsett muligheten for at handlingen dekkes av et straffebed,
2. Han må ha gjennomført handlingen til tross for denne muligheten, og
3. Han ville ha gjennomført handlingen selv om handlingen med sikkerhet var dekket av et straffebed.

Denne vurderingen blir svært lik en vurdering av bevisst uaktsomhet, hvor man handler til tross for at man ser en risiko. Forskjellen er at for å ha utvist eventuelt forsett, må gjerningspersonen ha handlet selv om handlingen utvilsomt hadde vært dekket av et straffebed.

For å bruke et eksempel: Marte får i oppdrag av Peder å levere en pakke til en ukjent adresse. For dette skal mottakeren av pakken gi henne kr 10 000,-. Marte mistenker at det foregår noe kriminelt, men velger å ikke spørre om detaljer, slik at hun kan påberope seg uvitenhet om det viser seg at det faktisk foregår noe kriminelt. Hun leverer pakken til den oppgitte adressen, og får utbetalt kr 10 000 i kontanter.

Som eksempelet viser, blir dette en svært teoretisk vurdering. Rettsanvenderen må først finne ut av hvorvidt Marte innså muligheten for at han gjorde noe som ble dekket av et straffebed. Deretter må han se situasjonen gjennom Martes øyne og spørre seg selv om hun med sikkerhet hadde levert pakken selv om hun hadde visst det var narkotika i den? Dette har lett for å gli over i en vurdering av hva hun burde ha forstått ut fra situasjonen, noe som i realiteten blir en uaktsomhetsvurdering.

Med tanke på at utgangspunktet i § 21 er at bare forsettlige handlinger skal straffes, må en regel om et slikt eventuelt forsett anvendes med forsiktighet, slik at rettssikkerheten til den tiltalte blir ivaretatt. Lovgiver er klar over denne problemstillingen, og Straffelovkommisjonen diskuterte hvorvidt denne forsettsformen skulle videreføres fra

straffeloven av 1902, og kom fram til at læren om eventuelt forsett burde avskaffes.¹⁴ Likevel avgjorde departementet at den skulle opprettholdes, i hovedsak av bevisshensyn — noen ganger vil det være enklere å fastslå eventuelt forsett enn sannsynlighetsforsett, blant annet der en narkotikakurer har holdt seg bevisst uvitende om hva han frakter.¹⁵

2.5 Fingering av forsett

Etter strl § 25 første avsnitt skal faktisk uvitenhet om situasjonen komme den tiltalte til gode. Om gjerningspersonen misforstår situasjonen, skal hans forståelse av situasjonen legges til grunn. Bestemmelsens tredje avsnitt inneholder imidlertid et unntak fra dette. Hvis uvitenheten skyldes "selvforskyldt rus", skal gjerningspersonen "behandles som om han hadde vært edru." Her ligger det tre vilkår.

For det første må det foreligge en faktisk uvitenhet. Gjerningspersonen må ha misforstått den faktiske situasjonen. Peder kaster en stein inn i en bakgate og treffer Ole i hodet. Hvis Peder ikke så Ole, og trodde at bakgata var helt tom, var han i faktisk uvitenhet om situasjonen. For det andre må uvitenheten skyldes at gjerningspersonen er beruset. Gjerningspersonen må være påvirket av et rusmiddel som har sløvet sansene hans slik at han har mistet virkelighetsoppfatningen. Hvis Peder i eksempelet var under påvirkning av alkohol eller narkotika, og dette gjorde at han ikke så Ole, var uvitenheten hans rusfremkalt. Dette forutsetter imidlertid at han hadde sett Ole om han hadde vært edru. Hadde han ikke sett Ole edru, ville ikke uvitenheten vært fremkalt av rusen. Til sist må rusen være selvforskyldt. Gjerningspersonen må selv kunne klandres for at sansene hans var sløvete. Dette vil utvilsomt være oppfylt der gjerningspersonen selv frivillig inntok rusmiddelet, vitende om hvordan kroppen hans ville reagere på middelet. I noen tilfeller er rusen selvpåført, men ikke selvforskyldt. Dette kan være der han har blitt tvunget til å innta rusmiddelet, eller der han har fått stoffet i seg uten å vite det.¹⁶ Hvis Peder uten å vite det hadde spist bedervet mat som

¹⁴ NOU 2002:4 s. 224-225

¹⁵ Ot.prp.90 s. 117-118

¹⁶ Ot.prp.90 s. 232

inneholdt rusfremkallende bakterier eller sopp, ville rusen ha vært selvpåført — men ikke selvforskyldt. Peder ville da ikke kunne bli straffet for kroppskrenkelse av Ole, forutsatt at det var rus fremkalt av muggsoppen som gjorde at han ikke så Ole.

Når rettsanvenderen skal fingere forsett, kreves det at han foretar noen ganske teoretiske vurderinger. Han må sette seg i gjerningspersonens sko i gjerningsøyeblikket og avgjøre om gjerningspersonen var i faktisk villfarelse, deretter må han avgjøre om denne villfarelsen var begrunnet i rus, og til sist om rusen var selvforskyldt. Det mest utfordrende spørsmålet her er hvorvidt rusen var skyld i villfarelsen. Dette spørsmålet krever at dommeren foretar en nærmest psykologisk analyse av gjerningspersonen, for å finne ut ikke bare hva gjerningspersonen tenkte i gjerningsøyeblikket, i tillegg til hva han hadde tenkt om han var edru. Denne svært teoretisk-psykologiske innfallsvinkelen har utsatt læren for kritikk, blant annet i NOU 1974:17. Her blir det argumentert for at siden gjerningspersonen ikke rent faktisk har utvist det tilstrekkelige kriminelle forsettet, er regelen betenkelig.¹⁷ Departementet sa seg enig i at læren om fingering av forsett var noe problematisk, men av allmennpreventive hensyn ble læren om likevel videreført. Hensikten med videreføringen var at det skulle forebygge bruk av rusmidler, i tillegg til å gi et signal om at handlinger begått i rus ikke er unnskyldelige.¹⁸

2.6 Uaktsomhet

Selv om skyldkravet i straffeloven hovedsakelig retter seg mot forsett, er det til tider tilstrekkelig at gjerningspersonen har utvist uaktsomhet, jf. § 23. Hvorvidt uaktsomme overtredelser er straffbare, vil fremgå av den enkelte bestemmelsen. Noen bestemmelser inneholder uaktsom overtredelse som et alternativ til forsettlig overtredelse, f.eks. strl § 231 andre avsnitt om uaktsom narkotikaovertrødelse. Andre bestemmelser retter seg utelukkende mot uaktsom opptreden, f.eks. strl. § 281 om uaktsom forvoldelse av død. Der bestemmelsen

¹⁷ NOU 1974:17 s. 70-71

¹⁸ Ot.prp.87 (1993-1994) s. 39

ikke inneholder noe vilkår om uaktsomhet, er en uaktsom overtredelse ikke straffbar, jf. lovskravet i § 14.

Etter § 23 er "den som handler i strid med kravet om forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides" uaktsom. I dette ligger det to vilkår; gjerningspersonen må for det første ha fraveket forsvarlig opptreden, og han må på grunnlag av sine personlige forutsetninger kunne bebreides for å ha fraveket denne.

Vurderingen om hvorvidt noe skal regnes for å ha vært i strid med forsvarlig opptreden er objektiv og ta utgangspunkt i hvordan en alminnelig forstandig person ville oppfattet situasjonen.¹⁹ Dette kravet er i tillegg situasjonsbestemt; det skal legges vekt på hvilket "område" gjerningspersonen befinner seg på. Hva som er forsvarlig opptreden på ett livsområde kan være uforsvarlig på et annet livsområde. For eksempel vil det som regel være et strengere aktsomhetskrav i profesjonelle situasjoner enn i tilsvarende situasjoner som måtte oppstå på fritiden. Et annet eksempel vil være at det typisk stilles strengere aktsomhetskrav til bilister enn til syklister og fotgjengere i trafikken.

Ut fra begrepet "personlige forutsetninger" kan det leses at gjerningspersonens personlige egenskaper til en viss grad skal vektlegges. Er det forhold ved ham som gjør at han hadde større eller mindre forutsetninger til å reagere annerledes, slik at han i større eller mindre grad er å klandre for handlingen? Her kan manglende kunnskap hos gjerningspersonen være relevant hvis det har påvirket handlemåten hans. Hvis dette er kunnskap som er forventet innenfor det relevante området, er det likevel sjelden at manglende kunnskap vil unnskyldes uforsvarlig opptreden.²⁰ Det er en grense mot faktisk uvitenhet etter § 25 første avsnitt. Gjerningspersonen skal dømmes etter hvordan han selv oppfattet de faktiske forholdene rundt situasjonen. Hvis det hadde vært forsvarlig å handle slik gjerningspersonen gjorde i den situasjonen som for ham, har han ikke handlet uaktsomt.²¹

¹⁹ Ot.prp.90 s. 426

²⁰ Ot.prp.90 s. 427

²¹ Ot.prp.90 s. 427

På et teoretisk plan kan det skilles mellom såkalt bevisst og ubevisst uaktsomhet.²² Bevisst uaktsomhet innebærer at gjerningspersonen har innsett at han handler uforsvarlig, men velger å likevel handle i håp om at ingenting kommer til å skje. Dette ligger svært nær skyldformen eventuelt forsett, som nevnt tidligere. Ubevisst uaktsomhet foreligger der gjerningspersonen ikke har innsett at han handler uforsvarlig. Hvis Ole kaster ball mot en husvegg med glassvindu uten å innse risikoen for at han knuser glassruta, har han handlet ubevisst uaktsomt. Hvis han ser risikoen, men håper at alt kommer til å gå bra, har han handlet bevisst uaktsomt. Å skille mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet på denne måten er en hovedsakelig teoretisk øvelse, da det har liten praktisk nytte når skyldspørsmålet skal avgjøres.

I § 23 andre avsnitt blir grov uaktsomhet definert. Det er utvist grov uaktsomhet når "handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse". Dette er i stor grad den samme vurderingen som for alminnelig uaktsomhet, men terskelen ligger en del høyere.²³

Nært beslektet med uaktsomhet er uforsettlig skadefølge, som reguleres av § 24. Uforsettlig følge er ikke et skyldkrav i seg selv, men "inngår i vurderingen av om et lovbrudd er grovt". Det er et vilkår at gjerningspersonen "har opptrådt uaktsomt med hensyn til følgen eller unnlatt etter evne å avverge følgen etter å ha blitt oppmerksom på at den kunne inntre." Etter § 23 er det selve handlingen som regnes som uaktsom, mens i § 24 er det tale om en forsettlig handling med uforsettlige følger.

Marte slår Peder i ansiktet og brekker nesen hans. Slaget er forsettlig, men hun hadde ikke innsett muligheten for at hun kunne påføre ham en skade. Hun har ikke forsett om skadefølgen, og heller ikke om å begå en kroppsskade etter § 273. Den brukne nesen er en uforsettlig følge etter § 24. Hvis omstendighetene rundt slaget tilsa at Marte burde innsett muligheten for at hun kom til å påføre Peder en skade, er skadefølgen uaktsom og skal tas med i vurderingen om hun skal dømmes for grov kroppskrenkelse etter § 272.

²² NOU 1992:23 s. 120

²³ Ot.prp.90 s. 427

Siden alminnelig uaktsomhet er betydelig mindre klanderverdig enn forsett, ble det ved utarbeidelsen av straffeloven av 2005 drøftet hvorvidt uaktsomhet skulle være straffbart.²⁴ Departementet var i prinsippet enig med kommisjonen i at rettssikkerhetshensyn tilsa at alminnelig uaktsomhet ikke skulle være straffbart, men valgte likevel å opprettholde skyldformen av bevismessige hensyn.²⁵ Det vil ofte være lettere å føre bevis for at gjerningspersonen har handlet uaktsomt enn at han har handlet forsettlig.

3 Sløret forsett

3.1 Innledning

I grensesonen mellom forsett og uaktsomhet ligger handlingene der gjerningspersonen på den ene siden har gjennomført en bevisst handling uten å tenke over den. Dette kan typisk være der gjerningspersonen handler "på autopilot" som følge av skrekk, panikk, raseri og lignende. I disse tilfellene vil det være vanskelig å kalle handlingen forsettlig, siden handlingen skjer så raskt at det ikke kan sies at resultatet er tilsiktet. Samtidig vil det være vanskelig å kalle det uaktsomhet, siden resultatet under andre, mer kontrollerte, forhold ville ha vært tilsiktede.

Som en løsning på dette problemet kom Johannes Andenæs med noe han kalte "sløret forsett" i første utgave av *Alminnelig strafferett*.²⁶ Her tar han til orde for en regel der disse tilfellene skal regnes som forsettlige:

"Gjerningsmannen handler ofte ofte raskt, impulsivt, uten å gjøre seg mange tanker om følgene, eller tenkeevnen er innsnevret på grunn av opphisselse eller skrekk. Det kan også forekomme tilfelle av psykologisk selvbedrag, hvor gjerningsmannen tilslører handlingens karakter overfor seg selv og derfor glir over i forbrytelsen i en slags halvbevisst tilstand. Det kreves ikke til forsett noen klar bevissthet; forsettsbegrepet omfatter også det halvklare, slørede forsettet. Men det er grunn til en viss forsiktighet ved bevisvurderingen. Det kan lett skje urett hvis dommeren overfor en tiltalt som har handlet impulsivt eller i affekt uten videre går ut fra at han har forstått alt

²⁴ NOU 2002:4 kapittel 4.3

²⁵ Ot.prp. 90 s. 115

²⁶ Andenæs, Johs.; *Alminnelig strafferett*, 1. utgave 1956 s. 212

det som han ville ha forstått ved rolig ettertanke."²⁷

3.2 Forarbeidene til Straffeloven av 2005

I lang tid ble uttalelsene i Andenæs ligende, og det var uklart i hvilken grad den gav uttrykk for gjeldende rett. Først i forarbeidene til straffeloven av 2005 blir den tatt opp igjen. I

Ot.prp.90 s. 426 sies det at:

"Lovbryteren handler ofte raskt, uten å ha noen klar bevissthet om alle elementer i gjerningsbeskrivelsen. Det er ikke nødvendigvis til hinder for at kravet om forsett er oppfylt. Forsett omfatter også det halvklare, slørede forsett, se delutredning V side 119 med videre henvisning til Andenæs, *Alminnelig strafferett* (1. utg. 1956) side 212. Særlig når lovbryteren ikke tilstår, vil forsettsvurderingen ofte måtte skje på grunnlag av ytre omstendigheter, vitneprov og alminnelige erfaringssetninger. Men rimelig tvil må her som ellers komme lovbryteren til gode."

Lovgiver har ment å knesette Andenæs' lære, men kommer ikke med noen egentlig forklaring på hva som ligger i begrepet "sløret forsett". Slik det står i forarbeidene, er det uklart hvorvidt dette "halvklare, slørede forsettet" er ment å oppfattes som en egen skyldform, om det er en undergruppe av hensikts-, sannsynlighets- eller eventuelt forsett, eller om det bare er et forsøk på oppklaring av den generelle rekkevidden av skyldkravet. Uttalelsene minner om noen uttalelser om eventuelt forsett i Ot.prp.90 s. 116: "Gjerningspersonen handler gjerne raskt og uoverveid, og det kan være vanskelig å vite hva han forsto og tenkte da handlingen ble begått." Denne likheten kan tyde på at vurderingen av sløret forsett er ment å være noenlunde lik vurderingen av eventuelt forsett, men det finnes ingen videre holdepunkter for denne forståelsen. Hva som imidlertid er sikkert, er at usikkerheten rundt bevisproblemene for eventuelt forsett er stor, og ligger såpass nær vurderingen av bevisst uaktsomhet, at kommisjonen anbefalte departementet å avskaffe læren om eventuelt forsett. Når mange av de samme bevisproblemene oppstår ved vurderingen av om gjerningspersonen har hatt et "halvklart, sløret forsett", tilsier det at læren om sløret forsett må anvendes med varsomhet. Forarbeidene er klare på at ved vurderingen av om gjerningspersonen har hatt et slikt sløret

²⁷ Andenæs, Johs.; *Alminnelig strafferett*, 1. utgave 1956, s. 212

forsett, "bør det utvises stor forsiktighet".²⁸

Selv om forarbeidene ikke sier stort mer enn det som står i Andenæs 1956, har de likevel en svært viktig funksjon; de knesetter læren Andenæs tok til orde for. Hvor det tidligere var tvil om Andenæs sin forståelse av skyldkravet var riktig, har denne uklarheten blitt oppklart; forståelsen hans var riktig. Likevel forblir grensene uklare. Dette er en lære som må anvendes med "stor forsiktighet", og "rimelig tvil må her som ellers komme lovbrøyteren til gode". Disse formuleringene sier i praksis ikke mer enn det som allerede fremgår av uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre avsnitt. De ytterligere grensene for regelen blir det da opp til Høyesterett å klargjøre.

3.3 Høyesterettspraksis

Rt. 2011 s. 1104

I oktober 2010 satte A seg inn i en bil som stod og gikk på tomgang, og prøvde å kjøre bort. Eieren B oppdaget dette, og la seg oppå bilpanseret for å prøve å forhindre A i å kjøre. A fikk panikk og prøvde å riste eieren av panseret ved å kjøre i høy hastighet for så å bråbremse, samt å svinge brått fra side til side. Etter et par hundre meter glapp eieren taket, ble slengt inn i et trafikkskilt og døde senere av skadene hun pådro seg.

A tilstod ikke, og tingretten måtte da basere skyldspørsmålet på en bevisvurdering basert på "slutninger fra de ytre omstendighetene". Retten tok her utgangspunkt i fakta, og supplerte med tiltaltes subjektive kunnskap. Basert på dette kom tingretten fram til at A hadde utvist det nødvendige forsettet til å bli dømt for forsettlig drap.

Tiltalte anket saken over bevisvurderingen for skyldspørsmålet. Saken ble behandlet med lagrette, som fant ham skyldig for forsettlig drap. I selve dommen blir dette ikke begrunnet,

²⁸ NOU 1992:23, s. 119

men i den protokollerte rettsbelæringen gis det en nærmere begrunnelse.²⁹

Et sentralt spørsmål var om A hadde hadde utvist det nødvendige drapsforsettet. Om dette sier rettens leder at det "[det] er altså *ikke* noe vilkår for å finne tiltalte skyldig, at han hadde til hensikt å drepe F. [...] På den annen side er det ikke nok at han opptrådte grovt uaktsomt. Det kreves noe mer enn det." Siden det ikke var mulig å lese tankene til tiltalte i gjerningsøyeblikket, måtte retten "trekke slutninger om det [tiltalte tenkte] ut fra hva vi vet om det ytre hendelsesforløpet." Retten er likevel tydelig på at "[r]imelig tvil skal komme tiltalte til gode."

Vurderingsmomentet blir oppsummert slik: "Bevis for forsett er ført hvis man - etter å ha vurdert alle bevisene i sammenheng - kan si til seg selv: 'Når tiltalte har gjort sånn og sånn, i den og den situasjonen, *må han nødvendigvis* ha hatt i hvert fall en vag forestilling om at offeret mest sannsynlig ville omkomme.'" Det blir ikke funnet noen tvil om at A hadde utvist det nødvendige forsettet, og han ble da funnet skyldig for forsettlig drap.

Under straffeutmålingsspørsmålet legger retten til grunn at A "neppe hadde noen klar oppfatning om at bileieren mest sannsynlig ville bli drept", og sier at det er tale om "et forsett i nedre område av forsettsbegrepet, grensende mot ekstremt grov uaktsomhet."

Høyesteretts vurdering

Tiltalte anket dommen til Høyesterett, som behandler skyldspørsmålet veldig kort. Retten slår fast at lagmannsretten bygget vurderingen sin på sannsynlighetsforsett, og sier seg enig med lagmannsretten i at "en sløret — noe uklar — oppfatning om sannsynlighetsovervekt for dødsfølge vil være tilstrekkelig". Til støtte for dette viser retten til uttalelsene i Ot.prp.90 s. 426, med videre henvisning til Andenæs 1956. Den går ikke dypere ned i rettskildene enn dette.

²⁹ Sitert i Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 10-17

Også angående straffutmålingen sier Høyesterett seg enig med lagmannsretten, og sa at As forsett "lå i det lavere sjikt, grensende ned mot grov uaktsomhet". Straffutmålingen fra lagmannsretten på 13 år ble derfor stående.

Rt. 2011 s. 1104 har liten rettsavklarende virkning når det gjelder uttalelsene i forarbeidene til straffeloven av 2005. Den holder seg i stor grad til de samme formuleringene som står i forarbeidene. Lagmannsretten stiller spørsmål om hvorvidt gjerningspersonen "må [...] nødvendigvis ha hatt i hvert fall en vag forestilling" om dødsfølgen, og denne vurderingen blir svært lik en vurdering av hvorvidt han *måtte ha* sett for seg dødsfølgen. Denne siste formuleringen har Høyesterett flere ganger ansett for å være en feilaktig anvendelse av skyldkravet, og lagmannsrettsdommen har i disse tilfellene blitt opphevet. I Rt. 2011 s. 1104 sier retten ikke noe om hvorfor den første formuleringen — "må nødvendigvis ha forstått" — skiller seg fra "måtte ha forstått" og lignende formuleringer. To ting dommen imidlertid indikerer, er at sløret forsett later til å være en undergruppe av sannsynlighetsforsett etter § 22 bokstav b), og at det generelt skal straffes mildere enn de typiske tilfellene av hensikts- og sannsynlighetsforsett.

Rt 2012 s. 1153

I august i 2009 var tiltalte A og fornærmede B begge i selskap. Et stykke utover kvelden kom B i krangel med en tredje person; C. Situasjonen mellom dem eskalerte, og C begynte å slå og sparke B. A kom da bort til dem og slo til B i hodet med et kosteskaft. Dette slaget førte til kraniebrudd og hjerneblødninger og kortvarige talevansker hos B, i tillegg til et enkeltstående epileptisk anfall dagen etter. Tiltalte erkjente slaget, men nektet straffskyld.

Siden tiltalte erkjente slaget, var spørsmålet for lagmannsretten³⁰ om skadefølgene av slaget var forsettlig. Dette blir kort slått fast i én setning, hvor det sies at "[skadefølgen] måtte framstå som overveiende sannsynlig for tiltalte."

³⁰ LF-2011-129990

Saken ble anket til Høyesterett blant annet over lagmannsrettens vurdering av skyldspørsmålet, og tiltalte anførte at bruken av "måtte framstå" var utslag av en uriktig anvendelse av forsettskravet. Førstvoterende viser her til rettspraksis der bruken av "måtte forstå" i utgangspunktet ikke ble ansett som en korrekt formulering av skyldspørsmålet. Imidlertid var denne typen formuleringer godtatt av Høyesterett der "domsgrunnene sett i sammenheng" tilsier at underretten har anvendt en forsettsvurdering.

Bruken av "måtte framstå" måtte leses i sammenheng med at lagmannsretten måtte basere forsettsvurderingen på "ytre omstendigheter, vitneprov og alminnelige erfaringssetninger", og førstvoterende viste i denne sammenheng til uttalelsene i Rt. 2011 s. 1104 og Ot.prp.90 s. 426. Siden tiltalte var "alminnelig fornuftig og ressurssterk etter alderen", og det var tale om "et oversiktlig hendelsesforløp og en i utgangspunktet påregnelig skade", mente da at A hadde utvist det nødvendige forsettet, og at lagmannsretten hadde anvendt skyldkravet riktig.

Annenvoterende, på vegne av flertallet, var uenig i at skyldkravet var riktig anvendt.³¹ I likhet med førstvoterende viser annenvoterende til tidligere rettspraksis som unntaksvis har akseptert formuleringer som "måtte forstå". Imidlertid måtte det fremgå av domspremissene at det var foretatt noe mer enn en aktsomhetsvurdering. Ifølge flertallet var ikke dette tilfellet, og lagmannsretten hadde ikke angitt et korrekt vurderingstema. Lagmannsrettsdommen ble derfor opphevet.

Rt. 2012 s. 1153 er interessant idet den er en dissens. Tre dommere mente at skyldkravet var uriktig anvendt, mens to dommere mente det var riktig anvendt. Dommen kan være med å si noe om grensene for læren om sløret forsett. Mindretallet legger vekt på at A er "alminnelig fornuftig og ressurssterk" og at det var tale om "et oversiktlig hendelsesforløp og en i utgangspunktet påregnelig skade".³² Etter flertallets mening er dette ikke tilstrekkelig; i avsnitt 63 sier annenvoterende at det "[ikke] var så åpenbart at den straffbare handling skulle føre til skade at det i seg selv kan kompensere for den uklarhet som ble skapt" av den opphetede situasjonen. Det er altså ikke nok for å slå fast forsett at gjerningspersonen har de generelle forutsetningene for å innse følgene av handlingen.

³¹ Avsnitt 60 flg.

³² Avsnitt 46

Uttalelsene i avsnitt 63 kan tas til inntekt for at det skal mindre til for å fastslå forsett der følgene av handlingene er mer nærliggende og åpenbare, i forhold til der de er mer fjerntliggende og usikre. Det er tilsynelatende også mindre relevant hvorvidt situasjonen er oversiktlig for å avgjøre skyldspørsmålet.

3.4. Oppsummering av forarbeidene og høyesterettspraksis

Forarbeidene gir vage indikasjoner på at læren om sløret forsett muligens skal være lik vurderingen av eventuelt forsett. Slik forstår ikke Høyesterett uttalelsene. I begge dommene nevnt ovenfor, har retten tatt utgangspunkt i sannsynlighetsforsett; i Rt. 2011 s. 1104 blir det stilt spørsmål om tiltalte hadde "en sløret — noe uklar — oppfatning om sannsynlighetsovervekt", og i Rt. 2012 s. 1153 var både flertallet og mindretallet enige om at det sentrale spørsmålet for lagmannsretten var om tiltalte hadde "ansett det sikkert eller overveiende sannsynlig" at slaget ville få skadefølger. Så langt tyder det på at læren om sløret forsett i hvert fall går inn under en vurdering av sannsynlighetsforsett. Med tanke på at det språklig sett ikke er mulig å ha "en sløret — noe uklar — oppfatning" av hensikt, kan ikke læren om sløret forsett anvendes på hensiktsforsett. Hittil er det likevel ingen holdepunkter for å si noe om hvorvidt læren kan inngå ved en vurdering av eventuelt forsett.

Dommene er noe oppklarende med hensyn til det nærmere innholdet i regelen. Særlig blir grensene mot uaktsomhet noe klarere. Etter dommene, så vel som forarbeidene og Andenæs 1956, skal det tas hensyn til "alminnelige erfaringssetninger". Disse er i stor grad viktige, men tilsynelatende ikke avgjørende. I dommen fra 2011 synes det å bli vektlagt at siden A kjørte i høy fart, med en person liggende oppå panseret, ville enhver person sett at det var stor sannsynlighet for at hun skulle falle av og bli drept. I dommen fra 2012 var det imidlertid ikke nok at tiltalte var "alminnelig fornuftig og ressurssterk" til at han hadde innsett at slaget sannsynligvis ville medført en skade. Den relative åpenbarheten av følgen later da til å være sentral. Det er mye mer åpenbart at det er sannsynlig at en person som faller av en bil i fart vil

dø, i forhold til at et slag i hodet med et kosteskaf vil medføre en skade.

Imidlertid er det fremdeles ikke helt klart hva Høyesterett legger i regelen. De bruker ord som "uklar oppfatning av sannsynlighetsovervekt" uten å si noe om hva de legger i begrepet. Når har man "en uklar oppfatning" av noe? Så lenge de ikke sier noe eksplisitt, må dette leses ut av fellestrekkene mellom gjerningspersonene og situasjonene i dommene.

Felles for begge dommene er at gjerningspersonene befinner seg i en svært følelsesvekkende situasjon. I dommen fra 2011 får gjerningspersonen panikk ved at bileieren klatrer opp på bilpanseret mens A kjører, og i dommen fra 2012 blir gjerningspersonen innblandet i en heftig krangel mellom to familiemedlemmer. Begge har da tenkeevnen sin tilslørt av kraftige følelser; førstnevnte av frykt, sistnevnte av sinne. Så langt later det til at læren om sløret forsett i hovedsak gjelder de tilfellene der følelser har sløret til gjerningspersonens sinnstilstand, og ikke tilfellene der han handler tankeløst eller på "autopilot". Disse tilfellene må nok anses som uaktsomhet. Dette samsvarer med uttalelsene i forarbeidene, hvor det nevnes at typetilfellene denne vurderingen skal anvendes på, er der "bevisstheten [til gjerningspersonen er] innsnevret på grunn av opphisselse eller skrekk.³³ Hittil virker det klart at læren om sløret forsett skal anvendes på tilfeller der gjerningspersonen er i en særlig følelsesvekkende situasjon i gjerningsøyeblikket.

Hvor oversiktlig situasjonen er har tilsynelatende mindre relevans. I dommen fra 2011 var det tale om en ganske uoversiktig situasjon for tiltalte, som kjørte rundt i byen i høy fart, og med en person oppå panseret. Sammenlignet med dette er en krangel eller slåsskamp mellom to andre personer mye mer oversiktig for gjerningspersonen. Likevel ble den førstnevnte dømt og den sistnevnte frikjent. Her må det imidlertid gjentas at flertallet i sistnevnte dom ikke tok stilling til selve skyldspørsmålet, slik at dette punktet fremdeles ikke er helt avklart.

Noe som later til å være mer relevant enn oversiktligheten, er varigheten av handlingen. I dommen fra 2011 varte kjøringen i flere minutter, mens i 2012 var det tale om et mye mer spontant slag. Dette kan tas til inntekt for at kortvarige, spontane og impulsaktige handlinger

³³ NOU 1992:23 s. 119

lettere vil frikjennes enn de handlingene som pågår over lengre tid eller i flere ledd. Med bare to dommer å ta tak i, er det likevel for tidlig til å si noe sikkert om akkurat dette; det er for mange andre variabler i de to dommene.

På grunnlag av høyesterettspraksis hittil er det vanskelig å si noe om omfanget av regelen. Begge dommene stilte spørsmål om følgene av handlingene var forsettlige, og omfattet ikke handlingene i seg selv. Det er uklart om regelen om sløret forsett bare forholder seg til skadefølgene, altså grensen mot uforsettlige følger etter § 24, eller om den også omfatter tilfellene der handlingen i seg skjer på impuls. Det er heller ikke avklart om regelen kan anvendes på andre lovbrudd enn voldsforbrytelser.

3.5. Underrettspraksis

LB-2011-101089

Tiltalte A var i bursdagsfest, hvor han traff fornærmede B. Etter As egen forklaring "opptådte [B] ubehagelig" og kom med fornærmelser rettet mot flere av de andre gjestene. Idet B skulle dra hjem, ropte han "Din feite dopjævel" til A, som snudde seg og slo til B i ansiktet. Slaget skadde to av fortennene til B, som trengte tannlegebehandling.

Spørsmålet for retten var om A skulle dømmes for legemsbeskadigelse etter daværende straffelovs § 229. Retten nevnte først uskyldspresumsjonen, og slo kort fast at det ikke var bevismessig grunnlag for hensiktsforsett. Spørsmålet deretter var om A hadde sannsynlighetsforsett om at B kom til å bli skadet. Først nevner retten daværende straffelovs §§ 40 og 42, som sier at uvitenhet som følge av selvforskyldt rus er uten betydning. Deretter går den videre til å gjøre rede for rettsgrunnlaget for sløret forsett. Retten begynner med uttalelsene i Andenæs' *Alminnelig Strafferett* 5. utgave, før den går over til Rt-2011-1104 og stiller spørsmål om påtalemyndigheten hadde ført tilstrekkelig bevis for at tiltalte hadde et sløret forsett.

Når det gjaldt selve vurderingen av forsettet, måtte den "langt på vei bero på de ytre omstendighetene ved situasjonen, der tiltalte skal bedømmes som edru." Utover dette delte retten seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet sammenligner saken med tilfellet i Rt-2011-1104. I Høyesterettsdommen "[foregikk] den skadevoldende handlingen [...] over lengere tid, slik at domfelte der hadde atskillig bedre mulighet til å foreta en vurdering av konsekvensene av handlingen" enn i den foreliggende saken. Slaget fra A blir beskrevet som "en rask gjengjeldelsesreaksjon" som "overskygget andre vurderinger fra tiltaltes side". Flertallet konkluderte at A ikke hadde det nødvendige forsettet om skadefølgen av slaget.

Mindretallet var enig med flertallet om innholdet i rettsregelen, men la til grunn en annen bevisvurdering. De mente at bevisene tilsa at det ikke var tale om en reflekshandling. Grunngivelsen var at "der er en alminnelig erfaring at et slag med knyttet hånd fra en kraftig person mot ansiktet med stor sannsynlighet vil kunne påføre skade på tenner eller bruddskader". De mente at tiltalte hadde utvist det tilstrekkelige skadeforsettet, og han ble dømt til 60 dagers fengsel, hvorav 30 var betinget, noe som ifølge retten ligger over normalnivået for legemsbeskadigelser. Begrunnelsen for straffeutmålingen var at selv om slaget var fremprovosert av B, tilsa samfunnsmessige hensyn at straffen ikke skulle settes ned. A var også tidligere straffet for legemsfornærmelse, noe som var med på å øke straffen.

Siden den sentrale begrunnelsen for flertallet var at det skjedde så fort at A ikke hadde tid til å tenke gjennom handlingen og konsekvensene av den, tilsier det at det tas hensyn til hvor brått handlingen skjer. En handling som pågår over tid vil lettere anses som forsettlig, idet gjerningspersonen teoretisk sett har bedre mulighet til å tenke gjennom hva han gjør.

Mindretallet bygger sin egen begrunnelse på en vurdering av fakta. Alle fakta sett i sammenheng tilsa at A bevisst slo mot hodet, og at det var "alminnelig erfaring" at et slag av denne typen ville medføre en skade. Etter flertallets mening var dette ikke nok til å fastslå utover enhver rimelig tvil at A hadde skadeforsett. For å fastslå at det foreligger forsett må det

etter lagmansrettens mening mer til enn at det er "alminnelig erfaring" at handlingen og følgene av den dekkes av et straffebud.

LH-2012-87796

Tiltalte A og fornærmede B var tidligere samboere, og hadde felles barn. I november 2011 kom B sammen med den nåværende samboeren C for å hente barna til avtalt samvær. A ble rasende da hun så C, og begynte først å rope til C. B kom for å skille A og C. A begynte da å slå B flere ganger i ansiktet, samt å sparke ham i underkroppen. Denne episoden varte i noen minutter, og endte med at B fikk en brukket nese.

Spørsmålet for retten var om A hadde utvist det nødvendige skadeforsettet for å bli dømt for legemsbeskadigelse. Selv sier tiltalte at det "rant over" for henne og at hun "mistet besinnelsen", slik at hun ikke innså muligheten for skadefølgen. Hun innrømte likevel at hun kunne ha innsett den.

Ved vurderingen går retten rett til uttalelsene i Ot.prp.90 (2003-2004) s. 426 og Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 19, og sier at "[d]et kreves ikke at hun hadde noen klar oppfatning om grad of sannsynlighet for skader, og det kreves heller ikke at hun har hatt tanker om hvilke skader som kunne oppstå. Hennes tanker om følger av volden kan ha vært uklare og preget av at hun handlet impulsivt og i affekt, men hun må ha hatt en forestilling om at fornærmede mest sannsynlig ville bli påført skade". Siden A ikke hadde innrømmet straffskyld, måtte retten basere vurderingen på "det ytre hendelsesforløpet sammenholdt med vitnebevis og alminnelige erfaringssetninger."

Slagene og sparkene mot B var målrettede, og selv om A ble beskrevet av vitner som "hysterisk", fant retten at hun "var klar over at hun slo fornærmede i ansiktet". Dette suppleres med at tiltalte var "en alminnelig fornuftig person" som nødvendigvis hadde kjennskap til skadepotensialet av slagene. Til sist vektlegger retten at episoden varte i flere minutter, noe som betydde at "tiltalte hadde atskillig bedre mulighet til å foreta en vurdering av

konsekvensene av handlingen enn tilfellet vil være ved ett skadegjørende slag". Hun hadde utvist det nødvendige skadeforsett, og ble dømt for legemsbeskadigelse.

Det viktigste å hente fra denne dommen, er at retten tar stilling til spørsmål som gjelder handlingens varighet. Episoden varte over noe tid, og A hadde tilstrekkelig med tid til å forme seg ihvertfall en vag anelse om at hun kom til å påføre B en skade. Det later til at læren om sløret forsett kan frifinne gjerningspersonen ved impulsive enkelthandlinger, der gjerningspersonen har liten eller ingen tid til å overveie handlingen på forhånd. Der handlingen pågår over tid, er det derimot lettere å fastslå forsett. Selv om det ikke nevnes i dommen, er det nærliggende å anta at det vil finnes en glideskala; desto lengre tid som går, desto lengre tid har gjerningspersonen til å innse en sannsynlighet for skade.

Det andre interessante argumentet er at retten vektla at A var en "alminnelig fornuftig person" som ville ha forutsetningene til å innse den sannsynlige skadefølgen. Alminnelig kunnskap og erfaringssetninger later til å være relevant, men et spørsmål som forblir ubesvart i dommen er til hvilken grad dette kan vektlegges. Hvis A hadde hatt enten forhøyede eller begrensede forutsetninger til å innse skadefølgen, ville vurderingen da ha forblitt den samme?

LB-2014-79372

Tiltalte A var dørvakt på et utested i Oslo. En dag i juni 2013 kom fornærmede B inn på utestedet. B var beruset, og ble beordret å forlate lokalet. Idet han var i ferd med å kastes ut, gikk han til angrep på A. Av redsel slo A til B med flat hånd, uten å tenke over hvor han traff og hvor hardt han slo. Slaget førte til at B mistet bevisstheten, fikk hjerneblødninger, og varig nedsatt hørselstap.

Retten skulle vurdere om A hadde forsett om å begå legemsbeskadigelse etter daværende straffelovs § 229, og den sentrale vurderingen var hvorvidt han hadde forsett om skadefølgene. Lagmannsretten avviser først at det forelå hensiktsforsett, og går over til å vurdere sannsynlighetsforsett. Retten sier at ved vurderingen av sannsynlighetsforsett er "det

[ikke] nødvendig at gjerningspersonen har hatt noen klare tanker om hvilke følger handlingen ville få", og viser til formuleringene i Rt-2011-1104. Med utgangspunkt i A sin forklaring kommer retten fram til at han slo med "begrenset kraft", og at slaget med flat hånd var "en type voldshandling som vanligvis neppe medfører skade". A hadde ingen "sløret [...] oppfatning av sannsynlighetsovervekt" for skadefølgen, og ble frikjent for legemsbeskadigelse.

Retten tviler ikke på at gjerningspersonen "kunne ha innsett" skadefølgen, noe som betyr at den kom fram til at A hadde opptrådt uaktsomt. Dommen kan da være med på å trekke en grense mellom sløret forsett og uaktsomhet. Retten utdyper ikke rettsregelen mer enn dommen i Rt. 2011 s. 1104, men går istedet direkte til en konkret drøftelse der de legger vekt på alminnelige erfaringssetninger som at et slag av denne karakteren "vanligvis neppe medfører skade". Retten foretar tilsynelatende en objektiv vurdering av sannsynligheten for at en slik skade skulle oppstå, og stiller ikke spørsmålet om A personlig så faren for skadefølge. I stedet nøyer retten seg med å si at A "kunne" ha innsett skadefølgen. Selv om det ikke sies noe eksplisitt, vil det imidlertid være nærliggende å anta at siden skaden objektivt sett ikke var sannsynlig, ville A heller ikke ha sett for seg at han mest sannsynlig ville skade B.

LH-2016-14246

I juni 2015 møttes tiltalte A og fornærmede B på et utested. De satte seg ned for å snakke sammen, og denne samtalen brøt etter hvert ut i en krangel. B slo A i ansiktet med knyttet hånd, og umiddelbart etterpå reagerte A med å slå B i ansiktet med et ølglass eller en flaske i hånda. B fikk et kutt som måtte sys med tre sting.

A ble tiltalt for legemsbeskadigelse, og retten fokuserte på spørsmålet om hvorvidt han hadde forsett om skadefølgen av slaget. Den viser til uttalelsene i Ot.prp.90 (2003-2004) s. 426, og til Rt-2011-1104, før den sier hva selve forsettsvurderingen innebærer: "Vurderingen skal ta utgangspunkt i hva gjerningspersonen faktisk tenkte i gjerningsøyeblikket. Hva andre personer ville ha tenkt i en tilsvarende situasjon, er i utgangspunktet ikke avgjørende".

Retten legger vekt på omstendighetene omkring hendelsen. A reagerte spontant på Bs slag, nærmest som en refleksreaksjon, og konkluderte med at han ikke tenkte over handlingen. Det forelå ikke noe sannsynlighetsforsett, og heller ikke noe sløret skadeforsett.

3.6. Læren om sløret forsett i juridisk teori

Selv om Andenæs introduserte læren i norsk rettsvitenskap, var han ikke den første som tok til orde for en slik regel. Han bygget sin lære på en artikkel av Jørgen Trolle utgitt i *Festskrift til Karl Schlyter*.³⁴ I denne artikkelen forteller Trolle om en bankfunksjonær som skulle forsøke å løse inn en falsk sjekk til seg selv. Hensikten hans var hele tiden å undersøke om bankens kontroll med innløste sjekker var tilfredsstillende. Han hadde ikke på noe tidspunkt en vinningshensikt om å tilegne seg pengene. På side 363 sier Trolle at denne funksjonæren trolig hadde andre hensikter, hensikter som også var skjulte for ham selv; at dersom dette eksperimentet var vellykket, hadde han kommet til å beholde pengene, og at han hele tiden hadde hatt dette som en slags underbevisst vinningshensikt gjennom hele planen. De gode hensiktene hans hadde tilslørt de onde hensiktene, også for ham selv. Trolle ser ikke på dette som noe problem ved voldsforbrytelser, idet "selve den forbryderiske Handling i Almindelighed er saa klar [at det] vil derfor være vanskelig for ham at flygte over i en uvirkelig Ønskeverden, hvor han selv staar helt ren" i disse tilfellene.³⁵ Han mener denne vurderingen skal forbeholdes vinningsforbrytelser som bedrageri og underslag.

Trolles regel synes å samsvare dårlig med Andenæs' regel. For det første er Trolles regel en form for teoretisk hensiktsforsett. Gjerningspersonen har en underbevisst hensikt — typisk vinningshensikt — som han har prøvd å skyve fra seg, men som likevel må regnes for å ha vært tilstede i underbevisstheten hans i gjerningsøyeblikket. I eksempelet han bruker ligger det et element av eventuelt forsett; han stiller spørsmål om gjerningspersonen hadde forsøkt bedrageriet om han var overbevist om at han ville lykkes. Den norske regelen, slik den har

³⁴ Trolle, Jørgen; *Det "slørede" Forsæt*, s. 358-366 i *Festskrift til Karl Schlyter*, Stockholm 1949

³⁵ Trolle, s. 365

utviklet seg gjennom rettspraksis, gjelder derimot sannsynlighetsforsett, noe som ikke helt samsvarer med skyldkravet i artikkelen.

I artikkelen snakker Trolle om en mann som har overbevist seg selv om at han har gode hensikter, ikke om en mann som lar følelsene ta overhånd. I kontrast til norsk rettspraksis er mannen i Trolles eksempel i en langvarig og rolig situasjon der han har god tid til å tenke gjennom situasjonen, og det er hans egne edle tanker som slører til det underliggende vinningsforsettet. Trolle mener også at voldsforbrytelser typisk vil være så åpenbart ulovlige at det ikke kan bortforklares med gode hensikter, men etter norsk rettspraksis har vurderingen hittil utelukkende skjedd i forbindelse med voldsforbrytelser.

I boka *Det kriminelle Forsæt*³⁶ kom den danske Knud Waaben med kritikk mot Trolle; etter hans mening var det ikke grunnlag for å fastsette vinningshensikt. Han sa seg enig med Trolle i at det finnes forskjellige klarhetsgrader av forsett, men mener det er betenkelig å sidestille det han kaller "klart" og "sløret" forsett.³⁷

Begrunnelsen til Waaben var at den vurderingen Trolle tar til orde for har en subjektiv innfallsvinkel til en vurdering som i utgangspunktet skal være objektiv. Waaben mener at antakelsen om hva gjerningspersonen hadde i underbevisstheten i gjerningsøyeblikket "er det det slettet tænkelige grundlag for strafferetlige afgørelser", og at vurderingen i Trolles eksempel burde forholdt seg til gjerningspersonens øverste bevisshetslag.³⁸

Waaben tar heller til orde for en lignende regel som omhandler det han kaller "ikke-psykotiske enkeltreaksjoner", som følelsesladde affekthandlinger og hysteri. Tilfeller der reaksjonen begynner som en bevisst handling, men hvor gjerningspersonen senere "ikke lenger har øje for" grunnlaget for handlingen. I disse tilfellene erkjenner Waaben at gjerningspersonen ikke er bevisst over handlingsfølgene. Han sier likevel at dette "ikke uden videre" utelukker at det foreligger forsett, siden en regel som ikke anerkjenner disse typetilfellene vil utelukke tilfellene der gjerningspersonen på forhånd var klar over følgene. Han vil imidlertid ikke anerkjenne en forsettslære som tar utgangspunkt i en "ubevidst

³⁶ Waaben, Knud; *Det kriminelle Forsæt*, 1957

³⁷ Waaben, *Det kriminelle Forsæt*, s. 95 fotnote 19

³⁸ Waaben s. 95, fotnote 19

hensigt" hos gjerningspersonen.³⁹

Regelen Waaben foreslår skiller seg til en viss grad fra regelen til Trolle. Trolle mener det foreligger forsett der gjerningspersonen på handlingstidspunktet ikke hadde noe bevisst forsett, men der det likevel lå et teoretisk forsett i underbevisstheten til gjerningspersonen. Waaben utelukker disse tilfellene, og tar til orde for en regel der det nødvendige forsettet var i gjerningspersonens bevissthet før eller idet handlingen påbegynte, men der dette glir ut av bevisstheten og inn i underbevisstheten i løpet av handlingen. Om Waabens regel skulle overføres til Trolles eksempel, ville det ikke foreligge forsett med mindre gjerningspersonen forut for forfalskningen av sjekken hadde en bevisst vinningshensikt. Waabens lære i hovedsak være anvendelig ved voldsforbrytelser, der det er lettere for gjerningspersonen å "miste hodet" mens handlingen utføres. For vinningsforbrytelser er det derimot vanskeligere å tro at en vinningshensikt glir inn i underbevisstheten mens handlingen pågår, slik at læren hans vil få svært begrenset anvendelse her.

I nyere tid kommer Jørn Jacobsen i artikkelen "*Sløret forsett*"?⁴⁰ med kritikk mot måten læren om sløret forsett har blitt anvendt i norsk Høyesterett. Ingen av dommene har gjort rede for hva som faktisk ligger i kravet om at gjerningspersonen må ha en "sløret, noe uklar" virkelighetsoppfatning, og han etterspør "ei meir fullverdig forklaring" av innholdet i regelen.⁴¹ Mer konkret ønsker han at retten er klarere på hvilke subjektive forhold ved gjerningspersonen som gjør det forsvarlig å fastslå forsett i stedet for uaktsomhet når retten bruker formuleringer som "måtte forstå". Han teoriserer at "alminnelig erfaringsbasert kunnskap" spiller en sentral rolle. Han antar at også "erverta spesialistkunnskap" er relevant, men innrømmer at det er uklart hva Høyesterett faktisk har vektlagt i vurderingen.⁴² Han oppfordrer Høyesterett til å avklare regelen, idet rettssikkerheten til den tiltalte avhenger av at forsettskravet blir riktig anvendt.⁴³

³⁹ Waaben s. 330-331

⁴⁰ Jacobsen, Jørn; "*Sløret forsett*"? *Høyesterett mellom teori og praksis i strafferetten*, s. 143-176 i Ulvund/Sunde, *Lovens Speil — Høgsterett i 200 år*, 2015

⁴¹ Jacobsen, s. 167

⁴² Jacobsen, s. 167-168

⁴³ Jacobsen, s. 169

3.7. Sammenfatning av alle de ovenstående rettskildene

Selv om høyesterettspraksis ikke er veldig oppklarende med hensyn til innholdet i regelen, vil underrettspraksisen være med å fylle ut noen av hullene i læren. Det største hullet gjenstår likevel ufyllt; ingen av dommene sier noe eksplisitt om hva begrepet "sløret, noe uklar, sinnsstemning" inneholder. Det som er felles mellom dommene, er at gjerningspersonene har hatt en svært følelseladd sinnsstemning; sinne, frykt og panikk. I LH-2012-87796 ble skadefølgen ansett for å være forsettlig. LH-2011-101089 ble skadefølgen ansett for å være uaktsom, under dissens. I Rt. 2012 s. 1153 fant mindretallet at skadefølgen var forsettlig, mens flertallet ikke tok stilling til spørsmålet. Basert på disse dommene kan det tyde på at sinne eller raseri bare i mindre grad vil være en tilstrekkelig tilsløring av sinnsstemningen til gjerningspersonen, sammenlignet med frykt eller panikk. I LB-2014-79372 og LH-2016-14246 ble gjerningspersonene frikjent for impulshandlinger utført i frykt. Det later da til at frykt i større grad enn sinne vil kunne tilsløre sinnstilstanden til en slik grad at det ikke lenger foreligger noe forsett.

Samtlige av dommene bruker læren om sløret forsett som grunnlag for en vurdering av sannsynlighetsforsett. De spør om tiltalte hadde en sløret forestilling om sannsynlighetsovervekt for skadefølgen. Det er ikke lenger noen tvil om når læren av sløret forsett er relevant; den skal anvendes under vurderingen av sannsynlighetsforsett. Dommene er klare på at vurderingen av sløret forsett er en annen vurdering enn en aktsomhetsvurdering, men som Rt. 2012 s. 1153 viser, er det en svært tynn grense mellom sløret forsett og uaktsomhet.

To av handlingene — i Rt. 2011 s. 1104 og LH-2012-87796 — pågikk over lengre tid. Gjerningspersonene i begge dommene ble funnet skyldige. Også i Rt. 2012 s. 1153 var det tale om en handling som tok noe tid å gjennomføre. Gjerningspersonen måtte først gå inn i et annet rom hvor han fikk tak i en skadevoldende gjenstand, før han kom tilbake og slo fornærmede i hodet. Mindretallet fant at han hadde det tilstrekkelige skadeforsett, mens

flertallet ikke tok stilling til skyldspørsmålet. I LB-2011-101089 blir dette argumentet eksplisitt nevnt; et sentralt argument var at det var tale om en spontan handling, og ikke noe som pågikk over tid. Begrunnelsen for dette var at med den spontane handlingen fikk gjerningspersonen ikke tid til å vurdere skadepotensialet av slaget. I ingen av tre dommene der handlingen skjedde spontant forelå det noe skadeforsett. Alle dommene sett i sammenheng tilsier at det er sentralt hvor lang tid handlingen tar å gjennomføre. I de tilfellene der gjerningspersonen handler spontant, og handlingen blir gjennomført på et øyeblikk, får gjerningspersonen ikke tid til å foreta noen sannsynlighetsvurdering — verken bevisst eller underbevisst — og kan da heller ikke danne seg noe sannsynlighetsforsett. Og som en følge av dette: I saker der handlingen pågår over tid vil gjerningspersonen ha bedre tid til å tenke gjennom handlingen, og til å danne seg en underbevisst sannsynlighetsvurdering, slik at han lettere vil ha det nødvendige skadeforsett.

Et spørsmål i denne sammenhengen som forblir ubesvart, er i hvilken utstrekning denne tidsbruken er relevant. Ville utfallet i Rt. 2011 s. 1104 vært annerledes om gjerningspersonen hadde svingt rett inn et trafikkskilt etter at den fornærmede klatret opp på panseret? Det må nødvendigvis trekkes en grense et sted; "*her* har gjerningspersonen dannet seg en sannsynlighetsovervekt for skade, men ikke før dette." Denne grensen har hittil ikke blitt trukket.

Beslektet med tidsaspektet er oversiktligheten av situasjonen. Dette later til å ha noe relevans, og kan antakelig til tider være avgjørende for skyldspørsmålet. I LB-2014-79327 og LH-2016-14246 hadde begge gjerningsmennene ikke oversikt over situasjonen. Denne mangelen på oversikt var kjernen i frykten som tilslørte sinnsstemningen deres, og begge ble frikjent for legemsbeskadigelse, idet de ikke hadde skadeforsett. I Rt. 2011 s. 1104 var gjerningspersonen i en tilsvarende situasjon; han hadde mistet oversikt, og fikk panikk. Likevel ble han dømt for forsettlig drap. Siden situasjonen i sistnevnte dom pågikk over lengre tid, er det nærliggende å anta at tidsaspektet veier tyngre enn oversiktligheten.

Alminnelig fornuft er tydeligvis et svært sentralt moment i forsettsvurderingen. Alle de nevnte dommene har tatt utgangspunkt i alminnelig fornuft, eller "alminnelige erfaringssetninger",

som Andenæs kalte det. Men om gjerningspersonen hadde vært under gjennomsnittet fornuftig, i hvilken grad ville dette da vært relevant? Med tanke på at vurderingen skal ta utgangspunkt i det gjerningspersonen visste på gjerningstidspunktet vil kanskje "alminnelig fornuft" ha begrenset relevans ved forsettsvurderingen i disse tilfellene; dette vil for raskt gli over i en uaktsomhetsvurdering av hva han *burde* ha tenkt, og ikke hva han faktisk tenkte i gjerningsøyeblikket. Skal det da vurderes hva gjerningspersonen hadde forutsetninger for å innse? Eller skal hele vurderingsmomentet tilsidesettes? Det blir tross alt veldig spekulativt å vurdere hva gjerningspersonen visste, framfor hva han burde ha visst. Det mest naturlige her vil nok være å foreta en konkret vurdering ut fra bevisene, for å finne ut hva gjerningspersonen faktisk visste og hadde innsett i gjerningsøyeblikket.

Men hva så om han hadde hatt *bedre* forutsetninger for å innse skadepotensialet? Hvis gjerningspersonen for eksempel hadde hatt erfaring med kampsport og hadde en bedre forutsetning for å vite skadepotensialet av slagene og sparkene rettet mot fornærmede? Her kan det være naturlig å tenke likt som ved vurderingen der gjerningspersonen har redusert fornuft; det er de faktiske forutsetningene hos gjerningspersonen som skal vektlegges. Situasjonen stiller seg imidlertid noe annerledes her — i forrige eksempel ble de subjektive forutsetningene brukt til den tiltaltes fordel; de ble brukt som argument for hvorfor han hadde handlet uaktsomt. Men om de personlige forutsetningene hos gjerningspersonen skal brukes som argument for at han handlet forsettlig, blir situasjonen annerledes. Her vil det bli i praksis være spekulasjon i fakta som går i gjerningspersonens disfavør, og tvilen kan kunne komme til å ende opp med å komme ham til onde.

Et annet spørsmål som forblir ubesvart, er hvilke straffebud læren kan anvendes på. I de nevnte dommene var alle handlingene forsettlige, og det var spørsmål om skadefølgene av handlingene var forsettlige. Etter gjeldende rett er læren relevant ved vurderingen av hvorvidt noe skal regnes som kroppsskade eller grov kroppskrenkelse, men det har ikke vært spørsmål om læren kan anvendes på andre typer forbrytelser, som for eksempel vinningsforbrytelser eller skadeverk. Om Ole i sinne eller skrekk kaster en stein som ender opp med å knuse et vindu, kan læren om sløret forsett da anvendes? Hadde han en sløret forestilling om at han mest sannsynlig kom til å ødelegge noe da han kastet steinen, eller skal skaden regnes som

uaktsom, slik at det bare blir tale om et erstatningskrav? Hvis brannalarmen går mens Peder prøver en jakke i en klesforretning, og at han i forvirringen glemmer at det ikke er hans egen jakke, kan læren da anvendes? Kan det da argumenteres for at han hadde en sløret vinningshensikt, slik Trolle tok til orde for?

Når det gjelder straffverdigheten av det utviste slørete forsett, sies det i Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 27 at gjerningspersonens forsett "lå i det lavere sjikt, grensende ned mot grov uaktsomhet". Retten anser straffverdigheten av sløret forsett som lav, og straffeutmålingen vil være relativt mild. I LH-2012-87796 blir ikke straffverdigheten nevnt i det hele, noe som kan tyde på at retten likestiller sløret forsett med sannsynlighetsforsett når det gjelder straffverdighet og straffeutmåling. Det samme gjelder LB-2011-101089; det blir ikke nevnt noe om hvorvidt denne typen sløret forsett skal behandles mildere enn alminnelig sannsynlighetsforsett. Underrettene later dermed ikke til å regne sløret forsett "i lavere sjikt" enn sannsynlighetsforsett, til tross for hva som ble sagt i Rt. 2011 s. 1104. Det er altså uklart hvor straffverdig det er å ha utvist sløret forsett.

4. Bør vi ha en regel om sløret forsett i norsk strafferett?

Det viktigste spørsmålet angående læren om sløret forsett gjenstår: Gir læren slik den hittil er utformet en god regel, alle hensyn sett i sammenheng?

Rettspraksis viser at det er en hårfin grense mellom en vurdering av sløret forsett og en aktsomhetsvurdering. Rettsanvenderen må derfor være forsiktig med å anvende sløret forsett, slik at han ikke ender opp med å dømme en uaktsom handling som om den var forsettlig. Her ligger den største svakheten til læren: Den beror på flere skjønsmessige vurderinger, innenfor et område der objektive og klare regler er helt avgjørende.

Rettsanvenderen må for det første vurdere om gjerningspersonen hadde en "sløret, noe uklar sinnsstemning" som kunne ha tilslørt vurderingsevnen og innsikten hans i gjerningsøyeblikket. Rettsanvenderen må videre avklare hva gjerningspersonen tenkte i da handlingen ble utført. Dette er en konkret vurdering med flere skjønnsmessige momenter. Hvor lang tid hadde gjerningspersonen til å tenke seg om og foreta en underbevisst sannsynlighetsvurdering? Hvilke personlige forutsetninger hadde gjerningspersonen til å innse skadepotensialet? Er skadefølgen en "alminnelig erfaringssetning" som gjerningspersonen hadde innsett om under mer kontrollerte omstendigheter? Alt dette vil ha lett for å gli over i en vurdering av hva gjerningspersonen burde ha visst, og ikke hva han faktisk — om enn underbevisst — visste.

En annen utfordring er å kunne utforme vurderingstemaet korrekt. Om vurderingstemaet ikke blir utformet riktig, vil en underrettsdom kunne bli opphevet, selv om den øvrige rettsanvendelsen kan være riktig, slik som i Rt. 2012 s. 1153. I denne typen situasjoner vil det virke naturlig for rettsanvenderen å bruke formuleringer som at han "måtte forstå" skadefølgen. Formuleringer av denne typen kan aksepteres som riktig formulering av skyldkravet, men det krever at domspremissene gjør det tydelig at det er foretatt en forsettsvurdering, og ikke en uaktsomhetsvurdering.

Likhetene mellom sløret forsett og uaktsomhet medfører også andre problemer. Alminnelig uaktsomhet ble vurdert avkriminalisert i forarbeidene.⁴⁴ Begrunnelsen var at uaktsomme overtredelser som regel er mindre klanderverdige enn forsettlige handlinger. Uaktsomhet ble likevel videreført som skyldkrav av bevismessige hensyn.⁴⁵ Det ble også vurdert om uaktsomhet skulle omfatte det som i utredningen ble kalt "skjult forsett", det vil si der handlingen ble begått med forsett, men at bevisene ikke strekker til. Dette ble imidlertid raskt avvist som en legitim grunn for å videreføre alminnelig uaktsomhet som skyldkrav; det ville "fortone seg som en senking av [...] beviskravet" innenfor strafferetten.⁴⁶

⁴⁴ NOU 2002:4 s. 88

⁴⁵ Ot.prp.90 s. 115

⁴⁶ NOU 2002:4 s. 89

I likhet med uaktsomhet, vil et sløret forsett være mindre klanderverdig enn alminnelig forsett. Gjerningspersonen handler på impuls, noe som ikke er like klanderverdig som hvis han hadde handlet forsettlig. Med sløret forsett kan det være fristende å domfelle det såkalte "skjulte forsettet", men her oppstår de samme utfordringene som ved uaktsomhet. Å åpne for denne typen omveier vil svekke rettssikkerheten til den tiltalte, da det i praksis vil føre til en senking av beviskravet i flere tilfeller. Å anvende læren om sløret forsett på slike "skjulte forsett" vil være enda mer problematisk enn å anvende uaktsomhetslæren på disse. Det vil være tale om å stemple en handling som forsettlig, og dermed mer klanderverdig, sammenlignet med å kalle den uaktsom.

Sløret forsett har likheter med læren om eventuelt forsett etter § 22 c). Rettsanvenderen er nødt til å stille opp et teoretisk scenario og nærmest "lese tankene" til gjerningspersonen. Hadde gjerningspersonen gjennomført handlingen om han visste den var dekket av et straffebed? Var han i en sinnstilstand som tilslørte vurderingsevnen hans? Dommeren må i begge tilfellene innta en posisjon nærmest som psykolog som del av rettsanvendelsen, og dette kan bli en svært skjønnsmessig vurdering innenfor et område som krever tydelige regler med klare rammer. Av denne grunnen ble eventuelt forsett vurdert avskaffet som skyldform i forarbeidene til straffeloven av 2005.⁴⁷ Når eventuelt forsett ble vurdert avskaffet på grunn av det hypotetiske elementet, virker det litt snodig at problemstillingen ikke en gang ble berørt da departementet gjorde rede for sløret forsett i forarbeidene.⁴⁸

Læren om sløret forsett har en del likhetstrekk med læren om fingering av forsett. I begge situasjonene må rettsanvenderen stille opp et teoretisk scenario der et mentalt forstyrrende element er utelatt. Ved fingering av forsett skal beruselse overses, og ved sløret forsett den "halvklare, slørede" sinnstilstanden. Fra dette teoretiske ståstedet skal rettsanvenderen avgjøre hva gjerningspersonen i praksis hadde tenkt i den samme situasjonen. Hadde han i denne teoretiske situasjonen innsett skadefølgene av det han gjorde?

Læren om fingering av forsett har ikke vært uten kritikk. I forarbeidene blir det vurdert om læren skulle opprettholdes. Kommisjonen var noe skeptisk, med tanke på at det er

⁴⁷ NOU 2002:4 s. 225

⁴⁸ Ot.prp.90 s. 426

problematisk å dømme noen som i gjerningsøyeblikket ikke har utvist tilstrekkelig skyld, bortsett fra å ha drukket for mye alkohol. Likevel ble læren videreført. Begrunnelsen for dette var at det ville forenkle bevisføringen, samt at det ville virke allmennpreventivt å straffe handlinger utført i beruset tilstand, i stedet for at rusen skulle komme gjerningspersonen til gode.⁴⁹ Argumentene som ble brukt for å forsøke å avskaffe læren om fingering av forsett gjør seg også gjeldende for læren om sløret forsett. Det er tale om å straffe en person som i gjerningsøyeblikket strengt tatt ikke har utvist den tilstrekkelige skylden. I gjerningsøyeblikket var vurderingsevnen til gjerningspersonen så begrenset at han i realiteten ikke visste hva han gjorde. Ved fingering av forsett kan gjerningspersonen klandres for rusen, og dette kan rettfærdiggjøre straff. Men ved sløret forsett har gjerningspersonen hatt en følelsesmessig reaksjon. Kan han bebreides for å ha reagert på denne måten?

Andenæs' regel er en del annerledes enn den Trolle tar til orde for. Trolles regel tok utgangspunkt i selvbedrageri — der gjerningspersonen tilslører forsettet for seg selv. Han har klart å overbevise seg selv om at han har gode hensikter, mens han egentlig har en underliggende underbevisst hensikt. Etter Trolles syn vil man kunne oppstille en sløret vinningshensikt, slik han gjør i artikkelen, men slik Andenæs' regel har blitt anvendt hittil, virker det ikke som om dette er aktuelt. Slik sett har Andenæs mer til felles med Waaben, som gav ut boka si året etter at førsteutgaven av Alminnelig strafferett ble utgitt. De tar begge utgangspunkt i en sinnsforvirret gjerningsperson som i sitt eget sinn har mistet oversikten over hva han gjør.

Siden Andenæs' regel i 1956 i praksis ikke har noe til felles med det den påstår å bygge på, ender den opp med å fremstå som et ganske tomt postulat, uten noe egentlig fundament. Læren har heller ikke vært nevnt i de senere utgavene av læreboka til Andenæs, og forble liggende urørt i nesten 40 år mellom førsteutgaven av Alminnelig strafferett i 1956 og NOU 1992:23, hvor den ble tatt opp igjen.

For å oppsummere kan man si at læren som fremgår av forarbeidene bygger på noen uttalelser i en nesten 50 år gammel lærebok, som ikke har vært tatt med i de senere utgavene av boka.

⁴⁹ Ot.prp.87 s. 39

Høyesterett har anvendt læren i noen få tilfeller, og har på den måten vært med å utvikle den, men har holdt seg ukritisk til uttalelsene i forarbeidene. Læren om sløret forsett grenser mot flere områder av skyldkravet som har vært vurdert avskaffet, uten at denne problematikken har blitt drøftet i relasjon til sløret forsett, verken i forarbeidene eller rettspraksis. Slik Høyesterett har utformet læren hittil, inneholder den vage og skjønnsmessige momenter som i liten grad har tilført uttalelsene i forarbeidene. Dette er svakheter som må avklares i gjennom videre rettspraksis. Frem til det må rettsanvenderen være svært forsiktig med å anvende læren, for ikke å sette rettssikkerheten til den tiltalte på spill.

Det er lett å være idealistisk og si at siden læren har svakheter, har den ingen plass i norsk strafferett. Samtidig er det viktig å ha et realistisk syn. Det vil til tider kunne bli urimelig ressurskrevende å måtte kreve at det må bevises et faktisk sannsynlighetsforsett fremfor et sløret sannsynlighetsforsett. Å kreve bevist et sannsynlighetsforsett vil kreve at politiet samler inn flere beviser, og krever at rettssalen går gjennom bevisene mye grundigere, noe som vil forlenge saksbehandlingstiden til sakene. Dette vil igjen svekke rettssikkerheten til den tiltalte ved å øke tiden han blir holdt i varetekt, samt tiden før han får en endelig dom.

Fra et allmennpreventivt ståsted vil det være uheldig å gi signal om at panikkhandlinger ikke straffes, siden dette vil være et veldig enkelt forsvar å påberope seg. Det er enkelt å påstå at man fikk panikk, og da ikke handlet forsettlig; og det vil ofte være vanskelig og ressurskrevende å motbevise en slik påstand. Å ha en rettsregel om sløret forsett kan nesten virke som et nødvendig onde for å få håndtert disse tilfellene. Én ting er ihvertfall sikkert; læren må utvikles og utpensles gjennom høyesterettspraksis.

Litteraturliste

Dommer:

Rt. 2004 s. 363
Rt. 2011 s. 1104
Rt. 2012 s. 1153

LB-2011-101089
LB-2014-79372
LE-2011-1104
LF-2011-129990
LH-2012-87796
LH-2016-14246

TGLOM-2010-186696

Forarbeider:

NOU 1974:17 *Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner*

NOU 1992:23 *Ny straffelov - alminnelige bestemmelser*
Straffelovkommisjonens delutredning V

NOU 2002:4 *Ny straffelov*
Straffelovkommisjonens delutredning VII

Ot.prp.nr.87 (1993-1994) *Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)*

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

Juridisk teori:

Andenæs, Johs.; *Alminnelig strafferett*, 1. utgave, Oslo 1956

Jacobsen, Jørn; *"Sløret forsett"? Høyesterett mellom teori og praksis i strafferetten*, s. 143-176 i *Ulvund/Sunde, Lovens Speil — Høgsterett i 200 år*, Bergen 2015

Trolle, Jørgen; *Det "slørede" Forsæt*, s. 358-366 i *Festskrift til Karl Schlyter*, Stockholm 1949

Waaben, Knud; *Det kriminelle Forsæt*, København 1957