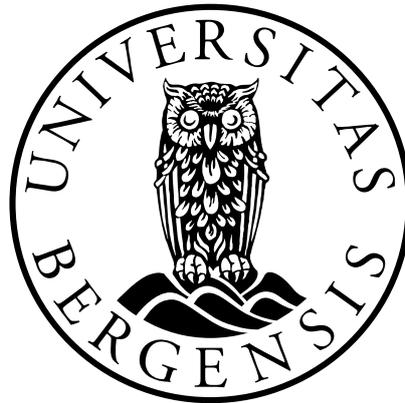


Uaktsomhetsansvaret i norsk strafferett

Er uaktsomhetens grenser adekvate?

Kandidatnummer: 38

Antall ord:
14940



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Begrepsbruk og avgrensning	4
1.3	Den videre fremstillingen	4
2	Uaktsomhet	6
2.1	Introduksjon.....	6
2.2	Generelt om uaktsomhet.....	6
2.3	Kravet til forsvarlig opptreden	7
2.3.1	Rolleforventninger	7
2.3.2	Momenter i forsvarlighetsvurderingen.....	9
2.4	Kravet til bebreidelse.....	11
2.5	Grov uaktsomhet.....	13
3	Forsett.....	15
3.1	Introduksjon.....	15
3.2	Dekningsprinsippet.....	15
3.3	Hensiktsforsett	16
3.4	Visshets- og sannsynlighetsforsett.....	16
3.5	Dolus eventualis	18
4	Uaktsomhet som skyldkrav	20
4.1	Introduksjon.....	20
4.2	Skyldprinsippet.....	20
4.3	Skyldkravet i særlovgivningen	21
5	De problematiske grensdragningene	24
5.1	Introduksjon.....	24
5.2	Alminnelig eller grov uaktsomhet	24
5.2.1	Hjemmelen	24
5.2.2	Lovfestingen av grov uaktsomhet	24
5.2.3	Høyesterett om terskelen for grov uaktsomhet	25
5.3	Grov uaktsomhet eller sløret sannsynlighetsforsett.....	29
5.3.1	Hjemmelen	29
5.3.2	Høyesterett som rettsutvikler	29

5.4	Bevisst uaktsomhet eller dolus eventualis	32
5.4.1	Hjemmelen	32
5.4.2	Den positive innvilgelsesteori	33
6	Bevisproblematikk	37
6.1	Introduksjon.....	37
6.2	Generelt om bevis for forsett	37
6.3	Særlig om bevis for dolus eventualis.....	38
7	Foretaksstraff	41
7.1	Introduksjon.....	41
7.2	Hjemmelen.....	41
7.3	Er et objektivt straffansvar i strid med EMK?.....	42
7.3.1	EMD om kravet til subjektiv skyld	42
7.3.2	Høyesterett om kravet til subjektiv skyld.....	43
8	Avslutning	46
	Kilderegister	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Norsk strafferett bygger i hovedsak på prinsippet om at den som straffes, må ha utvist noe form for subjektiv skyld.¹ Den subjektive skylden beror på om gjerningspersonen enten forsto, eller burde ha forstått, at handlemåten var klanderverdig. I de tilfellene gjerningspersonen forsto at han handlet klanderverdig, har han opptrådt forsettlig, jf. straffeloven § 22. I de tilfellene han burde ha forstått det, har han handlet uaktsomt, jf. straffeloven § 23. Den forsettlige handlingen knytter seg altså til hva gjerningspersonen vet, mens den uaktsomme handlingen knytter seg til hva han burde visst.

Forsett og uaktsomhet har historisk sett hatt en fremtredende rolle i norsk strafferett. En legaldefinisjon kom derimot ikke før i straffeloven 2005. Før dette var det Høyesterett som styrte utviklingen. Definisjonene i dagens lov bygger i all hovedsak på rettstilstanden slik den tidligere er utformet av Høyesterett, men med enkelte justeringer. Formålet med å ta inn skyldkravene i loven, var å gjøre den mer informativ.

Det følger av straffeloven § 21 at «Straffelovgivningen rammer bare forsettlige lovbrudd med mindre annet er bestemt». Utgangspunktet er dermed at gjerningspersonen må ha handlet forsettlig for å kunne straffes. Det er derfor nødvendig å trekke opp grensen mellom forsett og uaktsomhet. Straffeloven og særlovgivningen har også i flere tilfeller oppstilt grov uaktsomhet som skyldkrav, noe som gjør den uaktsomme overtredelsen straffri. Derfor er det i mange tilfeller viktig å trekke opp en grense mellom alminnelig uaktsomhet og grov uaktsomhet.

Jeg vil i denne fremstillingen først ta for meg de ulike grensedragningene som trekkes fra uaktsomhet. Viktigheten av å kunne trekke opp disse grensene, følger av at norsk rett bygger på et prinsipp om at man skal straffes i tråd med den skylden man har utvist.² At graden av skyld påvirker straffverdigheten av en handling, viser lovgiver ved å oppstille ulike strafferammer for forsettlige og uaktsomme forbrytelser. For eksempel er strafferammen i

¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 96 andre ledd og lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 21.

² Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) side 48.

straffeloven § 291 om voldtekt inntil 10 år, mens strafferammen for grovt uaktsom voldtekt er inntil 6 år, jf. straffeloven § 294 første punktum. I tillegg viser lovgiver at uaktsomhet i relasjon til voldtekt ikke er nok til domfellelse. Grensedragningene har dermed enten betydning for straffutmålingen, eller for om gjerningspersonen i det hele tatt kan bli dømt. Spørsmålet oppgaven behandler er om uaktsomheten har adekvate grenser, både innad og oppad.

Et annet spørsmål som har kommet opp de senere årene er om menneskerettighetene oppstiller et absolutt krav om at gjerningspersonen har utvist skyld. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) gjelder som norsk rett, og ved motstrid går bestemmelsene i EMK foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Spørsmålet er særlig viktig i relasjon til straffelovens kapittel 4 om foretaksstraff. Etter ordlyden i straffeloven § 27 er det ikke et vilkår for foretaksstraff at noen enkeltperson har utvist skyld, slik at ansvaret er objektivt. Lovgiver har dermed avgrenset uaktsomhetsansvaret fra foretaksstraffen. Spørsmålet er om man i strid med lovens ordlyd må innfortolke et krav om subjektiv skyld, og i så fall hvilken skyldgrad som kreves.

1.2 Begrepsbruk og avgrensning

Det latinske begrepet «*dolus eventualis*» vil i det følgende også bli brukt om eventuelt forsett. For å forenkle språket bruker jeg «han» om gjerningspersonen, istedenfor «han eller hun». Jeg avgrenser avhandlingen mot faktisk og rettslig uvitenhet og skylddevne, siden en redegjørelse av dette vil ta for mye plass i fremstillingen. Jeg avgrenser også mot grensen mellom den laveste graden av uaktsomhet, *culpa levissima*, og alminnelig uaktsomhet. Jeg anser ikke grensen for å være relevant lengre, ettersom denne formen for uaktsomhet er tatt ut av straffeloven.

1.3 Den videre fremstillingen

Kapittel 2 og 3 danner utgangspunktet for analysen. Kapittel 2 omhandler uaktsomhet. Kapitlet er en redegjørelse av innholdet og omfanget av uaktsomhetsansvaret, i tillegg til de ulike formene for uaktsomhet som følger av straffeloven § 23. Kapittel 3 er en fremstilling av de ulike formene for forsett som følger av straffeloven § 22.

Kapittel 4 tar for seg uaktsomhet som skyldkrav i relasjon til skyldprinsippet. Her skal jeg også se på bruken av uaktsomhet som skyldkrav i særlovgivningen.

Kapittel 5 tar sikte på å belyse de problematiske grensedragningene. Første del handler om grensen mellom alminnelig og grov uaktsomhet, andre del om grensen mellom grov uaktsomhet og sløret sannsynlighetsforsett og tredje del om grensen mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis. For å belyse grensene undersøkes rettspraksis knyttet til de forskjellige skyldkravene, for å klarlegge hvilke problemer som generelt sett oppstår.

Kapittel 6 tar for seg bevisproblematikken som oppstår under skyldvurderingen. Spørsmålet er hva som gjør de nevnte forsettsformene vanskelig å bevise, og hvordan lovgiver har søkt problemet løst.

Kapittel 7 tar for seg foretaksstraff i lys av nyere avgjørelser fra EMD og Høyesterett. Spørsmålet i denne delen er om EMK oppstiller et krav om subjektiv skyld ved straff, og om uaktsomhet som skyldform dermed får betydning for straffeloven § 27, i strid med ordlyden.

Kapittel 8 oppsummerer avslutningsvis om de ulike grensene fremstår som adekvate, og om det må oppstilles et krav om subjektiv skyld for å ilegge foretaksstraff.

2 Uaktsomhet

2.1 Introduksjon

Kapitlet tar for seg de ulike formene for uaktsomhet som følger av straffeloven § 23, i tillegg til en gjennomgang av relevante momenter i vurderingen av om en handling er aktsom eller uaktsom. Etter straffeloven § 21 er utgangspunktet at uaktsomme handlinger ikke straffes. I mange tilfeller har likevel lovgiver bestemt noe annet, slik at uaktsomhetsansvaret kommer til anvendelse.

2.2 Generelt om uaktsomhet

Det følger av straffeloven § 23 første ledd at den som handler «i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område» og som «ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides» er uaktsom. Det står i forarbeidene at definisjonen bygger på og viderefører rettstilstanden etter straffeloven 1902.³ Det samme er i tillegg stadfestet av rettspraksis.⁴ Rettspraksis etter den gamle straffeloven er dermed fortsatt relevant.

Uaktsomhetsansvaret bygger blant annet på en forsvarlighetsvurdering. Det står i forarbeidene at «Vurderingen av om handlingen fraviker normen for forsvarlig atferd, skal være objektiv og ta utgangspunkt i hva en alminnelige fornuftig og samvittighetsfull person ville gjort i en tilsvarende situasjon».⁵ Selv om vurderingen er objektiv, inngår det også et kunnskapselement. I HR-2021-2539-A, som omhandler salg av aksjer hvor en prisgaranti ble utløst uten at de tidligere selgerne fikk vite om salget, uttrykkes det slik:⁶

Spørsmålet om det foreligger uaktsomhet, [skal] skje ut fra en vurdering av om gjerningsmannens handlemåte er forsvarlig. Det er da ikke tilstrekkelig å ta stilling til om det hadde vært mulig for ham å oppnå mer kunnskap om de faktiske forholdene. Det må også vurderes om gjerningsmannen, ut fra den kunnskapen retten finner bevist at han hadde, burde ha opptrådt på en annen måte.

³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 229-230.

⁴ Jf. for eksempel Rt. 2013 s. 312 avsnitt 14.

⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 426.

⁶ HR-2021-2539-A avsnitt 67.

Dommen underbygger det faktum at det er hva gjerningspersonen har faktisk kunnskap om, som er utgangspunktet for vurderingen av om han burde handlet annerledes.

Definisjonen i straffeloven § 23 første ledd sikter til grunnformen av uaktsomhet, også kalt «alminnelig» eller «simpel» uaktsomhet. Uttrykkene markerer forskjellen til den grove uaktsomheten, som defineres i andre ledd. Straffeloven § 23 andre ledd uttrykker at uaktsomheten er grov dersom handlingen er «svært klanderverdig» og det er «grunnlag for sterk bebreidelse. Siden grov uaktsomhet er en kvalifisert form av grunnformen, har utgangspunktene for hvordan alminnelig uaktsomhet skal forstås også betydning for vurderingen etter andre ledd.

Det følger av forarbeidene at det også finnes ulike typer uaktsomhet.⁷ Den kan enten være bevisst, eller den kan være ubevisst. Den som er bevisst uaktsom er klar over en risiko, men håper at det skal gå bra. Den som er ubevisst uaktsom, er ikke oppmerksom på farene rundt. Både alminnelig og grov uaktsomhet kan være bevisst eller ubevisst.

2.3 Kravet til forsvarlig opptreden

Etter straffeloven § 23 første ledd er den som «handler i strid med kravet til forsvarlighet på et område» og som «ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides» uaktsom. Det følger av forarbeidene at vurderingen skal være objektiv, slik at gjerningspersonens egen oppfatning av om handlingen var forsvarlig ikke er avgjørende.⁸

2.3.1 Rolleforventninger

Ved vurderingen av om noen har opptrådt uaktsomt må det først identifiseres en risiko som er tilstrekkelig alvorlig knyttet til handlingen. Risikoen er grunnlaget for å kreve at en gjerningsperson opptrer forsvarlig med hensyn til at skade kan inntre. Når en risiko er identifisert, må det undersøkes om det finnes standarder på det aktuelle livsområde for hva som er forsvarlig opptreden. Dette omtales som rolleforventninger. Det er i hovedsak to ulike roller man kan ha. Den grunnleggende rollen som en «alminnelig fornuftig og

⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 426.

⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 426.

samvittighetsfull person», og mer spesialiserte roller, som regel knyttet til yrke eller andre særlige kunnskaper man har.⁹

I Rt. 1995 s. 1483 hadde en lokomotivfører ved klargjøring av lokomotivet ikke fulgt de ansattes prosedyrer. Dette førte til at da lokomotivet startet, var kranene for de mekaniske bremsesystemene stilt i feil stilling. Da lokomotivet stoppet førte feilen til at bremsene sviktet, slik at lokomotivet rullet ukontrollert tilbake. Høyesterett uttalte at «det generelt må stilles strenge krav til aktsomheten hos lokomotivførere».¹⁰ Lagmannsrettdommen ble opphevet fordi lagmannsretten hadde lagt en for mild aktsomhetsnorm til grunn. Avvik fra standarder, retningslinjer eller forventninger innebærer etter dette ofte uaktsom opptreden.

Det er likevel ikke slik at man er aktsom kun basert på at eksisterende praksis på et bestemt område følges. I Rt. 1987 s. 217 falt en gjenværende vegg på et bygg som var under rivning ut i gaten. Høyesterett uttalte at «... det ikke er tilstrekkelig for å konstatere at de tiltalte har opptrådt så aktsomt som loven krever, at de har fulgt den praksis som er vanlig i rivningssaker».¹¹ Andre momenter ved situasjonen har altså fortsatt betydning, selv om eksisterende praksis er fulgt. Høyesterett uttalte videre at man likevel må «... legge betydelig vekt på hva kyndige og erfarne fagfolk anser som vanlig og forsvarlig praksis ved et arbeide av denne art ...». Uttalelsen forstås som at det skal særlige grunner til for å anse en som har handlet i tråd med bransjepraksis, som uaktsom. Det gjelder derimot ikke der Høyesterett har ansett sedvanen som er fulgt, som uforsvarlig.¹²

Når man befinner seg på et område hvor det ikke eksisterer retningslinjer for forventet oppførsel, må det tas utgangspunkt i hvordan en alminnelig fornuftig og samvittighetsfull person ville handlet. Denne vurderingen må gjøres relativt konkret, detaljert og skjønnsmessig, hvor man foretar en helhetsvurdering av forholdet.¹³ Utgangspunktet for vurderingen er situasjonen man befinner seg i, og hvordan en alminnelig fornuftig person ville ha oppfattet situasjonen. Dette har videre betydning for hvordan en slik person ville valgt å handle.

⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 426.

¹⁰ Rt. 1987 s. 217 side 223.

¹¹ Rt. 1987 s. 217 side 223.

¹² Rt. 1952 s. 301.

¹³ Rt. 1993 s. 605 side 609.

Andre forhold ved situasjonen har også betydning, eksempelvis hvordan gjerningspersonen havnet i den. Noen situasjoner er dramatiske, akutte eller overraskende for de involverte, hvilket har betydning for aktsomhetsvurderingen. I Rt. 1993 s. 605 på side 610 uttalte Høyesterett at «Tiltalte opplevet en unormal situasjon, og han var under tidspress. Etter min mening bør en i slike tilfelle være noe tilbakeholden med å konstatere straffbar uaktsomhet når det foretas et uriktig valg».¹⁴ Det kreves altså ikke samme nivå av aktsomhet i slike situasjoner, og det er et større rom for å ta feil avgjørelse.

Et annet spørsmål er om det skal tillegges vekt at gjerningspersonen har en tilfeldig tilegnet spesialkompetanse. I HR-2020-1723-A hadde en syklist syklet i kollektivfeltet på E18, slik at det dannet seg kø bak ham. Retten uttalte at det må foretas en konkret vurdering av om tiltalte var uaktsom. Vurderingen må bygge på de faktiske omstendighetene, og tiltaltes kunnskap om disse. Videre la retten til grunn at ettersom tiltalte var godt kjent på stedet, visste han at syklingen hans førte til at trafikken bak ikke kunne kjøre forbi. Retten uttalte også at vurderingen kunne vært annerledes for en syklist som ikke var kjent på stedet.¹⁵

Når Høyesterett legger vekt på at tiltalte var svært kjent på stedet, gir de uttrykk for at «kunnskap forplikter», uavhengig av hvordan gjerningspersonen har oppnådd den aktuelle kunnskapen. Dersom han ikke hadde hatt denne kunnskapen, faller man tilbake på hvilken kunnskap en alminnelig, fornuftig person ville hatt.

2.3.2 Momenter i forsvarlighetsvurderingen

Først må det kartlegges hva slags risiko man har med å gjøre. Dette gjøres gjennom å vurdere risikoens art og grad. Risikoens art går ut på hva det er risiko for. Jo større skade man risikerer, jo større forventninger stilles til en viss handlemåte.¹⁶

Risikoens grad går ut på hvor sannsynlig det er at en skade kommer til å inntre. Jo større sannsynlighet det er for at skade vil inntre, jo mer taler det for at handlingen er uaktsom. Her kommer det også inn et tidsaspekt, på den måten at jo nærmere handlingstidspunktet i tid skaden potensielt kan oppstå, jo mindre forsvarlig er handlingen. Når risikoen er kartlagt, må man se på hva slags type handling som er utført. Dersom handlingen er godt begrunnet, anses

¹⁴ Rt. 1993 s. 605 side 610.

¹⁵ HR-2020-1723-A avsnitt 31 og 33. Se også Rt. 2010 s. 850 avsnitt 38.

¹⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 426.

disse lettere som forsvarlige enn helt formålsløse handlinger. Dette ligger til grunn for at for eksempel bilkjøring er tillatt.¹⁷ Den som derimot tar med seg en pistol ut i skogen og skyter formålsløst rundt seg for å avreagere, og uaktsomt treffer en turgåer, kan ikke høres med at han selv synes handlingen hadde et godt formål.

Handlingsalternativer påvirker forsvarlighetsvurderingen.¹⁸ Man kommer lettere i ansvar dersom man lett kunne handlet annerledes. I Rt. 2008 s. 620 påpekte Høyesterett flere alternative handlinger gjerningspersonen kunne gjort, og at han da ville oppdaget syklisten han kjørte på.¹⁹ Motsetningsvis kan man ikke klandres dersom det ikke forelå handlingsalternativer, eller i situasjoner hvor den alternative handlingen ikke rimelig kan kreves.

Offerets opptreden har også betydning. I den ovennevnte dommen påpekte Høyesterett at «... Bs opptreden ikke var upåregnelig, og [jeg] kan ellers ikke se at det var forhold ved hans sykling som kan tillegges særlig vekt ved bedømmelsen av As forhold».²⁰ Rettspraksis legger til grunn at dersom noen opptrer upåregnelig, får det betydning for forsvarlighetsvurderingen. Dersom en fotgjenger plutselig hopper ut i veien foran en bil, kan man vanskelig si at sjåføren burde handlet annerledes.²¹

Et annet moment er at det må tas hensyn til den som handler. Dette beror på en rettsstridvurdering mellom den handlende og den som blir gjenstand for handlingen. I forarbeidene uttales det at «En noe klanderverdig opptreden som foranlediger bare en liten bebreidelse for mangel på aktsomhet, er ikke straffbar».²² Uttalelsen peker på grensen mellom den straffbare og den straffrie handlingen. Man må altså se hen til hvilke konsekvenser det har for den alminnelige handlefriheten å stemple handlingen som uaktsom.

Forsvarlighetsvurderingen må foretas etter en helhetsvurdering.²³ I tillegg til at de ovennevnte momentene vektlegges, må man også foreta vurderingen ut fra det aktuelle straffebudet. Det avgjørende er om tiltalte utviste den oppmerksomheten man kan kreve i relasjon til

¹⁷ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) side 270.

¹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 426.

¹⁹ Rt. 2008 s. 620 avsnitt 20. Se også HR-2022-666-A avsnitt 26.

²⁰ Rt. 2008 s. 620 avsnitt 20.

²¹ Se Matningsdal (2015), Juridika § 23 note 2, som peker på at det i trafikksaker legges «atskillig» vekt på om den som ble påkjørt opptrådte upåregnelig.

²² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 427.

²³ Grønning, Husabø og Jacobsen (2023) side 268.

straffebudet.²⁴ På den ene siden taler alvorlige straffebud for en høyere aktsomhetsterskel, da disse retter seg mot alvorlige følger. På den andre siden vil domfellelse etter slike straffebud innebære en særlig klander, noe som taler for at gjerningspersonen må utvise et større avvik fra forsvarlig opptreden.²⁵

Et eksempel på denne avvenningen finnes i forholdet mellom straffeloven § 281 om uaktsom forvoldelse av død og vegtrafikkloven § 3 om hensynsfull ferdsel i trafikken.

Forsvarlighetsnormen skal forstås noe strengere etter vegtrafikkloven § 3 enn straffeloven § 281. Om § 281 uttales det i forarbeidene at «I situasjoner hvor det ikke er grunn til å kreve særlig aktpågivenhet, kreves noe mer kritikkverdig atferd for å konstatere uaktsomhet. Et øyeblikks uoppmerksomhet eller feilfordeling av oppmerksomhet i forbindelse med vanlig kjøring er normalt ikke tilstrekkelig for å anse atferden som uaktsom ...».²⁶

Et eksempel er Rt. 2009 s. 299. I saken kjørte en buss på en fotgjenger i et stort, trafikkert kryss. Tiltalte ble frikjent for overtredelse av straffeloven § 281. Høyesterett vektla at selv om påkjørselen skjedde i et fotgjengerfelt, rettet bussjåføren oppmerksomheten mot andre, helt sentrale trafikkrelevante forhold. I tillegg gikk fotgjengeren på rødt lys.²⁷ Når det gjelder overtredelsen av vegtrafikkloven, ble sjåføren dømt fordi han ikke forsikret seg om at det ikke var noen i fotgjengerfeltet.²⁸ En bilist må dermed utvise større grad av uaktsomhet for at ansvar skal inntre etter straffeloven, enn etter vegtrafikkloven.

2.4 Kravet til bebreidelse

I juridisk teori skilles det mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet. Selv om forsvarlighetsvurderingen er objektiv, inneholder den også et kunnskapselement. I forarbeidene er dette uttrykt som at «Det er bebreidelsen som begrunner straffansvar for uaktsomhet».²⁹ Videre uttrykkes det at vurderingen beror på om det finnes forhold ved gjerningspersonen som gjør at han ikke kan klandres. Dette kommer også til uttrykk i straffeloven § 23 første ledd, hvor det står at man må kunne bebreides ut fra sine personlige

²⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) side 276.

²⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) side 276.

²⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 433.

²⁷ Rt. 2009 s. 299 avsnitt 29-31.

²⁸ Rt. 2009 s. 299 avsnitt 33.

²⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 427.

forutsetninger. Det er her skillet mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet kommer inn, i vurderingen av den handlendes situasjonsforståelse.

Når en gjerningsperson er klar over at han tar en risiko er han bevisst uaktsom, mens han er ubevisst uaktsom dersom han ikke er oppmerksom på farene rundt. Forskjellen kan også uttrykkes ved å si at den som handler bevisst uaktsomt er hensynsløs, mens den som handler ubevisst uaktsomt er uoppmerksom. Det er den bevisste uaktsomhet som grenser mot eventuelt forsett.³⁰

Ved bevisst uaktsomhet klandres gjerningspersonen for at han ikke responderte på risikoen. Dersom vedkommende hadde kapasitet til å erkjenne risikoen, trengs det normalt ikke en vurdering av hans personlige forutsetninger. Det eneste unntaket er dersom det ikke finnes alternative handlinger.

Ved ubevisst uaktsomhet er spørsmålet om vedkommende burde hatt riktig innsikt i de faktiske omstendighetene. Utgangspunktet er den alminnelige, fornuftige person. Dersom denne ville innsett risikoen, burde gjerningspersonen også gjort det. Unntaket er dersom det er spesielle forhold ved gjerningspersonen som gjør at han ikke kan forventes å leve opp til en slik standard.³¹

I forarbeidene pekes det på at vurderingen beror på om lovbrysteren «kan noe for» den objektivt sett uforsvarlige atferden, eller om det er noen subjektive forhold som unnskylder han og gjør at straff ikke er riktig.³² På den andre siden påpekes det at en del av denne vurderingen er om gjerningspersonen har gjort det han kan for å avhjelpe de manglende forutsetningene. Dersom gjerningspersonen derimot «kan noe for» de sviktende forutsetningene, for eksempel selvforskyldt rus, blir han ikke unnskyldt. Dette har også blitt lagt til grunn i rettspraksis. I Rt. 1976 s. 1407 opphevet Høyesterett byrettens dom, fordi byretten mente det måtte komme tiltalte til gode at han hadde drukket «betydelige mengder

³⁰ Andenæs mfl. (2020) side 243. Se også Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) side 276.

³¹ Se Rt. 2003 s. 553. Høyesterett påpekte at det virket som om lagmannsretten la til grunn en objektiv norm med en slik gjennomslagskraft at det ikke er adgang til å ta hensyn til domfeltes realitetsbrist og angstnevrotiske tilstand. Retten konkluderte med at dette var en uriktig forståelse av kravene til straffbar uaktsom overtredelse av straffeloven 1902 § 317.

³² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 427.

pils». Det samme gjelder dersom man av eget valg befinner seg på et spesialisert område man ikke er kvalifisert til.³³

2.5 Grov uaktsomhet

Det følger av straffeloven § 23 andre ledd at uaktsomheten er grov dersom handlingen er «svært klanderverdig» og det er grunnlag for «sterk bebreidelse». Det fantes ingen legaldefinisjon i straffeloven 1902, slik at definisjonen bygger på den etablerte normen for grov uaktsomhet slik den er utviklet i rettspraksis. Det står i forarbeidene at legaldefinisjonen bygger på grov uaktsomhet slik Høyesterett formulerte det i Rt. 1970 s. 1235, men at terskelen ble lagt noe lavere enn tidligere.³⁴ I dommen uttrykker Høyesterett at det må foreligge en «kvalifisert klanderverdig» opptreden, mens terskelen senkes noe når det nå kun kreves at handlingen er «svært klanderverdig». Høyesterett har forstått dette som en mindre utvidelse av anvendelsesområdet til grov uaktsomhet.³⁵

Utrykket «og» kan etter ordlyden tolkes som at «svært klanderverdig» og grunnlag for «sterk bebreidelse» er to forskjellige vilkår. Sett på bakgrunn av den ovennevnte dommen, kan det ikke forstås slik. Vilråene henger tett sammen, og må ses i sammenheng. Forarbeidene forklarer videre ordlyden som at det kreves «både et større avvik fra forsvarlig atferd, og en mer kvalifisert form for bebreidelse» ved grov uaktsomhet.³⁶ At det er grunnlag for sterk bebreidelse kan imidlertid få selvstendig betydning dersom en handling avviker stort fra forsvarlig opptreden, men vedkommende samtidig har svekket evne til å erkjenne risikoen.³⁷ Ellers er vurderingsmomentene de samme som gjennomgått ovenfor.

Skyldkravet i for eksempel straffeloven §§ 294, 374 og 380 er grov uaktsomhet. Av disse har særlig straffeloven § 294 om grov uaktsom voldtekt vært gjenstand for diskusjon.

Straffelovkommisjonen foreslo at bestemmelsen ikke skulle videreføres, delvis på grunn av den generelle skepsisen mot uaktsomme overtredelser, og delvis fordi det var lite behov for straffebudet.³⁸ Departementet ville likevel videreføre straffebudet, og begrunnet det med at

³³ Rt. 2012 s. 65 avsnitt 143.

³⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 115.

³⁵ HR-2018-2452-A avsnitt 16-18.

³⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 427.

³⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) side 286.

³⁸ NOU 2002: 4 Ny straffelov side 405-406.

selv om bestemmelsen ikke ble mye anvendt, hadde den fortsatt betydning i praksis. Det ble begrunnet med at i sakene hvor straffebudet ble anvendt, lå saksforholdet svært tett opp mot forsettlig voldtekt. Å oppheve grovt uaktsom voldtekt kom dermed til å harmonere dårlig med verdiene straffelovgivningen skal beskytte, fordi det hadde utelukket alvorlige integritetskrenkelser fra ansvar.³⁹ Selv om departementet var usikker på hvor stort nedslagsfelt straffebudet kom til å få, ville det gi et viktig signal om styrking av rettsvernet til voldtekts ofre å videreføre straffebudet.⁴⁰

Også grovt uaktsomt bedrageri er straffbart, jf. straffeloven § 374. Bestemmelsen kom inn i straffeloven 1902 i 1991, og ble begrunnet med bevismessige problemer knyttet til forsetts- og hensiktskravet.⁴¹ Bakgrunnen var at det da ble mulig å ramme handlinger hvor det i realiteten var utvist forsett, i tillegg til at man ville skjerpe aktsomhetsnivået. I motsetning til diskusjonen om nødvendigheten av straffeloven § 294, ble det vektlagt at det var et behov for bestemmelsen om grovt uaktsomt bedrageri. I Aetats høringsuttalelse pekes det på at det er omtrent 1000 saker om trygdebedrageri årlig, og at avkriminalisering antakelig ville ført til flere henleggelse.⁴²

Forarbeidene til disse to bestemmelsene viser at det har vært ulike årsaker til å kriminalisere grovt uaktsomme overtredelser. En fellesnevner er at departementet fant at det var et behov for å straffe også de tilfellene der det kunne være vanskelig å bevise forsett hos gjerningspersonen. Slik sett ligger gjerne effektivitetshensyn til grunn for valget om å kriminalisere uaktsomme handlinger.

³⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 235 første spalte.

⁴⁰ Jacobsen (2019) side 257.

⁴¹ Ot.prp. nr. 53 (1990-1991) side 13.

⁴² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 325 andre spalte.

3 Forsett

3.1 Introduksjon

Kapittelet tar for seg vilkårene som er knyttet til de ulike formene for forsett. Forsett handler om gjerningspersonens kunnskap eller forståelse av konsekvensen av en utført handling. Det følger av straffeloven § 22 at forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud «med hensikt», «med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen» eller når han «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet». Straffeloven opererer altså med tre ulike former for forsett. Hensiktsforsett, sannsynlighets- eller visshetsforsett eller eventuelt forsett, også kalt *dolus eventualis*. Denne tredelingen viderefører i all hovedsak tidligere rettstilstand, slik at eldre rettspraksis fortsatt er relevant.⁴³

3.2 Dekningsprinsippet

Dekningsprinsippet går ut på at skylden må dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet, og er et grunnfestet prinsipp i norsk rett.⁴⁴ Dette følger direkte av straffeloven § 22. Gjerningspersonen må ha forsett om at handlingen «dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud». Forarbeidene peker på at dersom gjerningspersonen er i faktisk villfarelse, kan han ikke straffes for forsettlig overtredelse av et straffebud. Et eksempel på dette er dersom noen ødelegger noe de tror er sitt eget, men som egentlig tilhører noen andre. Man kan da ikke straffes for forsettlig skadeverk, jf straffeloven § 351.

Det trengs derimot ikke forsett om at handlingen er straffbar. Dersom gjerningspersonen ikke vet at handlingen er straffbar, er han i rettslig uvitenhet, jf. straffeloven § 26. Det må dermed skilles mellom faktisk og rettslig uvitenhet.

På den annen side vil man fortsatt kunne straffes selv om skaden ikke manifesterer seg slik som gjerningspersonen hadde tenkt, dersom den aktuelle skaden fortsatt dekkes av

⁴³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 424.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 231.

straffebudet.⁴⁵ Det vil si at dersom A slår B i ansiktet med hensikt om å brette nesen hans, vil han fortsatt kunne dømmes for forsettlig kroppsskade etter § 273, selv om han bommer på nesen, men treffer slik at B blir bevisstløs.

3.3 Hensiktsforsett

Hensiktsforsett foreligger etter straffeloven § 22 bokstav a når noen med hensikt foretar den aktuelle handlingen. Typisk sett innebærer dette at man anstrenger seg for å oppnå et bestemt mål, som man ser for seg man skal klare å realisere. Sagt på en annen måte etterspør denne formen for forsett en mål-middel-logikk.⁴⁶ På bakgrunn av dette er hensiktsforsett den mest klanderverdige formen for forsett.

I HR-2023-469-A skjøt tiltalte fornærmede med en hagle. Han klappet haglen sammen mens han siktet på fornærmede, og på grunn av en funksjonsfeil gikk skuddene i begge løpene av. Lagmannsretten fant det bevist at tiltalte hadde til hensikt å drepe fornærmede, på tross av at haglen gikk av grunnet funksjonsfeilen. Høyesterett opphevet dommen, og begrunnet dette med at gjerningspersonen blir fratatt muligheten til å avstå fra å fullbyrde den straffbare handlingen når døden inntreffer før den planlagte dødbringende handlingen. Videre pekes det på det er en stor psykologisk forskjell mellom å planlegge et drap, og å gjennomføre et drap.⁴⁷ Dommen viser at det skal svært mye til for å bli dømt, og at et uhell som utløser den planlagte følgen, ikke er forsettlig dersom gjerningspersonen fortsatt hadde mulighet til å hindre skadefølgen i å inntre.

3.4 Visshets- og sannsynlighetsforsett

Etter straffeloven § 22 bokstav b handler gjerningspersonen med forsett dersom han handler «med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig» dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Gjerningspersonen tror altså at skaden kommer til å inntre, eller at en situasjon

⁴⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) side 243.

⁴⁶ Holter (2021) § 22 note 3.

⁴⁷ HR-2023-469-A avsnitt 23.

er på et bestemt vis. Det følger av forarbeidene at personen må anse skaden, eller annet faktum, for å være mer enn 50% sannsynlig.⁴⁸

Høyesterett har i flere saker slått ned på hvordan lavere instanser har formulert kravet om sannsynlighetsforsett. I Rt. 2004 s. 363 slo de ned på formuleringen «han regnet det som sikkert eller i alle fall mest sannsynlig at det kunne oppstå en slik skade», fordi formuleringen «etterlater usikkerhet om forsettskravet er riktig anvendt».⁴⁹ Høyesterett har også slått ned på bruken av «påregnelig», fordi «... dette ikke [gir] tilstrekkelig grunnlag for å kunne bygge på at hans forsett omfattet at B skulle oppfatte krenkelsen».⁵⁰ Det sentrale er at gjerningspersonen faktisk har den aktuelle innsikten, og ikke hva han burde forstått.

Et annet element ved sannsynlighetsforsettet er såkalt sløret forsett.⁵¹ I noen tilfeller handler man uten å ha en klar bevissthet om alle elementer i en gjerningsbeskrivelse.⁵² Det betyr at man kan bli dømt for forsettlig forbrytelse, uten at man har tenkt inngående gjennom omstendighetene. I Rt. 2011 s. 1104 prøvde en mann å stjele en bil som sto på tomgang. Kvinnen som eide bilen oppdaget dette, og kastet seg opp på panseret i et forsøk på å stoppe ham. Mannen kjørte likevel videre, med kvinnen fortsatt på panseret. Høyesterett uttalte at:⁵³

Rettsbelæringen og straffutmålingspremissene viser at det her er bygget på sannsynlighetsforsett. Bedømt som edru er det lagt til grunn at tiltalte ville innsett at dødsfølge var mest sannsynlig, men slik at det ikke er krevet noen helt klar tanke om dette. Blant annet kan en stresset og opphisset situasjon være til hinder for en slik klar vurdering. En sløret – noe uklar – oppfatning om sannsynlighetsovervekt for dødsfølge vil være tilstrekkelig. Dette er etter mitt syn en riktig rettsoppfatning.

Formuleringen «sløret forsett», som er brukt først i forarbeidene og deretter i dommen, har vært kritisert i juridisk teori.⁵⁴ Det pekes på at formuleringen om «uklare» oppfatninger ikke kan være tilstrekkelig for sannsynlighetsforsett, fordi gjerningspersonen enten har oppfatning om at noe er mest sannsynlig, eller så har han det ikke. Det er også pekt på at formuleringen kan forstås på en måte som svekker grunnvilkårene til forsettet, selv om det ikke var lovgivers

⁴⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 425.

⁴⁹ Rt. 2004 s. 363 avsnitt 8 og 9.

⁵⁰ HR-2017-1245-A avsnitt 22.

⁵¹ Begrepet ble først brukt av Andenæs i første utgave av Alminnelig strafferett (1956) side 212: «Det kreves ikke til forsett noen klar bevissthet; forsettsbegrepet omfatter også det halvklare, slørede forsett».

⁵² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 425.

⁵³ Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 18.

⁵⁴ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) side 231.

intensjon.⁵⁵ Teorien har dermed lagt til grunn at formuleringene må forstås som at gjerningspersonen er klar over noe, men at han ikke nødvendigvis «artikulerte» denne kunnskapen for seg selv på gjerningstidspunktet. Ofte har man kunnskap om omstendigheter og påregnelige følger, uten at man ikke tenker nærmere igjennom dem.⁵⁶ For eksempel kan man ikke si at man ikke hadde forsett om å påføre noen skade, dersom man stikker noen med en kniv.

Den samme forståelsen er lagt til grunn i HR-2022-1323-A. Saksforholdet var at det oppsto en krangel på en fest, hvor festdeltaker A knivstakk festdeltaker B i buken. B overlevde knivstikket grunnet medisinsk hjelp. Spørsmålet i saken var om A kunne dømmes for drapsforsøk, eller kun grov kroppsskade. Høyesterett uttalte at det reises to spørsmål, et om innholdet i forsettskravet, og et om hvordan man kan føre bevis når gjerningspersonen ikke tilstår eller husker hva han tenkte.⁵⁷ Om innholdskravet uttalte retten at: «Det å være seg noe bevisst dekker imidlertid etter vanlig språkbruk også det man vet, selv om man ikke tenker aktivt på det i gjerningsøyeblikket».⁵⁸ Grunnen til at man ikke aktivt tenker over noe, kan være for eksempel en stresset situasjon. Man kan ikke bli hørt med at man ikke tenkte over noe, dersom det angår et forhold hvor det er åpenbart at man uansett visste.

Når det gjelder spørsmålet om å føre bevis når gjerningspersonen ikke tilstår eller husker, må bevisvurderingen basere seg på ytre omstendigheter og alminnelige erfaringssetninger. Vurderingen beror på om det er allmennkunnskap at følgen sikkert eller mest sannsynlig kom til å inntre under de aktuelle forutsetningene, og deretter om dette er kunnskap også gjerningspersonen besitter i gjerningsøyeblikket.⁵⁹ Man må altså se på de subjektive forholdene ved gjerningspersonen.

3.5 Dolus eventualis

Dolus eventualis, også kalt eventuelt forsett, følger av straffeloven § 22 bokstav C. Vilkårene er at noen «holder det for mulig» at en handling dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebed, og «velger å handle selv om det skulle være tilfellet». Gjerningspersonen må altså anse en

⁵⁵ Mæland (2012) side 178.

⁵⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) side 234. Se også Holter (2022) side 251.

⁵⁷ HR-2022-1323-A avsnitt 19.

⁵⁸ HR-2022-1323-A avsnitt 20 og 21.

⁵⁹ HR-2022-1323-A avsnitt 25.

følge for mulig, han må se for seg et hypotetisk scenario hvor det er sikkert at følgen inntreffer, og han må velge å gjennomføre handlingen selv om det er sikkert at følgen inntreffer. Dette hypotetiske elementet omtales også som positiv innvilgelse. I tillegg må gjerningspersonen anse sannsynligheten for å være lavere enn 50%, hvis ikke er man tilbake i sannsynlighetsforsett.

HR-2020-2117-A omhandler en mann som filleristet sin seks uker gamle sønn. Spørsmålet i saken var om lagmannsretten hadde anvendt forsettsformen *dolus eventualis* på korrekt måte. Høyesterett uttalte at:⁶⁰

Forsettsformen *dolus eventualis* inneholder med andre ord to elementer: For det først må det bevises at tiltalte anså følgen – skade – som «mulig». Og for det andre må det bevises at tiltalte «bevisst tok det standpunkt» at han ville utøve volden – her riste barnet – selv om det skulle føre til at barnet ble skadet.

Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom på bakgrunn av manglende domsgrunner. Det var ikke nok at lagmannsretten forsto kravet til eventuelt forsett, når det ikke ble lagt frem konkrete bevis som underbygget at gjerningspersonen tok et bevisst standpunkt om å riste sønnen, selv om det skulle føre til at han ble skadet. Høyesterett påpeker at det er det siste elementet, den positive innvilgelsen, som skiller *dolus eventualis* fra den bevisste uaktsomheten.⁶¹

Problemene med skillet mellom *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet var også et tema under utarbeidelsen av straffeloven 2005, hvor kommisjonens flertall gikk inn for å avskaffe eventuelt forsett.⁶² Lovgiver valgte likevel å beholde denne formen for forsett, og begrunnet dette i hovedsak med at eventuelt forsett fyller et praktisk behov når det kommer til narkotikaforbrytelser.⁶³

⁶⁰ HR-2020-2117-A avsnitt 15.

⁶¹ HR-2020-2117-A avsnitt 16.

⁶² NOU 2002: 4 Ny straffelov side 225.

⁶³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 117-118.

4 Uaktsomhet som skyldkrav

4.1 Introduksjon

Kapittelet tar for seg to spørsmål. Det første spørsmålet er om det er tilstrekkelig å oppstille uaktsomhet som skyldkrav. Det andre spørsmålet er hvilken rolle uaktsomheten spiller i særlovgivningen.

4.2 Skyldprinsippet

Skyldprinsippet går ut på at det bare er den som kunne og burde handlet annerledes som skal holdes ansvarlig og straffes, og da kun i tråd med den skyld som er utvist.

Det følger av Grunnloven § 96 andre ledd at «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Bestemmelsen er kjent som uskyldspresumpsjonen, og den stiller visse krav til vilkårene for straffansvar. I EMDs storkammerdom 28.juni 2018 G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia slås det fast at det ut fra lovkravet i EMK artikkel 7 må oppstilles et krav om en «mental link» mellom gjerningspersonen og den kriminaliserte handlingen som gir grunnlag for at vedkommende kan klandres.⁶⁴ Ordlyden av «mental link» forstås som at gjerningspersonen må ha en slags tanke rundt egen handling, uten at det stilles et særlig strengt krav. Høyesterett har i lys av dommen uttalt at «det er et vilkår for straff at gjerningspersonen har utvist subjektiv skyld».⁶⁵ I forarbeidene begrunnes kravet om subjektiv skyld «særlig på straffens individual- og allmennpreventive funksjoner ... Straffen har liten preventiv effekt dersom den som straffes, ikke kan klandres for det han har gjort».⁶⁶ Skyldprinsippet utelukker dermed ansvar der det ikke er grunnlag for klander, og setter grenser for bruk av objektivt straffansvar.

Spørsmålet er om uaktsomhet som skyldkrav er tilstrekkelig til å begrunne straffansvar. Under arbeidet med den nye straffeloven stilte Straffelovkommisjonen seg kritisk til tendensen i særlovgivningen til å straffe både uaktsomhet og forsett. Kommisjonen uttalte at

⁶⁴ G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, 28.juni 2018 avsnitt 271-274.

⁶⁵ HR-2021-797-A avsnitt 23.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 111.

«Behovet for uaktsomhetsansvar har etter kommisjonens syn ikke alltid blitt tilstrekkelig nøye vurdert av lovgiver ... Dette har ledet til at skyldformen i særlovgivningen som den praktiske hovedregel har blitt uaktsomhet».⁶⁷

Departementet sluttet seg til kommisjonens prinsipielle utgangspunkt, men uttalte samtidig at betydningen av å oppstille grov uaktsomhet som utgangspunkt ikke måtte overdrives.⁶⁸

Kritikken kommisjonen kommer med er etter mitt syn godt begrunnet. Ettersom uoppmerksomhet og forsømmelser skjer i det daglige liv, vil utbredt straff for uaktsomhet vanne ut alvoret i klanderens som straff innebærer. I tillegg vil et utbredt straffansvar for uaktsomhet ramme vidt. På den andre siden bør også uaktsomhet rammes når det gjelder krenkelser av sentrale rettsgoder, som for eksempel livet. Effektivitetshensyn spiller også en rolle, slik at uaktsomhet er skyldkravet i for eksempel vegtrafikkloven § 6 om brudd på fartsgrensen. På bakgrunn av dette er uaktsomhet nødvendig i enkelte tilfeller, men ikke alltid tilstrekkelig for strafferettslig ansvar. At straffeloven nå først og fremst reserverer straffansvar for tilfeller av grov uaktsomhet, er en god løsning.

4.3 Skyldkravet i særlovgivningen

Gjennom den nye straffeloven ble forsett det alminnelige skyldkravet for all lovgivning som gjelder straff, jf § 21. Rettstilstanden etter straffeloven 1902 var derimot slik at domstolene måtte tolke straffebud i spesiallovgivningen for å fastsette skyldkravet der det ikke fremgikk uttrykkelig.⁶⁹ I Rt. 1939 s. 623 uttalte Høyesterett at der en bestemmelse i spesiallovgivningen er taus om skyldkravet, må skyldkravet fastlegges gjennom en tolkning av bestemmelsens innhold og øyemed. Videre må det legges vekt på effektivitetshensyn, slik at det har formodning for seg at uaktsomme overtredelser straffes dersom lovbestemmelsen ikke på en effektiv måte oppfyller sitt formål dersom overtredelsen må være begått forsettlig.⁷⁰ Denne rettstilstanden førte til at det var dommerne som måtte vurdere hvilket skyldkrav som skulle kreves, noe som er en vurdering lovgiver burde ha gjort.⁷¹

⁶⁷ NOU 2002: 4 Ny straffelov side 87.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 111.

⁶⁹ Andenæs mfl. 2020 side 226.

⁷⁰ Rt. 1939 s. 623 på side 624. Lignende synspunkter finnes blant annet i Rt. 1921 s. 287, Rt. 1916 s. 155 og Rt. 1977 s. 391.

⁷¹ Andenæs mfl. (2020) side 227.

Under arbeidet med straffeloven, vurderte straffelovkommisjonen frem og tilbake om den skulle fremme forslag om en egen bestemmelse i straffeloven som skulle lovfeste uaktsomhet som skyldkrav i spesiallovgivningen. Hovedargumentet for var at straffbarhetsvilkårene burde være lovfestet, og at uaktsomhet som skyldform samsvarer med det som er gjeldende rett i de aller fleste tilfeller. Hovedargumentet mot, var risikoen for at uaktsomme handlinger kunne bli kriminalisert i større utstrekning enn det er behov for.⁷² Departementet var enig i at straffeloven burde fastsette hovedskyldformen også for straffebud i spesiallovgivningen, og fremmet forslag om at den skulle være forsett. Dette ble lovfestet i straffeloven § 21. I de tilfellene der eldre bestemmelser ikke angir et skyldkrav, uttales det i forarbeidene at det er «bestemt» etter § 21 at forsettkravet skal fravikes, dersom rettspraksis har tolket bestemmelsen til at uaktsomhet rammes.⁷³

Noen eksempler på særlovgivning med uaktsomhet som skyldkrav er veitrafikkloven § 31, naturmangfoldloven § 75, arbeidsmiljøloven § 19-1 og forurensningsloven § 78. Ordlyden i bestemmelsene er «forsettlig eller uaktsomt», noe som gjør uaktsomhet til det faktiske skyldkravet. I slike tilfeller har det kun betydning for straffutmålingen om man blir dømt for uaktsom eller forsettlig overtredelse. Selv om den lovbestemte hovedregelen er at skyldkravet i spesiallovgivningen er forsett, er den praktiske hovedregelen likevel uaktsomhet.

I forarbeidene til for eksempel arbeidsmiljøloven uttales det kun at bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett.⁷⁴ Forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 har ingen drøftelse av straffebestemmelsen. Da straffelovkommisjonen vurderte uaktsomhet, uttalte den at uaktsomhetsansvar kun burde oppstilles etter en grundig vurdering. Dette synes ikke gjort i arbeidsmiljøloven, noe som tyder på en automatikk i å oppstille uaktsomhet som skyldkrav. I forarbeidene til naturmangfoldloven, som er skrevet etter den nye straffeloven var ferdig, vurderes skyldkravet noe grundigere. Kommisjonens forslag var at skyldkravet skulle være grov uaktsomhet.⁷⁵ Departementet var ikke enig, og mente at alminnelig uaktsomhet var tilstrekkelig. Det ble begrunnet med effektivitetshensyn. I tillegg uttalte departementet at det er viktig at også uaktsomme overtredelser kan håndheves og sanksjoneres, «... da et slikt skyldkrav avspeiler alvoret bak lovens formål om bærekraftig bruk og vern av

⁷² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 112.

⁷³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 424.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 343.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) side 345.

naturmangfold». ⁷⁶ Det ble altså drøftet noe mer inngående hvilket skyldkrav som skulle benyttes, men man landet likevel på alminnelig uaktsomhet.

Det er knyttet betenkeligheter til å straffe uaktsomme handlinger, noe som særlig gjør seg gjeldende i særlovgivningen. Bestemmelsene er mange og spredt, og kan dermed være vanskelig å ha oversikt over. I tillegg viser eksemplene ovenfor at lovgiver ikke fraviker uaktsomhet i særlovgivning, på tross av at arbeidene med straffeloven ga uttrykk for at forsett skulle være hovedregelen. Ved å oppstille uaktsomhet som skyldkrav blir det lettere å straffe overtredelser av straffebudene, men det er vanskelig å se at det er tilstrekkelig vurdert om det er nødvendig. Særlovgivningen burde lagt seg mer på linje med straffeloven, og hevet skyldkravet til grov uaktsomhet i flere særlover. På denne måten vil det være knyttet større klander til overtredelse av straffebudene. Dette fører igjen til at man i større grad kan straffeforfølge, fordi man luker ut de tilfellene hvor det er knyttet en liten grad av klanderverdighet til overtredelser.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) side 456.

5 De problematiske grensedragningene

5.1 Introduksjon

I dette kapitlet skal jeg se nærmere på de problematiske grensedragningene som oppstår i praksis når det kommer til subjektiv skyld. Kapittel 5.2 omhandler grensen mellom alminnelig og grov uaktsomhet, kapittel 5.3 grensen mellom grov uaktsomhet og sløret forsett og kapittel 5.4 grensen mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis. Hvert delkapittel tar for seg rettspraksis for å belyse grensene.

5.2 Alminnelig eller grov uaktsomhet

5.2.1 Hjemmelen

Definisjonen av uaktsomhet og grov uaktsomhet følger av straffeloven § 23. Første ledd oppstiller vilkårene for uaktsom opptreden, mens andre ledd sier noe om hva som skal til for at opptreden er grovt uaktsom. Grunnvilkårene er de samme, slik at det er graden av klander og bebreidelse som avgjør om gjerningspersonen har opptrådt grovt uaktsomt.

5.2.2 Lovfestingen av grov uaktsomhet

Legaldefinisjonen av grov uaktsomhet bygger på Høyesteretts definisjon av grov uaktsomhet i Rt. 1970 s. 1235, med en mindre modifikasjon som senket terskelen noe.⁷⁷ Kommisjonen forklarer behovet for en definisjon av grov uaktsomhet med at det for det første ble foreslått å heve skyldkravet fra simpel til grov uaktsomhet flere steder, og for det andre at en rekke bestemmelser videreførte grov uaktsomhet som skyldkrav.⁷⁸

Departementet forklarer behovet for å senke terskelen med at «Hvor høyt terskelen legges, har imidlertid også betydning for behovet for å kriminalisere vanlig (simpel) uaktsomhet».⁷⁹ Både

⁷⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 427. Se også HR-2018-2452-A avsnitt 18.

⁷⁸ NOU 2002: 4 Ny straffelov side 226.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 115.

kommisjonen og departementet ga uttrykk for at den nye straffeloven skulle øke bruken av grov uaktsomhet som skyldkrav, og minske bruken av alminnelig uaktsomhet som skyldkrav. Behovet for å bruke alminnelig uaktsomhet som skyldkrav ble dermed mindre ved at terskelen for å konstatere grov uaktsomhet ble lavere.

5.2.3 Høyesterett om terskelen for grov uaktsomhet

Utgangspunktet for vurderingen av både alminnelig og grov uaktsomhet er straffeloven § 23 første ledd. Spørsmålet besvares ut fra en forsvarlighetsvurdering. Når man har foretatt denne, er spørsmålet for å konstatere grov uaktsomhet om handlemåten til gjerningspersonen er «svært klanderverdig» og om det er grunnlag for «sterk bebreidelse». Selv om vurderingen i utgangspunktet er objektiv, må det tas utgangspunkt i de konkrete forholdene i den aktuelle saken. For å belyse vilkårene må det derfor ses på rettspraksis, og hvordan Høyesterett anvender vilkårene i ulike saker.

I Rt. 2008 s. 1360 hadde en sjåfør kjørt inn i en rekke biler som hadde stanset i veien på grunn av en trafikkulykke. Spørsmålet Høyesterett behandlet var om kjøringen var så kvalifisert klanderverdig at sjåføren skulle straffes med ubetinget fengsel. Kollisjonen skjedde mens det var mørkt og med sludd og snø i luften, men med ellers gode siktforhold. Sjåføren hadde tilpasset farten og anslo at han kjørte i 70-75 km/t på en strekning hvor fartsgrensen var 90 km/t. Høyesterett tok utgangspunkt i at det var mulig å se Audien i veibanen på 440 meters avstand, slik at sjåføren hadde 20 sekunder fra han kunne sett bilen, til det ville vært for sent å begynne nedbremsingen.⁸⁰

Da Høyesterett vurderte situasjonen la de vesentlig vekt på at sjåføren ikke bremsset ned til tross for at det sto en bil med blinkende nødlys lengre fremme i veibanen. Det ble videre pekt på at det var vanskelige kjøreforhold, slik at når oppbremsingen startet omtrent 40 meter fra bilen i veibanen, traff han den i en betydelig hastighet. Retten uttalte at når en slik uoversiktlig situasjon oppstår, tilsier det at sjåførere som nærmer seg avpasser hastigheten slik at de har mulighet til å stanse i tide.⁸¹ På bakgrunn av dette uttalte Høyesterett at «I det

⁸⁰ Rt. 2008 s. 1360 avsnitt 12.

⁸¹ Rt. 2008 s. 1360 avsnitt 13 og 14.

aktuelle tilfellet er det tale om en langvarig, kvalifisert uoppmerksomhet, som innebærer at domfeltes forhold må karakteriseres som grovt uaktsomt». ⁸²

Dommen er avsagt før straffeloven 2005 trådte i kraft, slik at uttrykkene som blir brukt ikke er de samme som står i straffeloven § 23. Rettspraksisen er likevel fortsatt relevant. Det som blir særlig vektlagt er at sjåføren var uoppmerksom over en lengre periode. Dommen legger dermed opp til at for å skille mellom alminnelig og grov uaktsomhet i trafikken, er det et særlig viktig moment hvor lenge sjåføren var uoppmerksom. ⁸³

I Rt. 2013 s. 312 ble en person sterkt skadet etter å ha blitt truffet av en isklump som falt ned fra en gesimskasse på taket på en bygård. Høyesterett tar først for seg om det var uaktsomt av styrelederen, A, at han ikke sørget for å ha tilsynsrutiner som var gode nok til at skavlen på taket ble oppdaget. Retten peker på at det var hans plikt som leder av selskapet å sørge for at gårdsselskapet hadde forsvarlige rutiner for å avdekke rasfare. Dette hadde han gjort gjennom å betro arbeidet til kompetente folk, og det vises også til at det ikke var holdepunkter som kunne gi styret grunn til å tvile på at rutinene fungerte på en forsvarlig måte. Høyesterett viser også til at rutinene var på høyde med det andre, store gårdseiere i Oslo praktiserte. På bakgrunn av dette ble A frifunnet. ⁸⁴

Det neste spørsmål Høyesterett vurderte var om det var uaktsomt av B at han ikke oppdaget skavlen i tide. Dagen for ulykken hadde B inspisert taket fra fortauet rett under, hvor han ikke kunne se skavlen. Retten uttalte at ettersom han valgte å inspisere bygningen selv, må det forventes at han tok hensyn til bygningens utforming og beliggenhet, samt værforholdene når han inspisererte. I tillegg måtte han foreta inspeksjonene fra steder som gjorde det mulig å få oversikt over faremomentene. ⁸⁵

I tiden før ulykken variert været mellom nærmere minus ti grader på natten og pluss ti grader på dagen. På bakgrunn av dette peker retten på at B ikke kunne se bort fra at det kunne ha bygget seg opp en skavl. Videre nevnes at selv om den vanlige bransjeoppfatningen var at faren for ras fra gesimskasser var liten, kunne ikke risikoen ses helt bort fra, særlig sett i sammenheng med det store skadepotensialet. Høyesterett legger avgjørende vekt på at eieren

⁸² Rt. 2008 s. 1360 avsnitt 16.

⁸³ Se også Rt. 2009 s. 299 avsnitt 30, hvor Høyesterett vektla at sjåførens feil «... besto i at han i et komplisert trafikkbilde kortvarig konsentrerte all sin oppmerksomhet om andre, men helt sentrale trafikkrelevante forhold».

⁸⁴ Rt. 2013 s. 312 avsnitt 29-32.

⁸⁵ Rt. 2013 s. 312 avsnitt 34.

av naboeiendommen fant det nødvendig å inspisere taket fra fortauet på motsatt side, hvor skavlen var synlig, og at dette var alt som skulle til for at også B hadde oppdaget faren.⁸⁶ Retten kommer etter dette til at B har overskredet grensen for forsvarlig opptreden, men at handlemåten hans ikke kan karakteriseres som grovt uaktsom.

Dommen viser for As del at dersom man har hjelpere som er kompetente, skal man i utgangspunktet kunne stole på dem. Høyesterett tok utgangspunkt i at det ikke var holdepunkter for at tilsynsrutinene var utilstrekkelige. A kunne derfor ikke klandres for ulykken.

Når det gjelder B ser retten ut til å legge avgjørende vekt på at han hadde et svært enkelt handlingsalternativ. Om han hadde inspisert taket fra den andre siden av gaten, ville han avdekket faren. Når det gjelder vurderingen av om handlemåten hans var grovt uaktsom, uttrykker Høyesterett kort at «[det kreves] en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet Det er ikke en treffende karakteristikk av hans handlemåte».⁸⁷ I den øvrige drøftelsen av aktsomhetsnormen brukes det mye tid på å redegjøre for bransjepraksis, og det pekes flere ganger på at det i bransjen var en oppfatning at faren for ras fra gesimskasser var svært liten. Det er antakeligvis det avgjørende momentet for at handlemåten ikke klassifiseres som grovt uaktsom. Dommen illustrerer med dette at dersom man handler på en måte som avviker stort fra bransjepraksis, vil man lettere anses for å ha opptrådt grovt uaktsomt.

I HR-2022-666-A skjøt tiltalte en fredet fjellrev. Han hadde fanget en hvit rev i en fangstbås i nærheten av sin egen eiendom, og skjøt den mens den var fanget. Tiltalte var sikker på at han hadde fanget en albinorødre. Spørsmålet for Høyesterett var om han handlet grovt uaktsom da han skjøt fjellreven, jf. straffeloven § 240.

Det første Høyesterett klagjorde var aktsomhetsnormen på det aktuelle området, som var jakt. Utgangspunktet er at jegeren må klare å identifisere viltet han ønsker å felle. Videre ble det pekt på at det var iverksatt tiltak for å beskytte fjellreven stipulert til cirka 50 millioner kroner over en femårsperiode, og at fjellreven er det eneste pattedyret i Norge som er gjenstand for så omfattende tiltak for å redde arten. På bakgrunn av dette er det særlig viktig at den som skal skyte et dyr som kan forveksles med fjellrev, er sikker på hva slags dyr han

⁸⁶ Rt. 2013 s. 312 avsnitt 36.

⁸⁷ Rt. 2013 s. 312 avsnitt 37.

skyter.⁸⁸ Tiltaltes forsvarer viste til at det ikke tidligere var dokumentert fjellrev i det aktuelle området, men Høyesterett kom til at det ikke var av betydning ettersom A visste at fjellreven er fredet og rødlistet. Videre legges det vekt på at han hadde flere handlingsalternativer.⁸⁹ Det var halvmørkt da han observerte reven, men det var tydelig at den både var hvit og liten i forhold til en voksen rødrev. Retten la på bakgrunn av dette til grunn at han var sterkt å bebreide for at han skjøt reven, da det forelå en risiko for å felle en kritisk truet art.

Generelt kan det utledes fra dommen at der det finnes forvaltningstiltak som tar sikte på å beskytte noe, økes aktsomhetsterskelen tilsvarende. Særlig det faktum at Høyesterett ikke i det hele tatt vektla at det ikke var observert fjellrev i Rogaland tidligere, viser hvor strengt kravet er.

Dommene som er gjennomgått gjelder saker på helt forskjellige områder, og de viser at aktsomhetsvurderingen er svært avhengig av det aktuelle faktumet. Det er derfor ikke mulig å tegne opp en linje, og sette en strek nøyaktig der man krysser grensen fra alminnelig uaktsomhet til grov uaktsomhet. Det man derimot kan se etter er fellestrekk i ulike situasjoner, og hvilke momenter som normalt vektlegges. Et eksempel på dette er hvor langvarig uoppmerksomheten til en sjåfør som forårsaker en ulykke er. Selv om det heller ikke her går an å si at x antall sekunder er over grensen, har man et mer håndgripelig moment å vurdere.

At vilkårene er så vage som de er har både fordeler og ulemper. På den positive siden får alle de faktiske sidene i hver enkelt sak betydning i vurderingen. Dette ser man også ved den personlige siden av uaktsomhetsansvaret, at tiltalte må kunne bebreides for sin handlemåte. Om vilkårene hadde vært rigide, kunne man havnet i situasjoner hvor det aktuelle hendelsesforløpet alltid var uaktsomt, selv om det er forhold ved gjerningspersonen som er unnskyldende. På den annen side skaper skjønnsmessige vilkår mindre forutberegnelighet, fordi man ikke kan si at handling x i situasjon y alltid er uaktsom, mens handling a i situasjon y alltid er grovt uaktsom. Det må likevel være rom for konkrete vurderinger, ettersom norsk strafferett bygger på at gjerningspersonen må ha utvist en form for skyld. At loven oppstiller vilkårene som skiller den alminnelig uaktsomme handlingen fra den grovt uaktsomme, skaper i tilstrekkelig grad forutberegnelighet.

⁸⁸ HR-2022-666-A avsnitt 20 og 21.

⁸⁹ HR-2022-666-A avsnitt 26.

5.3 Grov uaktsomhet eller sløret sannsynlighetsforsett

5.3.1 Hjemmelen

Definisjonen av sannsynlighetsforsett følger av straffeloven § 22 b. Hovedforskjellen på uaktsom opptreden og forsettlig opptreden er at den som handler forsettlig har en tanke om at handlingen oppfyller vilkårene i et straffebud, mens den som handler uaktsomt burde ha forstått at handlingen oppfyller de samme vilkårene. I motivene fra 1832 uttales det at:⁹⁰

Forskjellen imellem en forsætlig Forbrydelse og en af strafbar Uagtsomhed foretaget eller undlat Handling bestaaer saaledes deri, ad den forsætlige Forbrydelse forudsætter, deels at den handlende er sig Handlingens forbryderske Beskaffenhed bevidst, og deels at han desuagtet har den Villie at ufdøre Handlingen...

Selv om særlig forsettsvurderingene har utviklet seg i tidens løp, gir uttalelsen fortsatt en forståelse av hva som skiller uaktsomhet fra forsett.

5.3.2 Høyesterett som rettsutvikler

Selv om både uaktsomhet og forsett nå er definert i straffeloven, har hverken lovgiver eller teori gitt særlige bidrag til hvordan skyldformene skal forstås.⁹¹ For å undersøke nærmere hvordan man skal skille sløret forsett og grov uaktsomhet, er Høyesterett den viktigste rettskilden.

Høyesteretts dom i publiserte Rt. 2011 s. 1104 er ansett som en av de mest sentrale dommene når det gjelder fastsettelsen av sløret forsett.⁹² Høyesterett uttalte i avsnitt 27 at «Domfeltes forsett lå i det lavere sjikt, grensende ned mot grov uaktsomhet ...». Høyesterett uttalte ikke noe konkret om grensedragningen, men det ble også vist til at lagmannsretten tok utgangspunkt i at det utviste forsett var grensende mot ekstremt grov uaktsomhet.⁹³ Heller ikke lagmannsretten uttrykte noe konkret om vurderingen, men uttalte at «... tiltalte neppe hadde noen klar oppfatning om at bileieren mest sannsynlig ville bli drept. Det er derimot tale

⁹⁰ Motiver til det i Aaret 1832 udgivne Forslag til en Lov for Kongeriget Norge angaaende Forbrydelser, Christiania 1835 side. 64.

⁹¹ Jacobsen, Ulvund/Sunde (2015) side 150.

⁹² For nærmere gjennomgang av dommen, se kapittel 3.2.2.

⁹³ Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 17. Se også lagmannsrettens dom LE-2011-27669.

om et forsett i nedre område av forsettsbegrepet...». For å forstå hvorfor lagmannsretten og Høyesterett landet på at tiltalte handlet forsettlig, må det ses på de faktiske omstendighetene i saken. Tiltalte kjørte med bileieren på panseret omtrent 600 meter, og han holdt stor fart. Lagmannsretten trakk dette momentet frem ved straffutmålingen, og pekte på «... at tiltalte hadde god tid til å tenke seg om og avslutte kjøringen før det skjedde en katastrofe».⁹⁴

Dommen har visse likhetstrekk med tidligere omtalte dom i Rt. 2008 s. 1360, hvor en sjåfør krasjet inn i flere personer som var i veibanen grunnet en trafikkulykke. I denne saken ble sjåførens forhold ansett for å være grovt uaktsom. Omstendighetene for sakene er svært forskjellige, men hendelsesforløpet har enkelte lignende momenter. Likt i de to sakene er at de tiltalte holdt høy fart. Sjåføren ble kritisert fordi han ikke bremsset ned fra det tidspunktet han hadde mulighet til å oppdage bilen i veibanen, mens raneren kjørte over fartsgrensen. Strekningen både sjåføren og raneren tilbakela før ulykken inntrådte var også noenlunde sammenfallende, slik at de hadde omtrent samme tidsrom å områ seg på. Det som derimot klart skiller sakene fra hverandre er kvinnen som lå på panseret til raneren. Ettersom retten uttalte at saken mot raneren er i nedre grense for forsett, er det nærliggende å anta at det faktum at bileieren lå på panseret, sannsynligvis er den avgjørende faktoren som gjør at han ble dømt for forsettlig drap.

Kritikken mot Rt. 2011 s. 1104 i juridisk teori har i all hovedsak rettet seg mot begrepsbruken.⁹⁵ Teorien har derimot ikke fremmet kritikk mot at forsettkravet anses som oppfylt. Når man sammenligner disse sakene, oppfattes 2008-dommen mer som et uhell enn 2011-dommen, på tross av at raneren ikke hadde til hensikt å drepe bileieren. Bakgrunnen for dette er at sjåføren ikke visste at det var mennesker i veibanen, og at han umiddelbart bremsset da han oppdaget det. Raneren var hele tiden klar over at han råkjørte med bileieren på panseret. Dette kan tyde på at jo mer faktisk kunnskap man har over de rådende omstendighetene, jo mindre skal det til for at man anses for å ha handlet med sløret forsett.⁹⁶

At sløret forsett byr på problemer, ser man oftest ved at lavere instanser ikke alltid uttrykker seg i tråd med sannsynlighetsforsettet slik det er utviklet.⁹⁷ Et illustrerende eksempel er Rt. 2007 s. 1559. Saken gjaldt spørsmål om det å kaste bløtkake på finansministeren innebar en

⁹⁴ LE-2011-27669.

⁹⁵ Se oppgavens kapittel 3.2.2.

⁹⁶ Tolkningen er i samsvar med juridisk teori. Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) skriver på side 234 at man ofte har slik kunnskap til omstendighetene som gjør at man ikke trenger å reflektere nærmere over dem.

⁹⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) side 231-232.

overtredelse av straffeloven 1902 § 99, som blant annet handler om å hindre en statsråd i dens virksomhet. Tingretten uttalte at dersom man kaster bløtkake på en statsråd «må det være påregnelig for gjerningspersonen at statsråden umiddelbart må dusje og kanskje også skifte klær».⁹⁸ Høyesterett påpekte at vurderingen ikke går ut på hva som er påregnelig, men hva «... retten finner bevist at denne konkrete tiltalte har vært klar over».⁹⁹ Slik tingretten formulerte seg, ledes tankene mot uaktsomhet istedenfor forsett.

Et lignende tilfelle oppsto i HR-2021-1391-U. I saken slo tiltalte fornærmede med knyttet neve i ansiktet, og dro henne etter håret av stolen. Spørsmålet var om forsettet også gjaldt nesebruddet, som var avgjørende for domfellelse etter straffeloven § 273 om kroppsskade. Tingretten uttalte at tiltalte «måtte forstå» at handlingen ville medføre nesebrudd, og at det var «påregnelig» at skade kom til å inntre ved slik voldsbruk. Høyesterett uttalte om begrepsbruken at den «indikerer at tingrettens vurdering ... er basert på hva folk flest ville ha tenkt i en tilsvarende situasjon» og at det ikke kan «begrunne sannsynlighetsforsett».¹⁰⁰ At også dette er begreper forbundet med uaktsomhet, kan leses ut ifra at Høyesterett bruker formuleringene til å legge til grunn at tiltalte opptrådte uaktsomt med hensyn til nesebruddet.¹⁰¹

Avslutningsvis tas igjen HR-2022-1323-A opp.¹⁰² Lagmannsretten kom til at vilkårene for sannsynlighetsforsett ikke var oppfylt, slik at tiltalte ikke ble dømt for drapsforsøk. Høyesterett uttalte at lagmannsretten ikke gikk nærmere inn på hvorfor tiltalte ikke hadde passiv kunnskap om at knivsticket mest sannsynlig ville føre til at fornærmede døde, og at domstolen dermed ikke anvendte forsettskravet korrekt.¹⁰³ Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

Vurderingen av om gjerningspersonen har passiv kunnskap bygger blant annet på alminnelige kjensgjerninger, altså forhold som anses som allmennkunnskap. Holter har kritisert denne tilnærmingen. Hun mener at ved å gå for langt i å etablere forsett på bakgrunn av alminnelige erfaringssetninger gjerningspersonen ikke tenkte på i gjerningsøyeblikket, viskes grensen

⁹⁸ Rt. 2007 s. 1559 avsnitt 19.

⁹⁹ Rt. 2007 s. 1559 avsnitt 19.

¹⁰⁰ HR-2021-1391-U avsnitt 18.

¹⁰¹ HR-2021-1391-U avsnitt 24.

¹⁰² Se kapittel 3.2.2 for gjennomgang av dommen.

¹⁰³ HR-2022-1323-A avsnitt 31.

mellom forsett og uaktsomhet bort. Hun peker på at dette særlig er problematisk i en sak som ovennevnte, hvor offeret overlevde.¹⁰⁴

Den alminnelige kjensgjerningen som Høyesterett etterspør i dette tilfellet, at et knivstikk i buken med en 19 cm lang kniv, mest sannsynlig fører til død, slår ikke til. Dette tilsier at saken befinner seg i den nedre delen av sannsynlighetsforsettet, slik at man generelt sett trenger en viss refleksjon før man lander på om det er mest sannsynlig om fornærmede dør eller overlever. I en slik situasjon bør man altså spørre seg om hva alle vet, uten at man tenker seg om, ettersom gjerningspersonen heller ikke tenkte seg om. I tilfeller hvor en alminnelig fornuftig person kommer til at en konsekvens er mest sannsynlig etter betegnningstid, men gjerningspersonen ikke tok seg tid til dette, er man tilbake i uaktsomhetens verden. I slike situasjoner var det ikke klart, men påregnelig, for gjerningspersonen hva utfallet sannsynligvis ville bli.

Dommene viser godt hvor kort vei det er mellom den uaktsomme og den forsettlige handlingen når det vurderes sløret forsett. I teorien er grensen i utgangspunktet helt klar, men det oppstår problemer i praksis fordi det er umulig å bevise hva gjerningspersonen har tenkt, med mindre han forteller det. I disse tilfellene beror bevisvurderingen på ytre omstendigheter. Domstolene må derfor for det første være påpasselig med begrepene som anvendes. Tas det utgangspunkt i de riktige begrepene, havner man lettere på den skyldformen som faktisk er utvist. For det andre må bevisvurderingen tas med utgangspunkt i de faktiske omstendighetene slik de fremsto for gjerningspersonen.¹⁰⁵ Det er en fare for at domstolene stiller for høye krav til gjerningspersonen, ved å tillegge den alminnelige, fornuftige person betegnningstid gjerningspersonen ikke hadde.

5.4 Bevisst uaktsomhet eller dolus eventualis

5.4.1 Hjemmelen

¹⁰⁴ Holter (2022) side 257-258.

¹⁰⁵ Nærmere om bevisvurderingen i kapittel 5.

Dolus eventualis følger av straffeloven § 22 bokstav c. Det som skiller eventuelt forsett fra sannsynlighetsforsett er at gjerningspersonen anser mulighetene for at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud som mindre enn 50%. I tillegg vil de tilfellene hvor gjerningspersonen har handlet uten å tenke seg om, som er typisk i saker hvor det er spørsmål om sløret forsett, etter ordlyden i § 22 c, ikke oppfylle vilkårene for dolus eventualis. Det er fordi det er et vilkår at gjerningspersonen har sett for seg at handlingen er rettsstridig, noe som krever en viss tid til å områ seg. Det er også dette standpunktet om å gjennomføre en handling til tross for at den skulle vise seg å være rettsstridig, som skiller eventuelt forsett fra den bevisste uaktsomheten. Som vi skal se i det videre byr vilkåret på atskillig med problemer når det anvendes i praksis.

5.4.2 Den positive innvilgelsesteori

Eventuelt forsett har en lang historie knyttet til opphevelse av domfellelser på bakgrunn av at lavere instanser misforstår eller feilformulerer innholdet i forsettskravet.¹⁰⁶ Høyesterett har derfor ved flere anledninger rettet opp og presisert innholdet. Den gjennomgående feilen de lavere instansene gjør, er at de formulerer seg på en måte som beskriver bevisst uaktsomhet. Denne feilen oppstår fordi retten ikke tar stilling til om gjerningspersonen har sett for seg at følgen av handlingen kom til å inntre, og gjennomfører handlingen selv om det skulle være tilfellet.

Et eksempel på dette finner vi i Rt. 2004 s. 1769. I saken ble en kvinne med som sjåfør på et møte hvor det ble overlevert 195 gram heroin. Lagmannsretten uttalte at hun «innså muligheten» for at det skulle skaffes en betydelig mengde heroin, og at hun «likevel fortsatte sin delaktighet» i oppdraget.¹⁰⁷ Høyesterett mener at domsgrunnene reiser berettiget tvil om at forsettskravet er korrekt forstått, og uttalte i den forbindelse at ved bevisbedømmelsen måtte lagmannsretten ha funnet det bevist at «A bevisst hadde tatt det standpunkt at hun ville medvirke selv om det var en så betydelig mengde heroin – her er det tale om inntil 194 gram – som skulle kjøpes/oppbevares. Denne positive innvilgelse, som riktignok inneholder et hypotetisk element, skiller – i det nedre grenseområdet – forsettet fra den bevisste

¹⁰⁶ Jacobsen (2023).

¹⁰⁷ Rt. 2004 s. 1769 avsnitt 9.

uaktsomhet».¹⁰⁸ Som Høyesterett her påpeker, ender lagmannsretten opp med å beskrive bevisst uaktsomhet når det ikke tas stilling til positiv innvilgelse.

Typetilfellet for anvendelsen av eventuelt forsett er en kurer som vet han frakter narkotika, men holder seg bevisst uvitende med hensyn til hva og hvor mye som fraktes. Saksforholdet i Rt. 2003 s. 118 er en lignende situasjon. Tiltalte skulle kjøpe heroin for 65 000 kr, og gikk ut fra at det kostet 1000 kr per gram, hvilket ville tilsvart 65 gram. Markedsprisen hadde derimot falt, slik at han endte opp med i overkant av 88 gram. Spørsmålet var om forsettet gjaldt for hele mengden, eller kun for 65 gram. Lagmannsretten uttalte at de tiltalte ikke hadde besluttet å begrense kjøpet til et gitt kvantum, og at mengden de fikk kjøpt var innenfor hva de kunne regne med. Videre fant lagmannsretten det godgjort at «begge hadde bestemt seg for å foreta handlingen selv om partiet skulle bli større enn forventet».¹⁰⁹ I denne saken hadde ikke Høyesterett noen innvendinger mot hvordan lagmannsretten forsto kravet til forsett i form av *dolus eventualis*.¹¹⁰

Selv om narkotikaforbrytelser er typiske for anvendelsen av eventuelt forsett, gjelder det likt på alle områder. Departementet trakk også frem at hensynsløsheten ved legemskrenkelses og drap kan være så grov at det oppfattes som urimelig med uaktsomhetsstraff, selv om de vanlige forsettstypene ikke er oppfylt.¹¹¹

I HR-2023-1639-A ble en politimann tiltalt for blant annet voldtekt og misbruk av overmaktsforhold. Utenfor anken prøvde Høyesterett tingrettens bevisbedømmelse av tiltaltes subjektive skyld. Tingretten uttalte at «tiltalte i det minste innså muligheten av» at han oppnådde den seksuelle kontakten på bakgrunn av sin stilling som polititjenestemann.¹¹² Dette er en språkbruk vi har sett tidligere, og som Høyesterett med rette hadde innvendinger mot. Retten uttalte at en korrekt forståelse av *dolus eventualis* innebærer for det første at det bevises at gjerningspersonen anså det som «mulig» at handlingen dekkes av gjerningsbeskrivelsen. For det andre må det bevises at han valgte å gjennomføre handlingen, til tross for slik kunnskap.¹¹³

¹⁰⁸ Rt. 2004 s. 1769 avsnitt 11.

¹⁰⁹ Rt. 2003 s. 118 avsnitt 7.

¹¹⁰ Rt. 2003 s. 118 avsnitt 8.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 118.

¹¹² HR-2023-1639-A avsnitt 62.

¹¹³ HR-2023-1639-A avsnitt 65.

Her avviker Høyesteretts uttalelse om korrekt anvendelse av *dolus eventualis* fra tidligere praksis. Dersom vilkårene er oppfylt slik som beskrevet, har man å gjøre med bevisst uaktsomhet, fordi den positive innvilgelsen mangler. Gjerningspersonen har da ikke valgt å gjennomføre handlingen selv om det skulle være *sikkert* at skadefølgen inntreffer. Jacobsen påpeker det samme,¹¹⁴ og viser til at Høyesterett gjentar sin egen feil når de i avsnitt 66 uttalte at «I de tilfeller der retten bare har tatt stilling til det første elementet, om gjerningspersonen har innsett muligheten, og ikke det andre, om han eller hun likevel valgte handle, er lovens forsettskrav anvendt uriktig». Jacobsen påpeker at i et slikt tilfelle er gjerningspersonen kun uaktsom, og skriver videre at dommen bør legges til side.¹¹⁵

At Høyesterett kun oppstiller to vilkår for *dolus eventualis*, er kritisert i juridisk teori. I frihet, forbrytelse og straff argumenterer forfatterne for at det er tre vilkår. Disse tre vilkårene er at gjerningspersonen må ha regnet det som «mulig» at noe ville skje, at han forestilte seg at muligheten realiserte seg og at han tar det standpunkt at han vil gjennomføre handlingen selv om det var sikkert at følgen kom til å inntre.¹¹⁶ Det kan argumenteres for at denne forståelsen allerede følger direkte av ordlyden i straffeloven § 22 c. Når gjerningspersonen «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen» er vilkår 1 oppfylt. Ordlyden i «velger å handle selv om det skulle være tilfellet» forstås etter mitt syn som at gjerningspersonen handler selv om han har sett for seg at det (i et hypotetisk scenario) er sikkert at skadefølgen inntreffer. Et støttende argument for denne forståelsen er at dersom man ikke tar med vilkåret om positiv innvilgelse, har man i realiteten beskrevet bevisst uaktsomhet. Likevel kan det virke som at ordlyden ikke er tilstrekkelig presis, ettersom også Høyesterett sin anvendelse av forsettsformen til tider er upresis.

Et eksempel på en drapssak er Shaken Baby-saken, hvor en far ble dømt for forsettlig drap på sin 10 måneder gamle sønn etter å ha filleristet ham. Tiltalte anket saken angående straffutmålingen, og anken ble fremmet.¹¹⁷ Før saken kom opp i Høyesterett gjorde påtalemyndigheten Høyesterett oppmerksom på at lagmannsrettens redegjørelse for kravene til eventuelt forsett var ufullstendige. Lagmannsretten uttalte at «Tiltalte har i det minste holdt som mulig at barnet ville dø som følge av ristingen, men likevel bevisst inntatt det standpunkt å gjennomføre handlingen». Høyesterett opphevet dermed lagmannsrettens dom uten

¹¹⁴ Jacobsen (2023).

¹¹⁵ Jacobsen (2023).

¹¹⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) side 237. Jacobsen (2023) viser også til det samme.

¹¹⁷ HR-2018-2342-U.

ankeforhandling.¹¹⁸ I lagmannsretten nye dom ble faren igjen dømt for forsettlig drap, og anken ble ikke tillatt fremmet. Retten uttalte at «Tiltalte var imidlertid klar over at B kunne dø som følge av filleristingen, og bestemte seg like fullt for å filleriste barnet selv om det skulle føre til at barnet døde».¹¹⁹ Høyesterett hadde ingen innvendinger mot forståelsen av forsettskravet slik lagmannsretten uttrykker det.¹²⁰ Ordlyden av de to uttalelsene lagmannsretten kommer med samsvarer med bevisst uaktsomhet i den første dommen og dolus eventualis i den andre. Det interessante med dette er at bevisførselen ellers er lik, slik at begrunnelsen er den samme i begge sakene. Det virker påfallende at den samme begrunnelsen som underbygger bevisst uaktsomhet (om enn i et forsøk på å formulere forsett) også skal være tilstrekkelig til å begrunne dolus eventualis.

Grensen mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis ser ut til å være den grensen domstolene har størst problemer med. Det er heller ikke spesielt overraskende, da det er lite som skiller dem. Teoretisk sett er det ikke problematisk å formulere bevisstemaet for dolus eventualis klart, ettersom det følger direkte av loven. I praksis oppstår det derimot problemer i forbindelse med å bevise den positive innvilgelsesteori.¹²¹

¹¹⁸ HR-2018-587-U.

¹¹⁹ LB-2018-63160.

¹²⁰ HR-2019-509-A avsnitt 29.

¹²¹ Et alternativ til den positive innvilgelsesteori er det svenske likegyldighetsforsettet, se Jahre (2018). Denne forsettsformen krever ikke en hypotetisk positiv innvilgelse, men derimot at gjerningspersonen er likegyldig til følgen. En nærmere redegjørelse faller utenfor fremstillingens rammer.

6 Bevisproblematikk

6.1 Introduksjon

Kapittelet tar for seg bevisproblematikken som oppstår når man vurderer forsett. Beviskravet i straffesaker følger av Grunnloven § 96, som gir uttrykk for uskyldspresumsjonen. Det følger av bestemmelsen at «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». I forarbeidene står det at:¹²²

Den foreslåtte formuleringen til ny § 96 annet ledd vil ikke gå lengre enn det som allerede følger av gjeldende rett. Formuleringen vil i stedet oppsummere i én setning de ulike sidene ved uskyldspresumsjonen, herunder særlig at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.

Forarbeidene presiserte at det må legges til grunn at bestemmelsen oppstiller et strengt beviskrav når det gjelder skyldspørsmålet.¹²³ I Rt. 2005 s. 1353 uttalte Høyesterett at «Prinsippet om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme den tiltalte til gode er en bærebjelke i straffeprosessen».¹²⁴ Dette gjør seg også gjeldende når man skal vurdere bevis for forsett.

6.2 Generelt om bevis for forsett

I noen tilfeller vil ikke bevisproblematikk når det gjelder forsett volde særlige problemer. Dersom en person stikker en kjøkkenkniv i låret på en annen, er det sjeldent rom for å diskutere om han hadde forsett med hensyn til skadefølgen. Men, som jeg har vært inne på tidligere, kan det være vanskelig å bevise hva som har foregått i gjerningspersonens hode når man har å gjøre med «skjult» forsett, som ofte foreligger i uoversiktlige og stressede situasjoner hvor gjerningspersonen har handlet raskt. Når gjerningspersonen ikke tilstår, bygger bevisvurderingen på de faktiske omstendighetene rundt, og hva folk flest ville tenkt i en tilsvarende situasjon. I HR-2017-675-A uttalte Høyesterett at «Ofte vil det være tilstrekkelig å beskrive selve den straffbare handlingen, og så konkludere med skyldform

¹²² Dokument 16 (2011-2012) side 130.

¹²³ Øyen (2022) side 425.

¹²⁴ Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14.

basert på denne beskrivelsen og ut fra alminnelige erfaringssetninger».¹²⁵ I tillegg må man ta i betraktning hva tiltalte forklarer om sin egen tankegang, slik at forsettsvurderingen ikke blir objektiv. Om tiltalte forklarer at han tenkte noe annet enn det alminnelige kjensgjerninger skulle tilsi, må dette som regel legges til grunn. Retten kan derimot se bort fra en slik forklaring i tilfeller der den anser den som falsk.¹²⁶

Forarbeidene tok opp muligheten for å kriminalisere uaktsomme handlinger for å ramme «skjult forsett». Begrepet «skjult forsett» benyttes om situasjoner hvor det ikke er mulig å føre tilstrekkelig bevis for forsett, selv om det i virkeligheten er begått et forsettlig lovbrudd.¹²⁷ I arbeidet med strafferettslig vern for aktørene i rettsvesenet opprettholdt departementet forslaget om at grov uaktsomhet skulle være skyldkrav. Begrunnelsen for dette «... er først og fremst å ramme skjult forsett, altså situasjoner hvor gjerningspersonen har utvist forsett, men hvor dette ikke kan bevises».¹²⁸ I praksis har lovgiver dermed løst problemet hvor grensedragningen mellom forsett og uaktsomhet er vanskelig ved å gjøre begge deler straffbart.¹²⁹

6.3 Særlig om bevis for *dolus eventualis*

I arbeidet med ny straffelov var departementet innovent bevisproblemene som oppstår når man står overfor *dolus eventualis*. Straffelovkommisjonens flertall ønsket å avskaffe denne formen for forsett, og begrunnet dette med bevisproblematikken. De fremhevet at i situasjoner hvor gjerningspersonen handler raskt og uten å tenke seg om, er det vanskelig å bevise at gjerningspersonen bevisst mener han hadde gjort det samme dersom han anså følgen som sikker. Flertallet pekte også på at det i praksis er vanskelig å formulere bevisetemaet på en tilstrekkelig presis måte, fordi man lett kan overskride grensen til bevisst uaktsomhet.¹³⁰ Forsettsformen ble likevel videreført. I relasjon til bevisproblematikken uttalte departementet at bevisbedømmelsen ikke står i en vesentlig annen stilling enn ved andre forsettstyper, at bevisbyrden tilsier at det ikke er større fare for uriktige domfellelser enn ellers og at en definisjon i loven kan bidra til at det blir lettere å formulere bevisetemaet presist.

¹²⁵ HR-2017-675-A avsnitt 24.

¹²⁶ Poulsen (2021) side 216.

¹²⁷ NOU 2002: 4 Ny straffelov side 88.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 40 (1999-2000) side 88.

¹²⁹ Andenæs mfl. (2020) side 234.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 116.

Rettspraksisen som er gjennomgått ovenfor viser derimot at det i praksis oppstår problemer når domstolene skal vurdere dolus eventualis, og at særlig underretten ender opp med en beskrivelse av bevisst uaktsomhet. Bakgrunnen for de store problemene er det som skiller skyldformene, den positive innvilgelsesteorien, og bevisproblemene som oppstår i vurderingen. Her, som ellers, bygges bevisføringen på ytre omstendigheter når gjerningspersonen ikke selv sier noe om hva han tenkte i gjerningsøyeblikket.

For å belyse problemene tas det utgangspunkt i Shaken Baby-saken.¹³¹ Det legges i saken til grunn at både tiltalte og hans samboer, C, ønsket barn. C hadde tidligere vært syk, og det var derfor nødvendig med prøverørsbehandling. Familie og venner av paret «har beskrevet at tiltalte virket glad og stolt over å ha blitt far og deltok aktivt i omsorgen». Videre uttalte retten at «de to tilfellene av filleristing [fremstår] som uforståelige handlinger».¹³² Det var også tiltalte som ringte AMK-sentralen morgenen etter den siste filleristingen. Så langt er det altså ingenting som tyder på at faren hadde gjort noe mot sønnen som han visste kom til å føre til at sønnen døde. Det vises også til sakkyndige vitner, som uttalte at i saker om filleristing, rister en omsorgsperson barnet i frustrasjon, og at skaden skjer på få sekunder. Tidsperspektivet er altså kort, noe som også taler imot at faren har inntatt det nødvendige standpunktet om at sønnen kom til å dø.

Begrunnelsen for at tiltalte handlet med forsett bygger på flere omstendigheter.

Lagmannsretten viser til at B, i tiden før dødsfallet, men etter den første filleristingen, hadde dårlig allmenntilstand. Han gulpet opp det meste av maten, hadde løs avføring og var slapp og trøtt. På grunn av dette dro foreldrene til lege, som antok at B hadde magedvirus. Dette var to dager før han ble innlagt og fem dager før han døde. Lagmannsretten legger også til grunn at tiltalte anså det som mest sannsynlig at Bs dårlige allmenntilstand «... i hvert fall delvis hadde sammenheng med hendelsen», altså filleristingen.¹³³ Videre viser lagmannsretten til at barnets mor hadde snakket med tiltalte om at hun syns han var hardhendt mot B, og at hun også viste han en artikkel som handlet om foreldre som hadde skadet barnet sitt. Retten legger på bakgrunn av dette til grunn at tiltalte hadde oppfordring til å være oppmerksom på hvordan han behandlet B.

¹³¹ HR-2018-587-U, LB-2018-63160 og HR-2019-509-A.

¹³² LB-2018-63160.

¹³³ LB-2018-63160.

Lagmannsrettens begrunnelse er kritisert av Lund, som påpeker at det har sterk formodning mot seg at en far bestemmer seg for å filleriste sønnen sin, selv om det skulle føre til barnets død.¹³⁴ I forlengelsen av sakens karakter, bør det etter hans mening dermed atskilling til for å anse det bevist at tiltalte handlet forsettlig. Det er vanskelig å se på bakgrunn av denne begrunnelsen at tiltalte tok det standpunkt at han ville filleriste sønnen selv om det ville føre til hans død. Argumentene trekker i retning av uaktsom opptreden. Et annet moment som lagmannsretten ikke berører, er at tiltalte fikk beskjed av en lege at sønnens dårlige allmenntilstand skyldtes et magevirus. Uttalelsen gir tiltalte grunn til å tro at det ikke nødvendigvis er hans opptreden som er grunn til den dårlige allmenntilstanden. I forlengelsen av dette er det vanskelig å se at han forsto at sønnen faktisk kunne dø som følge av filleristingen.

Departementets vurdering har dermed ikke vært helt treffende med hensyn til bevisproblematikken. Selv om definisjonen av dolus eventualis står i loven, beskriver ikke rettsinstansene alltid bevistemaet på korrekt måte, og ender ofte med en beskrivelse av bevist uaktsomhet. Bakgrunnen for dette kan være at det er vanskelig å bevise at gjerningspersonen tok det mentale standpunkt at han ville gjennomføre handlingen selv om følgen kom til å inntre. Når bevistemaet da formuleres noe upresist, trenger man ikke lenger å bevise at det var tilfellet. Det retten heller bør gjøre i slike situasjoner er å nedsubsumere til et mildere skyldkrav der det er en mulighet.¹³⁵ Dersom lovgiver ikke har gitt et straffebud hvor den aktuelle overtredelsen straffes ved uaktsomhet, må forholdet nedsubsumeres til en mildere overtredelse. Hvis nedsubsumering ikke er et alternativ, må tiltalte frifinnes.

¹³⁴ Lund (2020) side 349-367.

¹³⁵ At retten har en plikt til dette følger blant annet av HR-2019-792-U (14). Høyesterett uttalte at lagmannsrettens unnlåtelse av å vurdere grovt uaktsomt bedrageri når de ikke fant det bevist at tiltalte handlet forsettlig, var en saksbehandlingsfeil.

7 Foretaksstraff

7.1 Introduksjon

I denne delen av fremstillingen skal jeg se på om uaktsomhet som skyldkrav har betydning for ileggelse av foretaksstraff. Straffeloven § 27 oppstiller ikke et krav om at noen har utvist skyld. Spørsmålet er om dette er i strid med EMK, og om det derfor må innfortolkes et krav om subjektiv skyld. Spørsmålet er aktuelt i lys av nyere avgjørelser fra EMD, og Høyesteretts forståelse av disse.

7.2 Hjemmelen

Et unntak fra prinsippet om at gjerningspersonen må ha utvist skyld for å bli straffet, finnes i straffelovens kapittel 4 om foretaksstraff. Etter § 27 første ledd kan et foretak straffes dersom en som handler på vegne av foretaket har overtrådt et straffebud. Videre gjelder dette «selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller har skyldene etter § 20». Straffansvaret for foretak blir dermed etter lovens ordlyd objektivt.

Videre følger det av § 28 hvilke momenter som skal tillegges vekt i vurderingen av om et foretak skal straffes. Etter bokstav b er det et moment om «noen som har handlet på vegne av foretaket, har utvist skyld». Dette ble lagt inn for å ivareta hensynene bak uskyldspresumpsjonen i EMK artikkel 6 nr 2. og SP artikkel 14 nr. 2.¹³⁶ Bakgrunnen for å fjerne kravet om subjektiv skyld, var at departementet ønsket å utvide området for foretaksstraff i relasjon til gjeldende rett. For å sørge for at begrensningen i bruk av uaktsomhet som skyldkrav i straffeloven ikke skulle gjøre foretaksansvaret mindre, ble det presisert at det ikke er et vilkår for foretaksstraff at noen har handlet på en måte som oppfyller de subjektive straffbarhetsvilkårene.¹³⁷

Foretaksstraff skiller seg fra andre typer straff ved at det ikke er et individ som straffes. Ettersom foretak er en sosial konstruksjon, har de ikke evnen til å tenke igjennom handlinger, og dermed utvise skyld. Det tradisjonelle skyldprinsippet passer derfor ikke til foretak som

¹³⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 397.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 431.

straffesubjekt.¹³⁸ Rettstilstanden etter straffeloven 1902 var delvis avklart gjennom Rt. 2002 s. 1312, hvor Høyesterett kom til at dersom overtredelsen er begått av en enkeltperson i et foretak, må vedkommende ha utvist subjektiv skyld. Videre var det fortsatt noe usikkert om det var et krav om subjektiv skyld i de tilfellene hvor foretaksstraff bygget på anonyme eller kumulative feil.¹³⁹ Departementet kom til at det ikke skulle videreføres noe krav om subjektiv skyld, og begrunnet dette med effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn. Lovgiver har etter dette oppstilt et objektivt straffansvar.

7.3 Er et objektivt straffansvar i strid med EMK?

7.3.1 EMD om kravet til subjektiv skyld

EMDs storkammerdom 28.juni 2018 G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia var en samlet klagesak, bestående av tre klagere fra Italia. I to av klagen ble selskapenes eiendommer inndratt til fordel for staten for brudd på naturvernlovgivning, på tross av at den nasjonale domstolen ikke fant at eierne hadde utvist subjektiv skyld. I den siste saken slo italiensk Høyesterett fast at overtredelsen var begått forsettlig, men at den var foreldet. Også her ble eiendommen inndratt. Klagerne gjorde blant annet gjeldende at inndragning på et rent objektivt grunnlag er i strid med EMK artikkel 7. EMD innleder sin vurdering med først å ta opp en tidligere sak, Sud Fondi S.r.l. og andre mot Italia. I denne saken uttalte EMD at «guilty» i EMK artikkel 7 må forstås slik at det kreves en «intellectual link» hos gjerningspersonen. EMD legger videre til grunn at denne rettsoppfatningen måtte følges, og uttalte at artikkel 7 krever en «mental link».¹⁴⁰ På bakgrunn av dette kom EMD til at EMK artikkel 7 var krenket. Rui mente at dommens uttalelser fremstår som generelle. Han begrunner det med at uttalelsene er lite knyttet til sakens faktum, samt at rettsspørsmålene er formulert og drøftet på en generell måte. Han legger dermed til grunn at foretaksansvaret slik det fremgår av straffeloven § 27 ikke er forenelig med EMK.¹⁴¹

I avsnitt 243 uttalte EMD at kravet til «mental link» ikke er til hinder for at medlemsstatene kan oppstille enkelte former for objektivt ansvar. Det vises til at deler av en

¹³⁸ Høivik (2012) side 101.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 242.

¹⁴⁰ G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia avsnitt 241 og 242.

¹⁴¹ Rui (2018) side 202-215.

gjerningsbeskrivelse kan være objektiv. Forutsetningen for dette er at det objektive straffansvaret stammer fra en presumpsjon om skyld.¹⁴² Videre pekes det på at når det gjelder strafferetten, oppstilles det visse grenser medlemsstatene må holde seg innenfor. Man er utenfor grensen dersom en presumpsjon om skyld i realiteten gjør det umulig for et individ å fri seg fra ansvaret, jf. EMK artikkel 6 nr. 2. Også disse uttalelsene fremstår som generelle, da EMD ikke knytter uttalelsene til faktumet i saken. Hvilke begrensninger dette legger på det objektivet foretaksstraffansvaret har i etterkant av dommen vært tema for Høyesterett.

7.3.2 Høyesterett om kravet til subjektiv skyld

Etter ovennevnte storkammerdom, har Høyesterett i HR-2021-797-A vurdert om et objektivt straffansvar er forenelig med straffebegrepet i EMK artikkel 6 nr. 2 og artikkel 7. Dommen gjaldt spørsmål om et aksjeselskap kunne bli ilagt foretaksstraff for å ha brukt en utlending (A) uten oppholds- og arbeidstillatelse sin arbeidskraft. Selskapet ble frikjent i tingretten, fordi styrelederen ikke hadde handlet grovt uaktsomt, som er skyldkravet i utlendingsloven § 108. Lagmannsretten kom til det samme når det gjaldt styrelederen, men dømte likevel foretaket. Begrunnelsen var at A i egenskap av å være daglig leder handlet på vegne av selskapet, og at han opptrådte grovt uaktsomt.

Høyesterett startet sin vurdering med å se på hva storkammerdommen innebærer.

Førstvoterende uttalte at det er et vilkår for straff at gjerningspersonen har utvist subjektiv skyld. Konsekvensen av dette blir videre at straffeloven § 27 «... ikke kan praktiseres i samsvar med ordlyden og forutsetningen i forarbeidene om objektivt ansvar».¹⁴³ Det neste spørsmålet som ble tatt opp var om lagmannsretten hadde forstått rettstilstanden riktig når de la til grunn at forutsetningen for å idømme foretaksstraff, er at skyldkravet i det aktuelle straffebudet er overtrådt. Høyesterett la til grunn at det ikke er tilfellet, og at kravet om «mental link» mellom handlingen og de faktiske omstendighetene er oppfylt ved ordinær uaktsomhet. Det vil derfor ikke være nødvendig å kreve grov uaktsomhet for å eliminere

¹⁴² Et eksempel på dette er straffeloven § 307, hvor uvitenhet om barnets alder i relasjon til seksuallovbrudd ikke fører til straffrihet, dersom tiltalte «på noe punkt kan klandres» for uvitenheten. I praksis oppstiller bestemmelsen et motsatt beviskrav, hvor tiltalte må bevis at han har vært så aktsom som det kreves. Også i relasjon til denne bestemmelsen har det vært diskutert om innholdet er i strid med EMK, se Rt. 2005 s. 833. En nærmere redegjørelse for debatten faller utenfor fremstillingen.

¹⁴³ HR-2021-797-A avsnitt 24.

motstrid mellom norsk rett og EMK.¹⁴⁴ Høyesterett kom etter dette til at når styrelederen opptrådte uaktsomt, var vilkårene for å ilegge foretaksstraff oppfylt. Synspunktet er også fulgt opp i både HR-2021-2249-A¹⁴⁵ og HR-2022-1271-A. Sistnevnte Høyesterettsdom presiserer at EMD sin praksis ikke oppstiller et krav om at skylden må individualiseres, slik at også kumulative og anonyme feil kan danne grunnlag for å konstatere uaktsomhet.

HR-2021-797-A er blitt kritisert i teorien. Emberland mener at Høyesterett ikke tar høyde for hva som var temaet i G.I.E.M, og at spørsmålet om EMK generelt oppstiller skyld som straffvilkår ikke var tema. Han skriver videre at EMDs uttalelse om «mental link» knyttet seg til spørsmålet om strafferettslig ansvar for tredjepart er problematisk i lys av lovkravet i EMK artikkel 7 nr. 1.¹⁴⁶

Spørsmålet om det følger et krav om subjektiv skyld av EMK artikkel 7 ble igjen tatt opp i HR-2023-1212-A. Saken gjaldt administrative sanksjoner, noe som ikke anses som straff etter norsk rett. Førstvoterende uttalte at det etter EMDs praksis «... ikke er utelukket at reaksjoner som etter EMK anses som straff, kan ilegges på objektivt grunnlag, det vil si uten at det bevises at enkeltpersoner har utvist skyld».¹⁴⁷ Dette må likevel gjelde innenfor nokså snevre rammer, hvor det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. I denne må innholdet og alvorret i både handlingen og sanksjonen vurderes. I tillegg må det være mulig for den som anklages å fri seg fra ansvar, slik at ansvaret ikke fullt ut kan være objektivt. Oppsummert fremstår objektivt ansvar «... i første rekke anvendelig ved ulike former for masseovertredelser, der handlingen ikke er svært alvorlig, og dermed i liten grad stigmatiserende, og reaksjonen er moderat».¹⁴⁸ Førstvoterende tok også opp HR-2021-797-A, og uttalte at dommen ikke kan være avgjørende fordi den gjelder en større bot etter straffelovens regler om foretaksstraff, mens denne saken gjaldt en administrativ sanksjon.¹⁴⁹

Selv om dommen ikke gjelder foretaksstraff, er det interessant at Høyesterett ser ut til, i en viss grad, å gå tilbake på uttalelsene i HR-2021-797-A. En annen måte å se det på er at

¹⁴⁴ HR-2021-797-A avsnitt 24.

¹⁴⁵ Retten uttalte i avsnitt 18: Slik eg forstår EMD-praksis, er det skuld – i ei eller anna form – som må til for å skapa den nødvendige «mental link» mellom dei objektive elementa i handlinga og den ein vil halde strafferettsleg ansvarleg, sjå særleg G.I.E.M.-dommen avsnitt 241 og 242 med vidare referanse til Sud Fondi-dommen. Dette står i motsetnad til eit reint objektivt straffeansvar.

¹⁴⁶ Emberland (2022) side 97-116.

¹⁴⁷ HR-2023-1212-A avsnitt 45.

¹⁴⁸ HR-2023-1212-A avsnitt 46.

¹⁴⁹ HR-2023-1212-A avsnitt 49.

Høyesterett legger til grunn at det må foreligge subjektiv skyld i de tilfellene hvor reaksjonen anses som straff etter norsk rett, mens et objektivt ansvar er tilstrekkelig der reaksjonen kun er straff etter EMK. Denne tolkningen kommer derimot ikke direkte frem av Høyesterett sine uttalelser, og det kan dermed ikke legges til grunn at det er der grensen går.

Høyesterett sin praksis i etterkant av G.I.E.M er noe sprikende. Mens HR-2021-797-A ser ut til å stenge helt for muligheten til å idømme straff på objektivt grunnlag, gir HR-2023-1212-A en snever adgang til å idømme straff på objektivt grunnlag. Ut fra dette må det gå en grense for bruk av straff på objektivt grunnlag et sted mellom de to avgjørelsene, men det er uavklart hvor den går. Et annet spørsmål som dukker opp i kjølvannet av HR-2021-797-A er hvilket krav til skyld som stilles der det aktuelle straffebudet har forsett som skyldkrav. Avgjørelsen går ikke lengre enn å avklare at alminnelig uaktsomhet er tilstrekkelig i de tilfeller hvor straffebudet oppstiller grov uaktsomhet som skyldkrav.

8 Avslutning

Analysen trekker i retning av at uaktsomhetens grenser i stor grad er adekvate. Straffeloven § 23 oppstiller vilkår som klarlegger hva som skiller alminnelig uaktsomhet fra grov uaktsomhet. Disse vilkårene er klare nok til at det skapes et tydelig skille, og det blir dermed faktum som er avgjørende for om man havner på den ene eller andre siden.

Når det gjelder grensen mellom grov uaktsomhet og sløret sannsynlighetsforsett, har analysen vist at problemene for det meste oppstår fordi rettsinstansene benytter feil begreper når bevisetemaet formuleres. Under dette faller at domstolene bør være mer presise når de benytter den alminnelige, fornuftige person som bevis for forsett. Utgangspunktet for denne standarden må tas med de samme faktiske omstendighetene som gjerningspersonen befant seg i, herunder særlig at det tas utgangspunkt i samme tidsmoment. Ved å være mer påpasselig med begrepsbruken, vil mange av problemene forsvinne.

Analysen tyder derimot på at grensen mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis ikke er klar nok. Jeg mener likevel ikke at forsettsformen bør avskaffes, grunnet det praktiske behovet den fyller. Noe som muligens kan avbøte på problemene jeg har gjennomgått, er en revisjon av lovteksten. Dersom det hadde kommet tydeligere frem at vilkåret om positiv innvilgelse må være oppfylt, ville grensen mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis blitt enda klarere. Bevisproblematikken er det derimot ikke mulig å gjøre noe med. Dette får likevel ikke noe særlig vekt som argument for å avskaffe hele forsettsformen, fordi bevis for forsett generelt bygger på ytre omstendigheter.

Når det kommer til foretaksstraff, er det noe uklart hvor langt det rene objektive straffansvaret løper. Det er også noe uklart hvilket krav til subjektiv skyld som gjelder når straffebudet oppstiller forsett, men analysen tyder på at det i det minste er simpel uaktsomhet. Det er altså ikke fastlagt hvor vidtrekkende uaktsomhetsansvaret er i relasjon til foretaksstraff. Det følger naturligvis heller ikke av loven, ettersom den forutsetter et objektivt ansvar. Uaktsomhetens grense og rekkevidde på dette området er dermed ikke adekvat. Den foretrukne løsningen er at lovgiver kommer på banen, og reviderer lovteksten i lys av EMD sin tolkning av EMK artikkel 7. Det er lite tilfredsstillende å ha en klar ordlyd som Høyesterett ser bort fra. Dersom lovgiver ikke tar på seg denne jobben, tyder aktualiteten av problemstillingen på at grensen kommer til å bli klarlagt av Høyesterett i tiden fremover.

Kilderegister

Lovgivning og konvensjoner

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven - Grl.)
Straffeloven 1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10. Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)
Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950.
Vegtrafikkloven	Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven)
Forurensningsloven	Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Utlendingsloven	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
Naturmangfoldloven	Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)

	Motiver til det i Aaret 1832 udgivne Forslag til en Lov for Kongeriget Norge angaaende Forbrydelser, Christiania 1835.
Ot.prp. nr. 53 (1990-1991)	Om visse tiltak mot økonomisk kriminalitet (endringer i straffeloven, aksjeloven, panteloven m.m).
Ot.prp. nr. 40 (1999-2000)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier mv).
NOU 2002: 4 Ny straffelov	Ny straffelov. Straffelovkommissjonens delutredning VII.
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven).
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Ot.prp. nr. 52 (2008-2009)	Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).
Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
Dokument 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Rettsavgjørelser

Norsk Høyesterett og Lagmannsrett

Rt. 1916 s. 155	Rt. 2005 s. 1353	HR-2018-2452-A
Rt. 1921 s. 287	Rt. 2007 s. 1559	HR-2019-509-A
Rt. 1939 s. 623	Rt. 2008 s. 620	HR-2019-792-U
Rt. 1970 s. 1235	Rt. 2008 s. 1360	HR-2020-1723-A
Rt. 1976 s. 1407	Rt. 2009 s. 299	HR-2020-2117-A
Rt. 1977 s. 391	Rt. 2010 s. 850	HR-2021-797-A
Rt. 1987 s. 217	LE-2011-27669	HR-2021-1391-U
Rt. 1993 s. 605	Rt. 2011 s. 1104	HR-2021-2249-A
Rt. 1995 s. 1483	Rt. 2012 s. 65	HR-2021-2539-A
Rt. 2002 s. 1312	Rt. 2013 s. 312	HR-2022-666-A
Rt. 2003 s. 118	HR-2017-675-A	HR-2022-1271-A
Rt. 2003 s. 553	HR-2017-1245-A	HR-2022-1323-A
Rt. 2004 s. 363	HR-2018-587-U	HR-2023-469-A
Rt. 2004 s. 1769	HR-2018-2342-U	HR-2023-1212-A
Rt. 2005 s. 833	LB-2018-63160	HR-2023-1639-A

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

<i>Parter</i>	<i>Dato</i>	<i>ECLI-nummer</i>
Sud Fondi SRL and others v. Italy	20. januar 2009	ECLI:CE:ECHR:2009:0120JUD007590901
G.I.E.M. S.R.L. and others v. Italy	28. juni 2018	ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD000182806

Litteratur

- Andenæs (1956) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, Akademisk Forlag, Oslo 1956.
- Andenæs mfl. (2020) Andenæs, Johs; Rieber-Mohn, Georg Fredrik og Sæther, Knut Erik, *Alminnelig strafferet*, 6. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2020
- Emberland (2022) Emberland, Marius, «Om internasjonale menneskerettigheter: Stiller EMK nå krav om skyld ved straff? – Merknader til Høyesteretts dom 15. april 2021 (HR-2021-797-A)», *Tidsskrift for strafferett 2022*, side 97-116
- Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utgave, 1. opplag, Fagbokforlaget, Bergen, 2019.
- Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 3. utgave, 1. opplag, Fagbokforlaget, Bergen, 2023.
- Holter (2021) Holter, Katrine, «Karnov lovkommentar til straffeloven» I *Lovdata Pro*, 2021, hentet 15. september 2023.
- Holter (2022) Holter, Katrine, «Forsett uten en tanke?» *Tidsskrift for Strafferett*, vol. 22, Utg. 3, 2022, side 238-262
- Høivik (2012) Høivik, Knut, *Foretaksstraff: en analyse av ansvarskonstruksjonen og dens historiske, rettspolitiske og moralske forutsetninger*, Cappelen Damm akademisk, Oslo, 2012

- Jacobsen, Ulvund/Sunde (2015) Jacobsen, Jørn, «*Sløret forsett*»? *Høgsterett mellom teori og praksis i strafferetten*, i: Ulvund, Frode og Sunde, Jørn Øyrehagen, red. *Lovens speil – Høgsterett 200 år*, side 143-176, Fagbokforlaget, Bergen, 2015
- Jacobsen (2019) Jacobsen, Jørn, *Valdtektsstraffebudet: gjeldande rett og spørsmålet om reform*, Fagbokforlaget, Bergen, 2019
- Jacobsen (2023) Jacobsen, Jørn, «HR-2023-1639-A om eventuelt forsett: Two wrongs don't make a right?» <https://jacobsensstrafferett.w.uib.no/2023/09/11/hr-2023-1639-a-om-eventuelt-forsett-two-wrongs-dont-make-a-right/> Lest 30. September 2023
- Jahre (2018) Jahre, Hans-Petter, Forsettets nedre grense – innvilgelse eller likegyldighet; *Tidsskrift for strafferett*, 2018, side 8-25.
- Lund (2020) Lund, Christian, «Dolus eventualis i rettspraksis – og anvendelsen i alvorlige voldssaker» *Lov og rett*, Vol. 59, Utg. 6, 2020, side 349-367.
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven. Alminnelige bestemmelser. Kommentartutgave*. <https://juridika.no/lov/2005-05-20-28/%C2%A723/kommentar> Lest på Juridika 10. september 2023.
- Mæland (2012) Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett*, Justian, Bergen, 2012

- Poulsen (2021) Poulsen, Thomas Chr, «Sløret forsett» eller passiv kunnskap»? *Tidsskrift for strafferett*, vol. 2, utg. 3, 2021 side 211-245
- Rui (2018) Rui, Jon Petter, «Straff som inngrep i menneskerettigheter og krav om legitimt formål og forholdsmessighet – Noen kommentarer til HR-2022-731-A», *Lov og Rett*, vol. 61, utg. 10, 2022, side 613-633
- Øyen (2022) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 3. utgave, Fagbokforlaget, Oslo, 2022