

**”FORSETTETS NEDRE GRENSE: DOLUS
EVENTUALIS”**

- En redegjørelse for rettstilstanden og dets betenkeligheter

Kandidatnummer: 165404

Innlevering: 2. juni.

Veileder: Ørnulf Øyen

Ord: 14831

KAPITTEL 1. INNLEDNING	4
1.1. Skyldkravet i strafferetten.....	4
1.2. Plassering av dolus eventualis innenfor skyldlæren.....	5
1.3. Begrunnelsen for forsettet og uaktsomheten	6
1.4. I hvilken grad bør dolus eventualis rammes av forsettet?	7
1.5. Kort om rettskildene	8
1.6. Avhandlingens problemstillinger	8
KAPITTEL 2. FRA STRAFFELOVEN AV 1902 TIL STRAFFELOVEN AV 2005	9
2.1. Forarbeidene til straffeloven av 1902	9
2.2. Dolus eventualis i norsk rettspraksis	9
2.3. Juridisk teori	12
2.4. Departementets kodifisering av dolus eventualis i den nye straffeloven § 22 bokstav c	15
KAPITTEL 3. NÆRMERE OM DE KRAV SOM STILLES TIL DEN POSITIVE INNVILGELSE	16
3.1. Problemstillingen.....	16
3.2. Gjerningsmannen må selv ha innvilget følgen. Hypotetisk forsett godtas ikke.	16
3.3. Nærmere om kravene til den positive innvilgelsen.....	17
3.4. Forholdet til Rt. 1980 s. 979.....	20
3.5. Er det nok at gjerningsmannen har bevisst valgt å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen med overveiende sannsynlighet ble oppfylt?.....	22
3.5.1. Forarbeidene til straffeloven av 1902	22
3.5.2. Høyesterettspraksis	23
3.5.3. Juridisk teori	23
3.5.4. Reelle hensyn	24
3.5.5. Oppsummert	25
KAPITTEL 4. NÆRMERE OM HVORDAN EN BEVISER POSITIV INNVILGELSE	25
4.1. Problemstillingen.....	25
4.2. Bevis for den positive innvilgelse	26
4.3. Forholdet til den bevisste uvitenhet.....	27
4.4. Forarbeidene til nye straffeloven av 2005	28
4.5. Juridisk teori	29

KAPITTEL 5. LEGGER HØYESTERETT OG LOVGIVER SEG PÅ EN MELLOMLØSNING MELLOM DEN POSITIVE INNVILGELSESTEORI OG DEN HYPOTETISKE INNVILGELSESTEORI?	31
5.1. Problemstillingen.....	31
5.2. Nærmer Høyesterett og lovgiver seg en hypotetisk innvilgelse?	31
5.3. Er en slik bevisbedømmelse betenkelig?	32
KAPITTEL 6. MER OM BETENKELIGHETENE MED RETTSTILSTANDEN	34
6.1. Problemstillingen.....	34
6.2. En slik bevisbedømmelse kan medføre en risiko for at bevismomenter feilvurderes og at rettsanvenderen i realiteten beviser en bevisst uaktsomhet	34
6.3. Særlig om bevisst uvitenhet.....	35
6.4. Risikerer en at Høyesterett og lovgiver utilsiktet skjuler et fingert forsett innunder et bevistema som krever positiv innvilgelse?	36
6.5. Risikerer man ikke å oppfylle beviskravet for skyldspørsmålet?	37
7. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.	38
- FORSLAG TIL Å LØSE BEVISPROBLEMATIKKEN KNYTTET TIL DOLUS EVENTUALIS	38
7.1. Er det mulig å omformulere bevistemaet for dolus eventualis?.....	38
7.2. Man kan la disse situasjonene rammes av uaktsomhetsansvaret	39
7.3. Burde man fingere et forsett i stedet?	39
7.4. Avsluttende refleksjoner.....	40

Kapittel 1. Innledning

1.1. Skyldkravet i strafferetten

Det er et absolutt straffbarhetsvilkår at gjerningsmannen må ha handlet med tilstrekkelig subjektiv skyld. Det er ikke tilstrekkelig for å straffes at gjerningsmannen objektivt sett har vært årsak til rettskrenkelsen.¹

Straffeloven § 40 tilsier at gjerningsmannen for å straffes etter bestemmelsene i straffeloven må ha realisert straffebudets gjerningsbeskrivelse på forsettelig måte. Uaktsomhet rammes kun dersom dette følger uttrykkelig av straffebudet selv.² I den grad uaktsomheten er gjort straffbar straffes den dessuten mildere.³

Når jeg i det følgende snakker om ”følge av handling” mener jeg også den eller de omstendigheter som må være avgjørende for straffbarheten etter straffebudet.

Forsett foreligger for det første dersom gjerningsmannen har tilsiktet eller ønsket følgen. (hensiktsforsett).⁴ Forsett foreligger også dersom gjerningsmannen holdt følgen som sikker eller overveiende sannsynlig (sannsynlighetsforsett).⁵ Dette betyr at gjerningsmannen har ansett det som mer sannsynlig at følgen inntraff enn at den ikke inntraff.

Dersom gjerningsmannen ikke har sett at følgen var mulig foreligger ikke forsett, men i høyden uaktsomhet.⁶ For at gjerningsmannen skal straffes for uaktsom realisering av gjerningsbeskrivelsen må han ha handlet i strid med kravet til forsvarlig opptreden på det området straffebudet retter seg mot, og må kunne bebreides ut fra sine personlige

¹ Menneskerettsloven § 2 nr. 1, jf. EMK art. 6 nr. 2, jf. Rt. 2005 s. 833. Høyesterett vurderte i denne saken om strl. § 195 tredje ledd var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Ordlyden i § 195 tredje ledd tilsier at gjerningsmannens villfarelse om barnets alder ikke frifinner ham for straff. Høyesterett kom til at dette ville stride med uskyldspresumsjonen, og innfortolket en reservasjon om at villfarelsen frifant ham dersom den var aktsom. Skyldkravet for barnets alder er dermed uaktsomhet.

² I særlovgivningen, dvs. straffebestemmelser *utenfor* straffeloven, er uaktsomhet normalt tilstrekkelig.

³ For eksempel er strafferammen for uaktsom narkotikainnførsel inntil 2 år. For den grove forsettelige innførsel hele 10 år, jf. strl. § 162.

⁴ Jf. bl.a. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) pkt. 16.2.2. I den nye straffeloven § 22 a foreligger hensiktsforsett der hvor gjerningsmannen ”handler med hensikt om å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud”.

⁵ Jf. bl.a. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) pkt. 16.2.2. I den nye straffeloven § 22 b foreligger sannsynlighetsforsett der gjerningsmannen ”handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig oppfylder gjerningsbeskrivelsen i et straffebud”.

⁶ Se bl.a. Andenæs (2005) s. 235.

forutsetninger.⁷ Dersom gjerningsmannen imidlertid har sett muligheten for følgen er uaktsomheten *bevisst*.⁸

Kravet om at gjerningsmannen må ha realisert straffebudets gjerningsbeskrivelse enten ved forsett eller uaktsomhet begrunnes i særlig to forhold.

Straffen skal for det første virke preventivt slik at den får både gjerningsmannen selv og andre til å avstå fra sosialt uønsket atferd. I så fall må straffen ramme den som kan personlig bebreides for rettskrenkelsen. For det andre må kravet om subjektiv skyld begrunnes i rettferdighetsbetraktninger. Straff defineres tradisjonelt som et tilsiktet onde fra statens side på grunn av lovovertrjedelsen, og formålet med straffen er at gjerningsmannen skal føle det som et onde. Dette medfører at det vil være urettferdig å bruke straff mot den som ikke kan klandres for rettskrenkelsen.⁹

De preventive hensyn og rettferdsbetraktningene tilsier også at straffen bør være strengere for den som er klar over at han fremkalte følgen, enn den som kun var bevisst på risikoen for følgen (bevisst uaktsomhet), eller som overhodet ikke så muligheten for følgen (ubevisst uaktsomhet).¹⁰ Dette er bakgrunnen for at strafferammen for den uaktsomme overtredelse av straffebudet er vesentlig mildere enn straffen for den forsettelige overtredelse.

1.2. Plassering av *dolus eventualis* innenfor skyldlæren

Spørsmålet blir om forsett kan foreligge hvor gjerningsmannen verken har hatt hensikt om følgen, eller holdt den som sikker eller overveiende sannsynlig, det vil si når følgen kun har vært mer eller mindre mulig for gjerningsmannen.

I utgangspunktet foreligger ikke forsett i disse tilfellene. Selv om gjerningsmannen har sett muligheten for følgen, og dermed tatt en risiko, er ikke dette nok til å konstatere forsett. Dette er i utgangspunktet kun en bevisst uaktsomhet.¹¹ Men det er en allmenn enighet om at forsett også må foreligge utenfor disse tilfellene.

For det første kan forsett foreligge dersom gjerningsmannen på grunn av rus hadde nedsatt bevissthet i gjerningsøyeblikket. I dette tilfellet bedømmes gjerningsmannen som edru, slik at forsett kan foreligge selv om han kun har sett muligheten for følgen.¹²

⁷ Jf. nye straffeloven § 23.

⁸ Se bl.a. Andenæs (2005) s. 235.

⁹ Jf. bl.a. Andenæs (1994) s. 88.

¹⁰ L.c.

¹¹ Kapittel 1.1. ovenfor.

¹² Strl. § 40 første ledd andre punktum, jf. Andenæs 2005 s. 317.

Spørsmålet er dermed om forsett kan foreligge selv om gjerningsmannen verken har holdt følgen som overveiende sannsynlige, hatt hensikt om den eller hatt nedsatt bevissthet på grunn av rus.

Det er her læren om *dolus eventualis* kommer inn. Gjerningsmannen kan nemlig ha hatt forsett dersom han har *innvilget* eller *akseptert* den mulige følgen. I så fall bør det ikke spille noen rolle hvor sannsynlig følgen var for gjerningsmannen.

Spørsmålet i denne avhandlingen er når gjerningsmannen har innvilget den mulige følgen, og således hva som skiller denne situasjonen fra den bevisste uaktsomheten.

Det har tradisjonelt vært to måter å angi hva som utgjør en innvilgelse. En måte er å stille spørsmål ved om gjerningsmannen bevisst valgte å foreta handlingen selv om følgen inntraff. Denne varianten av skyldformen *dolus eventualis* kalles for positiv innvilgelsesteori.¹³

Den andre er at rettsanvenderen stiller seg spørsmålet; ville gjerningsmannen ha handlet som han gjorde dersom han visste at følgen ville inntre? Denne varianten av skyldformen kalles gjerne den hypotetiske innvilgelsesteorien.¹⁴

1.3. Begrunnelsen for forsettet og uaktsomheten

Det er særlig to hovedsynpunkter som begrunner forsettet. For det første gjerningsmannens *vilje* til å fremkalle følgen. For det andre gjerningsmannens *bevissthet* om at han foretar en handling som fremkaller følgen.¹⁵

Ved hensiktsforsettet ligger bebreidelsen i at han har villet følgen, og således vist en ond vilje til å trosse rettsordenen. I utgangspunktet spiller det ingen rolle hvor sannsynlig det er for gjerningsmannen at følgen inntre. Det må likevel avgrenses mot de tilfeller risikoen er så liten at denne følgen ligger innenfor den "tillatte risiko".¹⁶

Ved sannsynlighetsforsettet ligger straffverdigheten i at gjerningsmannen har hatt en sterk bevissthet om følgen og likevel foretatt handlingen. Gjerningsmannen hadde dermed en psykologisk tilknytning til følgen som ga ham en særlig oppfordring til å

¹³ Rt. 1991 s. 600.

¹⁴ Rt. 1991 s. 600. I NOU: 1983:57 s. 144 fremholder straffelovskommisjonen at dette ikke er gjeldende rett pga. at en slik måte å påvise innvilgelse på vil få urimelige resultater. (se mer kapittel 3)

¹⁵ Andenæs 2005 s. 239.

¹⁶ Andenæs 2005 s. 158 - 159. Dette er en objektiv rettstridsreservasjon. Hvorvidt handlingen ligger innenfor den tillatte risiko beror på om den objektivt sett kan anses utilbørlig, jf. rettspraksis.

unnlate handlingen.¹⁷ Når gjerningsmannen likevel foretar handlingen viser han mangel på hensyn i forhold til følgen. Gjerningsmannen har vist en ond vilje til å trosse rettsordenen fordi han har satt sin interesse i å nå målet ved handlingen høyere enn de interesser straffebudet verner.¹⁸ I disse tilfellene foreligger det et såpass manifestert forbrytersk sinnelag at det er rimelig at gjerningsmannen straffes for å ha foretatt handlingen, eventuelt at denne klandreverdigheten kommer til syne i straffeutmålingen dersom straffebudet også rammer uaktsomheten.

Uaktsomheten begrunnes ikke på samme måte. Ved ubevisst uaktsomhet har gjerningsmannen ikke sett rimuligheten for følgen. Dermed kan han kun klandres for sin uoppmerksomhet i forhold til dette, samt at det var uaktsomt å handle på den måten han gjorde. Men det er altså ikke psykologiske kriterier som begrunner den ubevisste uaktsomheten.

Ved bevisst uaktsomhet har imidlertid gjerningsmannen sett at det var en risiko for følgen, og dermed hatt en *viss bevissthet* om at han handlet på en måte som førte til rettskrenkelsen. Dermed har både den bevisste uaktsomheten og forsettet til felles en viss innsikt om følgens inntreden.¹⁹ Forsettet skiller seg imidlertid fra uaktsomheten ved at det kreves en sterk grad av bevissthet om følgens inntreden.²⁰ Han har nemlig holdt den som minst overveiende sannsynlig.

Ved bevisst uaktsomhet har gjerningsmannen visstnok handlet til tross for risikoen for følgen, og således handlet hensynsløst.²¹ Men han har ikke ved en så lav bevissthet om følgen satt egeninteressene i å nå målet så mye høyere enn de interesser straffebudet verner, at han bør rammes av forsettet. Han har dermed ikke vist en manifestert vilje til også å foreta denne mulige følgen. Straffens preventive siktemål og rettferdighetsbetraktninger står ikke like sterkt i en slik situasjon.

1.4. I hvilken grad bør *dolus eventualis* rammes av forsettet?

Forsettet er en grovere skyldform enn uaktsomheten, og gjerningsmannen kan i større grad bebreides for sin handling. Det er altså snakk om gradsforskjell i straffverdighet. Hvorvidt *dolus eventualis* – tilfellene skal rammes av forsettet og ikke bare den bevisste uaktsomheten, må derfor bero på om gjerningsmannen i større grad kan bebreides enn den som er bevisst uaktsom. Poenget må være at når gjerningsmannen har akseptert eller

¹⁷ Se Hagerup (1929) s. 255 fremholder særlig dette ”psykologiske faktum”. Se også Andorsen i JV 1996 s. 20. Han kaller dette et ”psykologisk kriterium”.

¹⁸ Se Hagerup (1929) s. 254. Han kaller dette en ”antisosial vilje”

¹⁹ Se bl.a. Røstad (1993) s. 134.

²⁰ L.c.

²¹ Se bl.a. Bratholm (1980) s. 109.

innvilget den mulige følgen, har han vist en vilje til rettskrenkelsen. Spørsmålet som reiser seg er imidlertid *når* gjerningsmannen har innvilget den mulige følgen.

Dette må bero på om hensynsløsheten eller likegyldigheten i forhold til følgen er av en slik karakter at han må sies å ikke bare ha akseptert risikoen for dens inntreden, men også at den faktisk ble en realitet. Ikke bare kjennetegnes hans handlemåte dermed som hensynsløs til eventuelle følger av handlingen, men direkte likegyldig til den konkrete følgens realisering. Dette er det sentrale rettslige skillet mellom forsettet og uaktsomheten.

1.5. Kort om rettskildene

Regelen om *dolus eventualis* er nå kodifisert i den nye straffeloven § 22 c. Innholdet i denne bestemmelsen skulle være sammenfallende med gjeldende rett. De rettskilder som vil være viktige for meg å fokusere på vil dermed være Høyesterettspraksis og juridisk teori som tradisjonelt har vært med på å utvikle det rettslige innholdet i *dolus eventualis*. Men jeg vil også vise til departementets uttalelser til den nye bestemmelsen der dette har betydning for tolkningen av regelen.

1.6. Avhandlingens problemstillinger

Spørsmålet er *når* gjerningsmannen har innvilget den mulige rettskrenkelsen. Dette beror på hvordan gjeldende rett identifiserer de situasjoner hvor gjerningsmannens hensynsløshet har vært av en slik karakter at han må sies å ha akseptert at følgen ble en realitet.

I kapittel 3 skal jeg derfor undersøke hvilke krav gjeldende rett stiller til innvilgelsen. I kapittel 4 og 5 skal jeg se på hvordan en beviser at gjerningsmannen har innvilget følgen. I kapittel 6 skal jeg foreta en rettspolitisk vurdering av om en den foreliggende rettstilstanden er hensiktsmessig, særlig i lys av begrunnelsene for at *dolus eventualis* rammes av forsettet. Til sist skal jeg i kapittel 7 komme med noen forslag til løsninger på bevisproblemene som oppstår i forbindelse med *dolus eventualis*. Jeg vil imidlertid nå i kapittel 2 redegjøre for den historiske utviklingen som har skjedd når det gjelder hva som kreves for at det skal bli snakk om forsett.

Kapittel 2. Fra straffeloven av 1902 til straffeloven av 2005

2.1. Forarbeidene til straffeloven av 1902

I straffelovskommisjonens utarbeidelser til straffeloven av 1902 sier man om forsettets nedre avgrensning mot uaktsomhetsansvaret at:

”Af væsentlig Betydning vil det her maatte være, om den Skyldige kan siges at have acquiesceret ved Følges Indtræden eller ikke, det vil si om han har handlet uden Hensyn til denne, saaledes at han, om han havde kunnet forudse dens Indtræden, dog vilde have handlet paa samme Maade, eller om han har handlet, stolende paa, at en gunstig Skjæbne vilde forskaane ham for den frygtede Følges Indtræden.”²²

Disse formuleringene tilsier at forsett også kan foreligge der gjerningsmannen har handlet hensynsløst i forhold til følgen. Det ser ut til at man bruker den hypotetiske prøve til å angi styrken og karakteren av den hensynsløshet som har funnet sted. Dersom gjerningsmannen ville ha handlet slik dersom han hadde forutsett denne følgen, har hans hensynsløshet vært av en slik art og karakter at han kan ha handlet forsettelig.²³ Har han imidlertid handlet i håp om at følgen ikke skal inntre foreligger ikke forsett.

2.2. Dolus eventualis i norsk rettspraksis

Den første dommen om dolus eventualis er inntatt i Rt. 1933 s. 1132. Saken gjaldt fire personer som 1. mai 1933 tok ned det tyske hakekorsflagget fra det tyske konsulatet i Narvik, ødela det, og deretter heiste det opp igjen. De ble dømt i lagmannsretten for overtredelse av strl. § 94 for nedfiring og ødeleggelse av fremmed stats flagg. Spørsmålet for Høyesterett var om de hadde vært kjent med at hakekorsflagget var Tysklands offisielle flagg. Høyesterett uttalte at forsett forelå idet:

”... de domfelte enten har visst at hakekorsflagget var det tyske rikets offisielle flagg, eller at de ialfall har regnet med den mulighet at det kunde forholde sig saaledes, og at de har begaatt sin handling uten hensyn til denne mulighet - at de med andre ord vilde handlet som skjedd, selv om de hadde hatt sikkert kjennskap til forholdet - hvilket er tilstrekkelig til at anta at det foreligger forsett”.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 1945 s. 109 var Vidkun Quisling dømt for overtredelse av strl. § 84. Høyesterett fremholdt:

”Det bør også merkes at forsett i strafferettslig forstand hva angår dette å påføre Norge krig eller fiendtligheter, har vært til stede ikke bare hvis domfelte har vært forvisset om at så ville bli følgen av den aksjon han tilskyndet til, men også hvis han regnet med dette forløp som en mulighet og allikevel har villet aksjonen, uten hensyn til denne mulige følge. Jeg henviser til **Rt. 1933 s. 1132**”.

²² SKM 1896, s. 58.

²³ Ross (1974) s. 62.

Begge disse avgjørelsene krever for forsett at gjerningsmannen skal ha ”handlet uten hensyn til følgen”. Men i Rt. 1933 s. 1132 bruker man som en ser den hypotetiske prøve for å markere forskjellen til den bevisste uaktsomheten. Dette indikerer at Høyesterett forstår forsettets nedre grense på samme måte som i forarbeidene til straffeloven av 1902. Det er nemlig den hypotetiske prøve som tilsier at de tiltalte har handlet med forsett og ikke bevisst uaktsomhet. Poenget må være at tiltalte ikke kan ha handlet i håp om at følgen ikke skulle være den aktuelle, men tvert imot ville ha handlet slik dersom de hadde visst at det var snakk om det tyske rikets flagg. Dermed har deres egeninteresse i å nå målet ved handlingen vært sterkere enn deres håp om at det ikke skulle være det tyske rikets flagg, og de ville ikke avstått fra handlingen om de hadde visst at følgen skulle inntre.

I Rt. 1945 s. 109 bruker man imidlertid en formulering som ser ut til å være en ren positiv innvilgelseslære. Her er det nemlig avgjørende om gjerningsmannen med vissheten om muligheten for følgen ”allikevel har villet aksjonen” uten hensyn til denne mulige følgen. Dette trekker i retning av at man utelukkende baserer forsettet på om gjerningsmannen selv har bevisst ønsket å foreta handlingen selv om følgen skulle inntre.²⁴ Premissene er uklare på hvordan en skal avgrense mot den bevisste uaktsomheten. Det kan imidlertid se ut som Høyesterett mener at når han likevel *vil* aksjonen, har graden av hans hensynsløshet vært så sterk at han har handlet med forsett.

Den neste dommen hvor Høyesterett tok stilling til forsett ved *dolus eventualis* er inntatt i Rt. 1980 s. 979. Saken gjaldt forsøk på drap på tre polititjenestemenn. Lagmannen sa i sin rettsbelæring til juryen på (s. 981):

”Hver av de tiltalte, må for å kunne straffes, være klar over at han skjød og han må ha gjort dette til tross for at han regnet det som en mulighet at de fornærmede kunne bli truffet og drept. ... For fellelse er det imidlertid ikke nødvendig at de tiltalte har handlet i drapshensikt. Det er tilstrekkelig at de har tatt i betraktning muligheten for at skuddene skulle drepe, og at de har tatt denne mulighet med på kjøpet”.

Deretter presiserte lagmannen på anmodninger fra aktor og forsvarer kravene til gjerningsmannens innvilgelse (s. 982):

”Gjerningsmannen må for å kunne dømmes for drapsforsøk bevisst ha tatt den mulige drapsfølge med på kjøpet.”.

Høyesterett godtok denne belæringen. Videre fremholdt Høyesterett:

”Uttalelsen oppfatter jeg dels som en tilstrømming av de krav som følger av den positive innvilgelsesteori”.

²⁴ Jf. bl.a. Røstad (1993) s. 134.

Gjerningsmannen måtte i denne dommen ”bevisst ha tatt den mulige drapsfølge med på kjøpet”. Disse formuleringene indikerer at gjerningsmannen må selv ha hatt et bevisst forhold til følgen. Det er dermed ikke tilstrekkelig å ha foretatt handlingen uten hensyn til følgen, eller å ville foreta handlingen uten hensyn til muligheten for følgen. Han må antakelig ha tenkt i retning av denne følgens realisering, og således tatt en bevisst risiko i forhold til følgen. Når det gjelder avgrensningen nedad mot den bevisste uaktsomheten er premissene imidlertid uklare. Men antakelig mener Høyesterett at gjerningsmannen har vært så opptatt av å nå sitt mål ved handlingen at graden av hensynsløshet i forhold til denne følgen er så stor at han har handlet forsettelig. Det må være dette som ligger i ”tatt følgen med på kjøpet”.

Den mest prinsipielle avgjørelsen om *dolus eventualis* er inntatt i Rt. 1991 s. 600. Saken gjaldt strl. § 162 og domfelte hevdet han ikke kjente til at det nettopp var heroin han innførte til landet, og heller ikke at narkotikapartiet var så stort som det faktisk var. Lagmannen hadde sagt i sin rettsbelæring:

”Det er også forsett dersom tiltalte ikke visste at han hadde med seg narkotika av den art, og i det omfang han hadde, såfremt lagretten finner det bevisst at han ville ha gjennomført innførselen dersom han hadde visst eller regnet det som sannsynlig at det var et slikt parti han hadde med seg.”.

Høyesterett mente imidlertid at det ikke var godtatt å søke gjerningsmannens innvilgelse ved å stille spørsmål om hva han ville ha gjort dersom han hadde hatt innsikten om følgens inntreden, og uttalte (s.603):

”Men også når gjerningsmannen bare har ansett en slik følge som mulig, kan det tenkes å foreligge forsett, såkalt *dolus eventualis*. I den nevnte avgjørelse i Rt-1980-979 er det således lagt til grunn at forsett foreligger når gjerningsmannen har tatt det standpunkt å foreta handlingen selv om den følge straffebudet beskriver, skulle inntre. Det er dette som ligger i den såkalte positive innvilgelsesteori”.²⁵

Formuleringen ” tatt det standpunkt å foreta handlingen selv om den følge straffebudet beskriver, skulle inntre” ser ut til å innstramme ennå mer på hva som kreves av gjerningsmannens innvilgelse av følgen. Her er det nemlig ikke engang nok at han har ”bevisst tatt følgen med på kjøpet”. Han må nemlig i tillegg ha inntatt et bevisst standpunkt om at han valgte å handle selv om følgen *skulle bli en realitet*. I så fall må han antakelig ha reflektert over om han skal foreta handlingen selv om den konkrete følgen rent faktisk skulle inntre.

²⁵ Se kapittel 3.2.

2.3. Juridisk teori²⁶

Hagerup fremholdt i 1929 at både uaktsomhet og forsett kjennetegnes ved at gjerningsmannen har foretatt handlingen selv om han har hatt en viss forestilling om følgen. Men forsett foreligger kun der gjerningsmannen bevisst har satt egeninteressene i å nå målet ved handlingen foran den samfunnsinteresse som den straffbare følge gjelder.²⁷

Hagerup kritiserte dermed den hypotetiske innvilgelsesteorien. Han mente at hans egen måte å søke gjerningsmannens ”vilje får klarere frem at en ikke opererer med en tenkt forutsetning, men et psykologisk faktum.”²⁸

Poenget må være at selv om gjerningsmannen både ved forsett og den bevisste uaktsomheten har en viss forestilling om følgen er det kun der gjerningsmannen bevisst har satt egeninteressen i å nå målet ved handlingen fremfor de interesser straffebudet verner at forsett foreligger. I følge Hagerup foreligger det her en antisosial vilje.²⁹

Kjerschow fremholdt i 1930 at forsett kan foreligge selv om følgen verken er tilsiktet eller holdt som sikker eller overveiende sannsynlig dersom gjerningsmannen ”vilde ha handlet som skjedd, selv om han hadde ansett den mulige følge som sikker eller overveiende inntredende”. Dersom gjerningsmannen ikke ville ha foretatt handlingen ”hvis han hadde forestillet sig følgen som sikker, foreligger i tilfelle alene (bevisst) uaktsomhet”. Kjerschow mener tilsynelatende at forsett kan foreligge ved en hypotetisk innvilgelsesteori. Dersom gjerningsmannen ikke ville ha handlet selv om han holdt den mulige følge som sikker eller overveiende sannsynlig foreligger bevisst uaktsomhet.

Kjerschow uttalte imidlertid også at forsett kan foreligge der ”gjerningsmannen med den mulige følge for øie har for tilfelle av dens inntreden billiget den, tatt den med på kjøpet osv.”³⁰ I så fall mener han at forsett også foreligger dersom gjerningsmannen bevisst har godtatt den eller at han er så opptatt av å nå målet ved handlingen at han har tatt den med på kjøpet. Men Kjerschow avgrensner likevel nedad mot den bevisste uaktsomhet ved å fremholde at:

”Ved bevisstheten om mulig inntreden av en ikke ønsket følge håper gjerningsmannen mer eller mindre intensivt på, at denne følge ikke skal inntre. Hvis håpet (forventningen) herom er avgjørende (hovedmotiv) for handlingens foretagelse, foreligger ikke forset, men alene bevisst uaktsomhet, foretrekker gjerningsmannens

²⁶ Mæland og Slettan/Øie har ikke noe annet å tilføye, og behandles ikke.

²⁷ Hagerup (1929) s. 255.

²⁸ Ibid s. 254.

²⁹ L.c.

³⁰ Kjerschow (1936) s. 92.

derimot å handle selv med utsikt til den mulige ikke ønskede følges inntreden fremfor å undlate handlingen, foreligger dolus eventualis".³¹

Dette må bety at dersom håpet til gjerningsmannen er grunnen til at han velger å foreta handlingen foreligger kun bevisst uaktsomhet. Dersom han imidlertid foretrekker å handle selv om han er klar over at det er en mulighet for følges inntreden, foreligger forsett ved dolus eventualis. Poenget må være at ved dolus eventualis er håpet om at følgen ikke skal skje ikke sterkt nok til å avholde ham. Han foretrekker å handle uansett.

Skeie mente i 1946 at forsett ved dolus eventualis utelukkende forelå der gjerningsmannen "ved selve gjerningen har vist eller sagt at den ansvarsbestemmende omstendighet ikke avholder ham fra gjerningen".³²

Poenget må være at der gjerningsmannen selv bevisst har sagt eller vist i handlingsøyeblikket at følgen ikke avholder ham fra gjerningen har hans hensynsløshet vært av en sånn grad at han har innvilget følgen.³³

Skeie kritiserte den hypotetiske lære ved at det vil være umulig for gjerningsmannen selv å bedømme hvordan han ville forholdt seg hvis han hadde hatt innsikt om rettskrenkelsens inntreden, og at dommeren dermed blir nødt til å se til omstendigheter som ikke hører til selve gjerningen, nemlig hans generelle karakter. Dette er prinsipielt betenkelig fordi man fraviker det psykologiske element som ligger i at en søker hva gjerningsmannen faktiske tenkte i situasjonen.³⁴

Anders Bratholm mente i 1980 at positiv innvilgelse forelå der gjerningsmannen:

"... har tenkt på muligheten av at den skadelige følge skal inntre og finner at den er tilstede. Selv om skadefølgen skulle inntre, bestemmer han seg for at dette ikke skal avholde ham fra handlingen. Her sier man at gjerningsmannen har tatt følgen med på kjøpet ... Gjerningsmannen har godtatt ("innvilget") følgen i sin bevissthet før han handlet."

I dette ligger at positiv innvilgelse foreligger der gjerningsmannen bestemmer seg for at følgen ikke skal avholde ham fra å foreta handlingen. Han har dermed tatt følgen med på kjøpet og således godtatt eller innvilget følgen. Bratholm skiller til den bevisste uaktsomheten ved at gjerningsmannen ikke ville ha handlet slik om han hadde visst at følgen ville inntre, og at han dermed handler i tillit til at det skal gå bra. Ifølge Bratholm er gjerningsmannen vesentlig mindre å bebreide i denne situasjonen.

³¹ L.c.

³² Skeie (1946) s. 225.

³³ Uttalelsen retter seg antakelig mot bevisvurderingen av dolus eventualis, og det er uklart om den kan tillegges prinsipiell vekt i forhold til forsettets avgrensning, jf. også Andenæs (1974) s. 230.

³⁴ Skeie (1946) s. 227.

Bratholm åpner også for at forsett kan foreligge dersom gjerningsmannen ikke har tenkt nærmere på hvordan han ville ha forholdt seg om følgen skulle inntre. Straffeansvar vil bero på om:

”... retten kommer til at han ville ha tatt følgen med på kjøpet, hvis han hadde reflektert nærmere. Læren om denne skyldform kalles gjerne for den hypotetiske innvilgelsesteori. Gjerningsmannen forutsetter å ha godtatt eller innvilget følgen, hvis han hadde reflektert nærmere over forholdet.”³⁵

Bratholm mener at det er særlig grunn til å være skeptisk til å statuere forsett på bakgrunn av hva retten finner at gjerningsmannen ville ha gjort, dersom han hadde tenkt nærmere over forholdet (den hypotetiske innvilgelsesteori).³⁶

Andenæs fremholdt at forsett ved *dolus eventualis* kan foreligge etter den hypotetiske formulering av *dolus eventualis*. Men Andenæs var også kritisk til den hypotetiske innvilgelsesteori:

”Avgjørende for meg er den mer prinsipielle betraktning at spørsmålet om det foreligger forsett bør avgjøres ut fra hva den handlende har villet og tenkt i gjerningsøyeblikket, ikke ut fra hva han ville ha tenkt under andre forutsetninger...”³⁷

Han så imidlertid ikke de samme betenkelighetene med den positive innvilgelsesteorien. Han fremholdt at den foreligger når gjerningsmannen ”bevisst har ønsket foretatt handlingen selv om den uheldige følge skulle inntre”.³⁸

Dette er en litt annen formulering av den positive innvilgelse. Gjerningsmannen må tilsynelatende ha et mer bevisst forhold til følgen enn kun å ”ta den med på kjøpet”. Andenæs kommer med et eksempel på hvordan en slik positiv innvilgelse kan foreligge:

”... en skraphandler får tilbud om billig kjøp av en del gammelt sølvtøy. Han regner med muligheten av at det er tyvegods, men tenker samtidig at om så galt skulle være, skal det ikke hindre ham fra å gjøre en god forretning”.

Ved denne formuleringen har imidlertid gjerningsmannen hatt fokus på selve målet med handlingen, nemlig å gjøre en god forretning. Det kan se ut som at han dermed kun har tatt følgen med på kjøpet, og således positiv innvilget følgen på den måten. Dette betyr ikke nødvendigvis at han har *bevisst* innvilget følgen i sin bevissthet. Dermed fremstår det noe uklart om Andenæs i realiteten stiller strengere krav til den positive innvilgelse ved denne formulering.

³⁵ Bratholm (1980) s. 215.

³⁶ Ibid s. 217.

³⁷ 22 nordiske juristmøtet i Reykjavik (1963) s. 118.

³⁸ Andenæs (1974) s. 230.

Eskeland fremholder at positiv innvilgelse foreligger der gjerningsmannen har "forut for handlingen har tenkt som så: dersom gjerningsinnholdet er eller vil bli oppfylt, vil jeg likevel gjennomføre handlingen. Dersom han sier til seg selv at han ikke ville ha foretatt handlingen hvis gjerningsbeskrivelsen skulle bli oppfylt, foreligger bevisst uaktsomhet. I følge Eskeland spiller det i så fall ingen spiller noen rolle om gjerningsmannen håper at omstendighetene ikke eksisterer.³⁹ Men dersom gjerningsmannen håper at de straffbare omstendigheter ikke eksisterer ville han vel neppe ha handlet uansett. Det ser dermed ut til at Eskeland nærmer seg den bevisste uaktsomheten med denne formuleringen.

Kjell V. Andorsen hevder at positiv innvilgelse foreligger der gjerningsmannen velger å handle selv om han i sine tanker ser at følgen blir en realitet. Andorsen kaller dette også for et likegyldighetsforsett begrunnet i at dette er en kynisk gjerningsperson som er likegyldig overfor følgen.⁴⁰

2.4. Departementets kodifisering av dolus eventualis i den nye straffeloven § 22 bokstav c

I den nye straffeloven § 22 bokstav c er læren om dolus eventualis nå lovregulert. Etter denne bestemmelsen foreligger forsett når noen:

"... regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og bestemmer seg for å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen med sikkerhet eller mest sannsynlig skulle bli oppfylt".⁴¹

Bestemmelsen er ment som en kodifisering av gjeldende rett.⁴² Dette medfører at bestemmelsen skulle være i tråd med slik Høyesterett i Rt. 1991 s. 600 formulerte den positive innvilgelsesteori. Hovedbegrunnelsen for å videreføre dolus eventualis var det praktiske behovet for å kunne straffe kurere som holdt seg bevisst uvitne om arten og/eller kvantumet av hva de faktisk transporterte inn til landet, bakmenn ved organisert kriminalitet og ved drap og alvorlige legemskrenkelser som er begått på særlig hensynsløs og klandreverdige måte.⁴³

Under høringsrunden hadde imidlertid en rekke høringsinstanser gått inn for å sløyfe dolus eventualis. Disse høringsinstansene vektla særlig at "ulikhet i straffverdighet

³⁹ Eskeland (2005) s. 272.

⁴⁰ Etter min mening er det grunn til å skille mellom positiv innvilgelse og likegyldighetsforsett. Gjerningsmannen har ikke nødvendigvis positivt innvilget følgen kun idet han har vært likegyldig til den. Se mer kap. 7.2.

⁴¹ Nye strl. § 22 bokstav c.

⁴² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) pkt. 16.2.3.

⁴³ Ibid. pkt. 10.4.4.

mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis er marginal, og at det regelmessig forbundet med store bevisvansker å avgjøre om dolus eventualis foreligger".⁴⁴

Kapittel 3. Nærmere om de krav som stilles til den positive innvilgelse

3.1. Problemstillingen

Spørsmålet i dette kapittelet er hvilke krav gjeldende rett stiller til innvilgelsen. Som vi har sett ser det ut til å ha skjedd en rettsutvikling når det gjelder de kravene som stilles til gjerningsmannens innvilgelse.

3.2. Gjerningsmannen må selv ha innvilget følgen. Hypotetisk forsett godtas ikke.

I Rt. 1991 s. 600 hadde gjerningsmannen hevdet at han verken kjente til at det var heroin han brakte inn til landet, eller at partiet var så stort som det faktisk var. Lagmannen fremholdt at forsett også forelå (s. 602):

"... dersom tiltalte ikke visste at han hadde med seg narkotika av den art, og i det omfang han hadde, såfremt lagretten finner det bevist at han ville ha gjennomført innførselen dersom han hadde visst eller regnet det som sannsynlig at det var et slikt parti han hadde med seg."

Høyesterett stilte på bakgrunn av dette spørsmålet om en kunne hevde at det foreligger en innvilgelse av følgen også der man finner det bevist at han ville ha transportert stoffet inn dersom han hadde regnet det som sikkert eller overveiende sannsynlig at det var snakk om stoff av denne mengde og type, altså en hypotetisk innvilgelsesteori. Høyesterett mente imidlertid at det ikke var grunnlag for en slik utvidelse av dolus eventualis, og fremholdt (s. 604) at det vil være:

"... lite naturlig at tiltaltes forsett og dermed handlingens straffbarhet etter vedkommende straffebud skal kunne bedømmes ikke ut fra hva han faktisk har besluttet, men ut fra hva han ville ha besluttet i en hypotetisk situasjon".

Dette må tolkes slik at Høyesterett ikke ønsker å ha en rettsstilstand hvor tiltaltes forsett ikke fokuserer på hva han tenkte i gjerningsøyeblikket. Som vi har sett bygger forsettet på hva gjerningsmannen tenkte når han foretok handlingen, og da vil det være lite naturlig å ikke fokusere på hvordan gjerningsmannen selv har tenkt.

En slik hypotetisk innvilgelsesteori tar ikke stilling til om gjerningsmannen selv bevisst aksepterte rettskrenkelsen, men om gjerningsmannen ville ha akseptert rettskrenkelsen

⁴⁴ Ibid. pkt. 10.4.3. Forsvarergruppen fra 1977 fremholdt bl.a. dette synet. Også straffelovskommisjonen fremholdt bevisvanskene når de gikk inn for å sløyfe dolus eventualis i NOU 2002: 4 s. 224-225.

dersom han hadde hatt innsikten om at den ville skje. Dermed ikke fokuserer på om gjerningsmannen selv i gjerningsøyeblikket aksepterte følgen. Derfor er denne måten å søke innvilgelsen på også vært kritisert i teorien, og bl.a. Skeie, Bratholm og Andenæs har ment at den hypotetiske innvilgelsesteorien er så betenkelig at den ikke kan aksepteres.⁴⁵

Skeie er særlig opptatt av at man i bevisvurderingen av den hypotetiske innvilgelsesteorien åpner for å legge for mye vekt på omstendigheter som ikke knytter seg til det som gjerningsmannen tenkte i gjerningsøyeblikket:

”Skal dolus konstateres etter en formodning om hvorledes tiltalte ville ha handlet under en annen forutsetning enn den virkelige, må det i alle fall i mange tilfelle skje på grunnlag av en karaktervurdering”.⁴⁶

Andenæs fremholder at:

”Den tiltaltes karakter, innstilling og interesser blir momenter ved denne bevisvurderingen”.⁴⁷

Ved ikke direkte å fokusere på om gjerningsmannen selv tok et bevisst valg om å godta følgen, kan en i bevisvurderingen legge avgjørende vekt på bevismomenter som ikke direkte knytter seg til om gjerningsmannen selv aksepterte følgen i gjerningsøyeblikket. Et slikt vurderingstema gjør det legitimt å legge avgjørende vekt på hva slags person det er snakk om, hva slags karakter han har eller hvilken interesse han hadde i å foreta handlingen, samt hansandel, generelle livsførsel og opptreden i retten.⁴⁸

3.3. Nærmere om kravene til den positive innvilgelsen

I Rt. 1991 s. 600 uttalte Høyesterett at det eneste godtakbare innholdet i læren om dolus eventualis var den såkalte positive innvilgelsesteorien. Høyesterett formulerte den positive innvilgelsen ved at gjerningsmannen må ha:

”... tatt det standpunkt at han vil foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen skulle ble realisert”.

Denne formulering indikerer at gjerningsmannen må ha tatt et bevisst valg om å handle selv om den mulige følgen rent faktisk skulle inntre. Poenget er at gjerningsmannen må

⁴⁵ Se kapittel 2.2 og NOU 1992:23. Straffelovkommisjonen fremhever at en slik måte å søke innvilgelsen på lett vil føre til urimelige resultater.

⁴⁶ Skeie (1946) s. 227.

⁴⁷ Andenæs (1974) s. 229.

⁴⁸ Jf. også Andorsen JV 1996 s. 127.

ha reflektert over om han skal handle selv om den mulige følgen rent faktisk skulle bli en realitet.⁴⁹

Men i Rt. 1991 s. 600 kommer også Høyesterett med en uttalelse som kan medføre at gjerningsmannen ikke behøver å ha tatt et slikt bevisst og reflektert valg om å handle selv om den konkrete følgen skulle bli en realitet (s. 603):

”Når den positive innvilgelsesteori skal anvendes i praksis, vil det ofte oppstå bevissspørsmål. Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttagelse... En slik beslutning kan nok anses tatt selv om avgjørelsestemaet ikke har fremstått helt klart i gjerningsmannens bevissthet.”

Dette kan bety at gjerningsmannen ikke trenger å ha dette standpunktet klart for seg, og at han dermed ikke trenger å ha tenkt at han skal handle selv om følgen rent faktisk skulle bli en realitet. Men dersom det ikke er nødvendig å føre bevis for et slikt bevisst valg kan dette medføre at det i realiteten er tilstrekkelig at gjerningsmannen så muligheten for følgen, og allikevel valgte å foreta handlingen. Denne uttalelsen til Høyesterett ser ut til å lempe på de kravene som stilles til innvilgelsen av følgen.

Men dersom en skal få et reelt skille til den bevisste uaktsomheten må Høyesterett få frem at gjerningsmannens hensynsløshet har vært av en sånn karakter at han har satt sine egne interesser foran de interesser straffebudet verner. Formålet med å formulere den positive innvilgelse på den måten Høyesterett gjør i Rt. 1991 s. 600 må være å få frem dette direkte i bevisstemaet.

I Rt. 2001 s. 58 klargjør imidlertid Høyesterett hvilke krav som må ligge i innvilgelsen av følgen for at det skal bli snakk om forsett og ikke bevisst uaktsomhet. Saken gjaldt også hvorvidt tiltalte hadde foretatt forsettelig grov narkotikainnførsel etter strl. § 162 tredje ledd. I denne saken kom Høyesterett med prinsipielle uttalelser som viser hvor klar innvilgelsen må ha vært for gjerningsmannen.

Lagmannen hadde lagt til grunn at tiltalte ikke behøver:

”... å ha tenkt konkret på heroin, kokain eller andre narkotiske stoffer. Det er nok at han med seg selv har innsett muligheten av at det er et annet narkotisk stoff, og at han likevel gjennomfører handlingen”.

Lagmannen mente tilsynelatende at det ikke er noe krav om at gjerningsmannen må ha bevisst tatt stilling til at han skal handle selv om det skulle vise seg faktisk og være heroin av denne art og mengde. Uttalelsene viser at det er tilstrekkelig at

⁴⁹ Jf. også Andorsen, JV 1996. s. 126. Han kaller dette et faktisk bevissthetsinnhold. Gjerningsmannen må ha tenkt med seg selv at han skal foreta handlingen selv om følgen skulle inntre, og han må ha inntatt et positivt standpunkt til dette. Se kap. 2.4.

gjerningsmannen har sett muligheten for følgen, og at han likevel gjennomfører handlingen.

Lagmannen begrunnet at den bevisste uvitenhet i seg selv var nok til at gjerningsmannen kunne sies å ha å ha innvilget følgen, ved at å vise til at Høyesterett i Rt. 1991 s. 600 hadde uttalt at "en slik beslutning kan nok anses tatt selv om avgjørelsestemaet ikke har fremstått helt klart i gjerningsmannens bevissthet".

Høyesterett mente (s. 63) at når lagmannen uttaler at den som har holdt seg i bevisst uvitenhet ikke kan fritas, går det ikke klart frem, at det for å konstatere forsett kreves at det finnes bevisst at "... gjerningspersonen har tatt en beslutning om at handlingen skal gjennomføres selv om stoffet viser seg å være amfetamin og ikke hasj...". Høyesterett ser dermed ut til å mene at lagmannen måtte få frem at det rettslige bevisstema for dolus eventualis var at gjerningsmannen har inntatt det standpunkt at han velger å handle selv om det skulle vise seg å være snakk om amfetamin. Selv om den bevisste uvitenhet kunne være en omstendighet som bevismessig tilsa at gjerningsmannen hadde tatt et slikt standpunkt, måtte altså bevisstemaet formuleres i tråd med de krav som Høyesterett i Rt. 1991 s. 600 hadde stilt til innvilgelsen.

Dette medfører at uttalelsene som Høyesterett kommer med i Rt. 1991 s. 600 om at "avgjørelsestemaet ikke trenger å ha fremstått som klart i gjerningsmannens bevissthet" antakelig kun retter seg mot bevisvurderingen i forhold til dette bevisste valget som gjerningsmannen må ha tatt.⁵⁰

Høyesterett gjentok dessuten både i Rt. 2004 s. 1769 og i Rt. 2009 s. 229 at det ikke er tilstrekkelig til å konstatere forsett i form av dolus eventualis at det forhold som forsett skal dekke, for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle.

I den nye straffeloven § 22 bokstav c skulle dolus eventualis nå være kodifisert. Positiv innvilgelse foreligger dersom gjerningsmannen:

"regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebed, og bestemmer seg for å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen med sikkerhet eller mest sannsynlig skulle bli oppfylt".

Ordlyden krever at gjerningsmannen har foretatt et bevisst valg om å handle selv om følgen inntraff. Dette støttes av at departementet uttalte i sine merknader at det må finnes bevis for et slikt "bevisst valg".⁵¹

⁵⁰ Betydningen av uttalelsen vil gjennomgås nærmere i kapittel 4 i forbindelse med bevisvurderingen av den positive innvilgelse.

⁵¹ Jf. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 427.

3.4. Forholdet til Rt. 1980 s. 979

Det er påfallende at Høyesterett i Rt. 1991 s. 600 mener at formuleringen av positiv innvilgelse i Rt. 1980 s. 979 dekker de krav som stilles til innvilgelsen i Rt. 1991 s. 600. Spørsmålet er om det å ”bevisst ta følgen med på kjøpet” stiller samme krav til innvilgelsen som det å ”ta standpunkt om å handle selv om følgen skulle inntre”.

I Rt. 1980 s. 979 fremholdt Høyesterett at gjerningsmannen for å ha handlet med dolus eventualis måtte ha ”... bevisst tatt den mulige drapsfølge med på kjøpet...”. Ordet ”bevisst” indikerer for så vidt at gjerningsmannen må ha hatt et bevisst forhold til at følgen ble denne rettskrenkelsen. Dette betyr at han må ha tenkt i retning av at han velger å handle selv om rettskrenkelsen skulle skje. Dermed er det neppe nok for positiv innvilgelse at han velger å handle uansett hvilke følger handlingen får. I så fall ville han vel ha handlet hensynsløst i forhold til følgen, og dette ville vært en bevisst uaktsomhet.

Men spørsmålet er om formuleringen ”bevisst tatt med på kjøpet” får frem at gjerningsmannens hensynsløshet og likegyldighet i forhold til følgen var av en slik grad at han satt sine egne interesser foran rettskrenkelsen.

Uttrykket ”tatt med på kjøpet” kan imidlertid også bety at gjerningsmannen kun godtok risikoen for følgen, men ikke realiseringen. Poenget er at det ved dette uttrykket ikke kommer frem at gjerningsmannen var såpass likegyldig til følgen at han prioriterte egne interesser i å nå målet så sterkt at han også aksepterte at følgen ble en realitet.

Som vi så innledningsvis var den positive innvilgelse opprinnelig i både forarbeidene til straffeloven av 1902 og av bl.a. Kjerschow og Bratholm formulert nettopp som et spørsmål om gjerningsmannen ”tok følgen med på kjøpet” eller ”billiget” den og lignende formuleringer.

Men disse formuleringene bygget på at håpet som gjerningsmannen hadde om at følgen ikke skulle inntre ikke fikk ham til å avstå fra handlingen, at gjerningsmannen ville ha handlet slik uansett eller at han hadde bestemt seg for at følgen ikke skulle få ham til å avstå fra handlingen.⁵²

Det som skiller forsettet fra uaktsomheten er dermed hvor sterkt håpet er om at det skal gå bra.⁵³ Dersom håpet er så sterkt at han ikke ville handlet slik selv om han hadde ansett følgen som sikker, har han kun handlet med bevisst uaktsomhet.

⁵² Se kapittel 2.

⁵³ Jf. også Ross (1974) s. 64.

Lagmannen brukte verken den hypotetiske prøven den positive prøven eller andre formuleringer for å markere denne forskjellen mellom forsettet og den bevisste uaktsomheten. Dermed kan formuleringen ”tatt følgen med på kjøpet” både bety at han har handlet i håp om at det skal gå bra og at han har foretrukket sin handling selv om følgen skulle inntre. Med andre ord: formuleringen kan både bety at gjerningsmannen kun har innvilget risikoen for følgen, eller at han har innvilget følgens inntreden som sådan.⁵⁴

Dersom en stiller opp bevistemaet som et spørsmål om gjerningsmannen besluttet å handle selv om følgen skulle inntre, slik Høyesterett gjorde i Rt. 1991 s. 600, får en frem at han satt sine egeninteresser foran rettskrenkelsen i en så stor grad at han ikke handlet i håp om at det skulle gå bra. I så fall har han altså ikke bare handlet hensynsløst ved å akseptere risikoen for at de straffbare omstendigheter inntre, men bevisst akseptert disse omstendigheters inntreden i sin bevissthet.⁵⁵ Dermed slipper en også å bruke den hypotetiske innvilgelsesteori for å påvise gjerningsmannens innvilgelse av disse omstendigheter.⁵⁶

Dette er nok også bakgrunnen for at mindretallet i Rt. 1980 s. 979 mente at denne rettsbelæringen var for uklar. De mente nemlig at lagmannens formuleringer også kunne bety at de tiltalte bevisst har tatt en risiko, at de med andre ord har skutt til tross for at de var klar over risikoen for at noen ville bli drept. I så fall foreligger ikke forsett, men bevisst uaktsomhet. Som vi har sett *kan* forsett også foreligge dersom gjerningsmannen kun har tatt en bevisst risiko.⁵⁷ Det avgjørende er imidlertid i hvilken grad han har satt egeninteressene sine i å nå målet foran de interessene som straffebudet verner. Dette beror på om han har handlet i håp om at det skal gå bra eller ei. Men ved dette bevistemaet kommer altså ikke dette klart frem.⁵⁸

Dette betyr at en ved å stille opp bevistemaet som et spørsmål om gjerningsmannen ”bevisst tok følgen med på kjøpet” ikke får noe reelt skille til det som er en bevisst uaktsomhet. Dermed ser vi at kravene som oppstilles til den positive innvilgelse i Rt.1991 s. 600 trolig setter strengere krav til innvilgelsen enn i Rt.1980 s. 979.

⁵⁴Andersen JV 1996 s. 134. Han fremholder også problemet med disse formuleringene, jf. også Andenæs (2005) s. 236. Se også Ross (1974) s. 64. Han mener slike formuleringer i realiteten er en hypotetisk innvilgelse og at de heller ikke skiller seg fra bevisst uaktsomhet.

⁵⁵ Jf. også Andenæs (2005) s. 236.

⁵⁶ I Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 10.4.4 fremholder departementet at slik bevistemaet nå er formullert begrenses formuleringensvanskene.

⁵⁷ Se også for eksempel Hagerup foran i kapittel 2.4. Både forsett og uaktsomhet kjennetegnes ved at gjerningsmannen har en forestilling om følgens inntreden.

⁵⁸Jf. Andenæs (2005) s. 236. Matningsdal/ Rieber Mohn er også enige med mindretallet.

De kravene som stilles til innvilgelsen i Rt. 1991 s. 600 er dermed en skjerpelse av de kravene som stilles til gjerningsmannens innvilgelse. Tilsynelatende er formuleringen ”tatt standpunkt om å handle selv om følgen skulle bli en realitet” et forsøk på å operere med et rettslig skille til den bevisste uaktsomheten uten å måtte ty til den hypotetiske innvilgelsesteorien, og uten å formulere ord og uttrykk som kan bli tolket som en bevisst uaktsomhet. Med et bevisstema som fokuserer på om gjerningsmannen selv bevisst valgte å foreta handlingen selv om følgen ble en realitet, får en frem at gjerningsmannens hensynsløshet var så sterk overfor rettskrenkelsen at han handlet forsettelig.

3.5. Er det nok at gjerningsmannen har bevisst valgt å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen med overveiende sannsynlighet ble oppfylt?

Gjerningsmannen må altså ha valgt å foreta handlingen selv om følgen skulle bli realisert.⁵⁹ Spørsmålet er imidlertid om det er tilstrekkelig at gjerningsmannen valgte å foreta handlingen selv om den kun var overveiende sannsynlig.

I den nye strl. § 22 bokstav c kreves det at gjerningsmannen har bevisst valgt å handle selv om ” selv om gjerningsbeskrivelsen med sikkerhet eller mest sannsynlig skulle bli oppfylt”. Gjerningsmannen har altså innvilget følgen i sin bevissthet allerede ved at han bevisst velger å handle selv om følgen med overveiende sannsynlighet skulle inntre. Dette skulle i følge departementet kun være en kodifisering av gjeldende rett.⁶⁰

Problemstillingen i det følgende er om et slikt krav til innvilgelsen kan anses som en kodifisering av gjeldende rett.

3.5.1. Forarbeidene til straffeloven av 1902

Forarbeidene til straffeloven av 1902 har en uttalelse (s. 63) som av bl.a. Røstad er blitt tatt til dekning for at det skulle være tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. I forbindelse med omtalen av strl. § 42 om faktisk villfarelse fremholder kommisjonen:

”en mangel på positiv kunnskap om vedkommende omstendighet kan da i alle fall ikke diskulperes, når angjeldende dog vet at den er sannsynlig og har besluttet uten hensyn hertil å utføre sin plan”.⁶¹

Uttalelsen må tolkes slik at selv om gjerningsmannen mangler en positiv kunnskap om at den omstendighet som er avgjørende for straffbarheten foreligger, kan han oppfylle forsettet så vidt han har holdt det som ”sannsynlig” at gjerningsbeskrivelsen ble oppfylt, og at han likevel uten hensyn til dette besluttet å gjennomføre handlingen. Uttrykket

⁵⁹ Se kapittel 3.2.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 16.2.3.

⁶¹ SKM s. 63.

”sannsynlig” peker i så fall på at denne følgen må ha vært mulig for ham, dvs. minstevilkåret for at forsett (og dolus eventualis) skal foreligge. Dersom han har innvilget følgen spiller det altså ingen rolle om han er i faktisk villfarelse om omstendigheter som gjør at han ikke kan ha holdt følgen som overveiende sannsynlig.

Det er vanskelig å forstå hvorfor Røstad tar disse uttalelsene til dekning for at det skal være tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt når det gjelder hva som kreves for å være en innvilgelse av denne mulige (”sannsynlige”) følge.⁶²

3.5.2. Høyesterettspraksis

Høyesterettspraksis er særdeles lite entydig når det gjelder hva som skal være tilstrekkelig av sannsynlighet i den hypotetiske spørsmålsstillingen.

I Rt. 1991 s. 600 hadde domfelte også anket over hvilken sannsynlighetsgrad som var tilstrekkelig for at han skulle ha innvilget følgen. Lagmannsretten hadde uttalt at det var tilstrekkelig at tiltalte ”ville ha gjennomført innførslen dersom han hadde visst eller regnet det som sannsynlig at det var et slikt parti han hadde med seg.” (s. 602). Høyesterett sa til dette at det riktige måtte være om gjerningsmannen har tatt det standpunkt å foreta handlingen ”selv om den følge straffebudet beskriver, skulle inntre”. (s. 604). Høyesterett grunngir imidlertid ikke nærmere hva som ligger i kriteriet ”skulle inntre”.

I Rt. 2007 s. 1559 forutsetter imidlertid Høyesterett at sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig. Saken gjaldt spørsmål om kasting av bløtkake på finansministeren innebar en overtredelse av straffeloven § 99. Høyesterett sa i forhold til forsettskravet at det også ville være oppfylt om gjerningsmannen bare regnet det som mulig at hun ville bli hindret, men bestemte seg for at han ville kaste kaken selv om det var ”sikkert eller mest sannsynlig at hun ville bli hindret av det, såkalt dolus eventualis”. Men Høyesterett grunngir ikke hvorfor sannsynlighetsovervekt skulle være tilstrekkelig.⁶³

3.5.3. Juridisk teori

Kjerschow ser ikke ut til å ha stilt noe kvalifisert krav med hensyn til den positive innvilgelsen, slik at gjerningsmannen må ha forestilt seg følgen som sikker. Han sier ”forsett er antatt å foreligge der gjerningsmannen vilde handlet som skjedd, selv om han hadde ansett den mulige følge som sikker eller overveiende inntredende...”⁶⁴

⁶² Det er heller ingen andre uttalelser i forarbeidene som gir noe særlig veiledning om det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt.

⁶³ I Rt. 2004 s. 1565 forutsettes også sannsynlighetsovervekt å være tilstrekkelig. (premiss 15).

⁶⁴ Kjerschow (1936) s. 92.

Andenæs sier at positiv innvilgelse foreligger hvor gjerningsmannen selv bevisst har tatt det standpunkt at han ønsket handlingen foretatt, selv om den "uheldige følge skulle inntre".⁶⁵ Rent språklig tyder ikke dette på at Andenæs også åpner for å la sannsynlighetsovervekt være tilstrekkelig. Andenæs sier dessuten i forbindelse med det 22 nordiske rettsmøtet at jo større sannsynligheten for følgens inntreden er, dess mindre trolig er det at "... full visshet ville fått ham til å opptre annerledes".⁶⁶ Han snakker altså her om bevisvurderingen av den hypotetiske innvilgelsesteorien. Dette kan peke i retning av at han mener det må full visshet til også for den positive innvilgelsesteorien.

Røstad stiller spørsmål ved om det ikke skjer en "... tilstramning av dolus eventualis ut fra den positive innvilgelsesteori, når man vil utelukke fra forsett innvilgelse av en overveiende sannsynlig følge".⁶⁷

Andersen ser ut til å forutsette at sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig. Når han omtaler dolus eventualis sier han gjerningsmannen skal ha tatt en beslutning om at han ville handlet også under den forutsetning at han forestilte seg "følgen som sikker eller overveiende sannsynlig".⁶⁸

3.5.4. Reelle hensyn

Verken Høyesterettspraksis eller juridisk teori gir dermed noe klart bilde av rettsstilstanden på dette området. Spørsmålet er dermed hva som er mest hensiktsmessig. Det er særlig to hensyn som må avveies mot hverandre. For det første er full visshet vanskeligere å bevise. Dette tilsier at det vil være lettere å bevise dolus eventualis dersom det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. På den andre siden må en unngå at en står i fare for ikke å oppfylle begrunnelsene for at situasjonen overhodet rammes av forsett, og således formulerer en bevisst uaktsomhet.

Det vil være tilnærmet umulig å bevise at gjerningsmannen bevisst har valgt å handle selv om rettskrenkelsen med sikkerhet skulle inntre.⁶⁹ Det vil ofte ha formodningen mot seg at gjerningsmannen har vært så ivrig på å foreta handlingen at han også ville gjort dette om han visste at handlingen sikkert ville få denne følgen.

På den andre siden kan man argumentere for at gjerningsmannen i et slikt tilfelle ikke har innvilget følgen fordi han i et slikt tilfelle har et håp av større eller mindre grad om at følgen ikke skal inntre. Ofte har dette håpet vært motiverende for at gjerningsmannen

⁶⁵ Andenæs (2005) s. 217.

⁶⁶ 22 nordiske rettsmøtet i Reykjavik s. 117.

⁶⁷ Røstad (1993) s. 149.

⁶⁸ Andersen JV 1996 s. 116-135.

⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 16.2.3.

valgte å handle som han gjorde og dermed har han ikke vist at han har satt egeninteressene i å nå målet over de interessene som straffebudet verner i en sånn grad at han innvilget følgen i sin bevissthet. Dette er kun en bevisst uaktsomhet. Dette kan bety at en står i fare for å nærme seg den bevisste uaktsomhet i for stor grad.

Imidlertid har han valgt å foreta handlingen selv om den mulige følgen skulle være mer sannsynlig at ble en realitet enn at ikke inntraff. Han har dermed vært hensynsløs i forhold til følgen i en sånn grad at han antakelig ville handlet slik med full visshet om den.

Men dette er antakelig noe som bør være en del av bevisvurderingen av om positiv innvilgelse forelå, ikke en del av selve bevistemaet for hva som er positiv innvilgelse. Poenget er at en slik hensynsløshet i visse tilfeller kan bevise at han positivt innvilget følgen.

Men hensynet til ikke å formulere en bevisst uaktsomhet tilsier antakelig at det bør kreves at gjerningsmannen bevisst valgte å handle selv om følgen med sikkerhet skulle inntre.

3.5.5. Oppsummert

Det fremstår som uklart om departementet kodifiserer gjeldende rett når de kun krever sannsynlighetsovervekt. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2007 s. 1559 hvor Høyesterett forutsetter at sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, kan neppe tillegges særlig vekt idet det ikke blir grunnlagt nærmere hvorfor dette skulle være tilstrekkelig. Departementet ser ut til å støtte seg til at en ønsker at forsettsformen skal ha et praktisk behov, og at bevishensyn dermed tilsier at det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Avgjørende bør imidlertid være at man ved et slikt bevistema ikke får frem at gjerningsmannen har satt sine egeninteresser utover de interesser straffebudet verner av en slik grad at han kan sies å ha bevisst innvilget følgen.

Kapittel 4. Nærmere om hvordan en beviser positiv innvilgelse

4.1. Problemstillingen

Da forsettet bygger på hva bygger på hva gjerningsmannen tenkte i gjerningsøyeblikket vil alle forsettsbedømmelser medføre bevisvansker. Høyesterett har imidlertid i bl.a. Rt. 1974 s. 382 (Lillehammer-saken) understreket at man for sannsynlighetsforsettet må kunne trekke slutninger fra de:

”... faktiske forhold, slik de tiltalte har kjent dem, og med anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger”.

Domstolene må således forsøke å rekonstruere hva gjerningsmannen tenkte når han foretok handlingen ved å trekke slutninger fra ytre omstendigheter ved handlingen og hva som fornuftigvis skjer i situasjonen basert på alminnelig livserfaring og erfaringssetninger.

Det kan imidlertid se ut til at disse bevisvanskene forsterkes ved den positive innvilgelse. Begrunnelsen er at den positive innvilgelsen knytter seg til et bevisst valg om å handle selv om *følgen skulle bli realisert*. Det kan være vanskelig å finne objektive ytre holdepunkter for at et slik bevisst valg ble tatt.⁷⁰ Ved de øvrige forsettsformene kan handlingen i seg selv gi et verdifullt bidrag til bevisvurderingen. Spørsmålet i det følgende er hvordan en skal finne bevis for den positive innvilgelse.

4.2. Bevis for den positive innvilgelse

Avgjørelsen i Rt. 1991 s. 600 viser at den samme forsettsbedømmelsen som skjer ved sannsynlighetsforsett også må skje ved *dolus eventualis*. Høyesterett fremholder (s. 603):

”Når den positive innvilgelsesteori skal anvendes i praksis, vil det ofte oppstå bevisspørsmål. Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttagelse, og det må derfor ofte bygges på slutninger fra omstendighetene ved handlingen. Således kan gjerningsmannen gjennom sin adferd ha lagt for dagen at han har besluttet å foreta handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge”.

Høyesterett mener tilsynelatende at man i slike tilfeller må forsøke å danne seg et bilde av om gjerningsmannen har innsett at følgen var mulig, og hvilken betydning dette har hatt for hans motivasjon om å foreta handlingen.⁷¹ På samme måte som for forsett ellers, må en bygge på ytre omstendigheter ved handlingen og generelle erfaringssetninger for å slutte seg fra det ytre hendelsesforløp til om gjerningsmannen besluttet å foreta handlingen selv om følgen ble en realitet.

Uttalelsen kan imidlertid indikere at det først og fremst er hans *atferd* som kan bevise at han tok en slik beslutning, slik at det antakelig neppe er rom for å legge avgjørende vekt på gjerningsmannens person eller karakter. Dette er i tråd med at Høyesterett forkastet det hypotetiske forsett i samme avgjørelse.⁷²

⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 10.4.3. Forsvarergruppen av 1977 fremholdt dette under høringsrunden.

⁷¹ Se Strandbakken Uskyldspresumsjonen (2001) s. 273. Dette kan imidlertid være noe misvisende. Ved *dolus eventualis* må ikke gjerningsmannen være motivert av følgen, det er nok at han har akseptert/innviglet denne følgen.

⁷² Kapittel 3.2.

Spørsmålet er imidlertid hvordan en skal tolke uttalelsen om at:

”En slik beslutning kan nok anses tatt selv om avgjørelsestemaet ikke har fremstått helt klart i gjerningsmannens bevissthet. Finner retten det bevist at tiltalte har tatt en slik beslutning, skal retten legge til grunn at det foreligger forsett”.

Dette må tolkes slik at når dette bevisste valget skal bevises trenger man ikke å bevise at gjerningsmannen faktisk hadde dette standpunktet klart for seg. Dette betyr at det ikke kreves bevis for at gjerningsmannen har tenkt konkret over hvordan han forholder seg til følgens inntreden. Dette er i tråd med at Høyesterett i bl.a. Rt. 1974 s. 382 fremholdt at man må se til forholdene ved handlingen samt fornuft og erfaringssetninger når en søker bevis for forsett.⁷³ Forsettet omfatter nemlig også det halvklare og slørede forsett.⁷⁴ For å bevise den positive innvilgelse må en således forsøke å danne seg et bilde av om gjerningsmannen har innsett at følgen var mulig, og hvilken betydning dette har hatt for hans motivasjon om å foreta handlingen.⁷⁵

4.3. Forholdet til den bevisste uvitenhet

Avgjørelsen inntatt i Rt. 1997 s. 1576 gjaldt en mann som ble dømt for ulovlig innførsel av 3,6 kilo kokain, jfr. straffeloven § 162, første og annet ledd. Retten kom til at han hadde utvist bevisst uaktsomhet i forhold til 2,6 kg. Han hadde nemlig unnlatt å undersøke hvor stort kvantum han skulle transportere, og man fant det bevist at han hadde sett muligheten for at partiet var større. Avgjørelsen viser at det å holde seg bevisst uviten om de nærmere forhold som medfører rettskrenkelsen ikke medfører at gjerningsmannen har handlet med forsett. Begrunnelsen må være at gjerningsmannen i et sådant tilfelle ikke har inntatt noe standpunkt om å foreta handlingen selv om følgen skulle inntre.

Men i Rt. 2001 s. 58 fremholder Høyesterett at det ofte ligger en sterk ”bevispresumsjon” i en slik bevisst uvitenhet (s. 63)⁷⁶:

”Når en gjerningsperson har valgt å holde seg i bevisst uvitenhet, vil det i dette valget ofte ligge en sterk bevispresumsjon for at han har regnet med muligheten av resultatet, og som han ved å foreta handlingen legger for dagen at han har akseptert.”.

Dette kan tyde på at Høyesterett mener at en slik bevisst uvitenhet viser at gjerningsmannen satt sine egne interesser i å nå målet såpass mye høyere enn

⁷³ Domfelte hadde nemlig anket over skyldspørsmålet idet de mente at begrunnelsen for at forsett forelå like fullt kunne peke mot uaktsomhet.

⁷⁴ Jf. Ot.prp.90 (2003-2004) s. 426.

⁷⁵ Jf. kapittel 4.1.

⁷⁶ Saksforholdet fremgår i kapittel 3.3.

rettskrenkelsen, at han må sies å ha positivt innvilget følgen. Men på grunn av bevisbyrdeprinsippet i norsk rett kan en neppe ta Høyesterett på ordet, og anse dette som en *bevispresumsjon* for positiv innvilgelse.⁷⁷ Poenget til Høyesterett må være at når gjerningsmannen bevisst velger og holde seg i uvitenhet om de nærmere konkrete forhold som fører til rettskrenkelsen er dette et bevismoment som kan få avgjørende betydning i retning av at gjerningsmannen også så muligheten for at det kunne være snakk om de faktiske forhold, for eksempel at det kunne være snakk om narkotika av den aktuelle størrelse og art, og at han ved og likevel foreta handlingen også har innvilget i sin bevissthet.

4.4. Forarbeidene til nye straffeloven av 2005

Når straffelovskommisjonen vurderte om *dolus eventualis* skulle kodifiseres i den nye straffeloven var en del av innvendingene fra de ulike høringsinstansene at det ville by på for store bevisvansker.⁷⁸ Dette imøtegikk imidlertid departementet på denne måten:

”Når det ikke foreligger noen tilståelse, vil nær sagt all forsettskonstatering ha elementer av hypotese i seg. Retten må ut fra ytre omstendigheter og alminnelige erfaringssetninger avgjøre hva gjerningspersonen har tenkt eller forstått. Bevisbedømmelsen ved eventuelt forsett står slik sett ikke i noen vesentlig annen stilling enn bevisbedømmelsen ved andre typer forsett.”⁷⁹

Departementet legger også opp til at den bevisste beslutningen som positiv innvilgelse forutsetter kan bevises ved å se til ytre omstendigheter og generelle erfaringssetninger, slik som Høyesterett i Rt. 1991 s. 600 legger opp til. Departementet tar imidlertid høyde for at *dolus eventualis* kan være vanskeligere å bevise og at regelen om bevisbyrden i straffesaker medfører at retten skal frifinne dersom det er tvil om bevis for *dolus eventualis*.⁸⁰

Departementet valgte til slutt å kodifisere *dolus eventualis* i den nye straffeloven i 2005 hovedsakelig begrunnet i at man ønsket å kunne straffe kurere som holder seg bevisst uviten om de nærmere forhold som kvalifiserer til rettskrenkelsen og bakmenn som holder seg bevisst uviten om de nærmere forhold som fører til den straffbare hovedhandling.

Departementet sier bl.a.:

⁷⁷Jf. også EMK art 6 (2) og uskyldspresumsjonen som medfører at påtalemyndigheten har bevisbyrden.

⁷⁸Disse høringsinstansene viste til begrunnelsene som straffelovskommisjonen i NOU 2002: 4 s. 224-225 hvor kommisjonen gikk inn for å sløyfe *dolus eventualis* bl.a. på grunn av bevisvansker.

⁷⁹Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 10.4.4.

⁸⁰L.c.

”Flere høringsinstanser fremhever særlig behovet for eventuelt forsett i narkotikasaker, spesielt i straffesaker mot kurerer som uriktig forsøker å gi inntrykk av at de var uvitende om hva de transporterte, jf. riksadvokatens høringsuttalelse som er gjengitt foran”.⁸¹

Riksadvokaten hadde uttalt om dette at

”... i narkotikakurørsakene kan det i en del tilfelle la seg bevise at kureren hadde overveiet muligheten for at kvantumet var større eller stoffet farligere, men at han bestemte seg for å gjennomføre transporten uansett...”.⁸²

Denne uttalelsen viser at riksadvokaten tilsynelatende mener at i visse tilfeller *kan* det la seg bevise at gjerningsmannen hadde overveiet muligheten for at partiet var større og at han ved likevel å foreta handlingen har positivt innvilget også dette partiet. Dette er i tråd med at Høyesterett i Rt. 2001 s. 58 fremholdt at det ofte er en bevispresumsjon for en positiv innvilgelse der gjerningsmannen har holdt seg bevisst uviten. Dette kan imidlertid *ikke* bety at gjerningsmannen alltid har positivt innvilget rettskrenkelsen kun fordi han har holdt seg bevisst uviten om de omstendigheter avgjørende for straffbarheten.

Politidirektoratet hadde imidlertid uttalt at

”Det er tilstrekkelig å føre bevis for at bakmennene innså muligheten for hva de direkte gjerningsmenn hadde i tankene, men bidro likevel med sitt”.⁸³

Uttalelsen fra politidirektoratet kan indikere at det uansett vil være nok å føre bevis for at gjerningsmannen så muligheten for følgen, men likevel foretok sin handling. Dette i seg selv er ikke tilstrekkelig til å bevise at gjerningsmannen positivt innvilget følgen. Dette er i utgangspunktet kun en bevisst uaktsomhet. For at det skal bli snakk om *dolus eventualis* må det foreligge særlige omstendigheter i form av en positiv innvilgelse av disse omstendighetene. I visse tilfeller kan det at gjerningsmannen foretok handlingen med vissheten om at de straffbare omstendighetene kunne inntre, peke i retning av en bevisst beslutning om å handle uansett. Men å oppstille dette som en hovedregel slik politidirektoratet tilsynelatende gjør kan ikke være riktig.

4.5. Juridisk teori

Andenæs fremholder at av bevisgrunner vil den positive innvilgelse ”neppe ha særlig praktisk betydning ved siden av sannsynlighetsforsettet.”⁸⁴ Men Andenæs tar også til ordet for at *dolus eventualis* kan være praktisk ved bevisst uvitenhet. Han nevner her som

⁸¹ L.c.

⁸² Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 10.4.3.

⁸³ L.c.

⁸⁴ Jf. 22 nordiske juristmøtet 1966 s.119.

eksempel at gjerningsmannen har hatt seksuell omgang med mindreårige og holdt seg bevisst uviten om barnets alder.⁸⁵

Men i 2. utgaven av hans ”Alminnelige strafferett” oppstiller Andenæs slike tilfeller som antakelig en del av forsettet, men *utenfor* dolus eventualis. Han mener at straffverdigheten av den forsettelige uvitenhet bør tilsi at rettskrenkelsen anses forsettelig foretatt, men trolig ikke begrunnet i et dolus eventualis - synspunkt. Dette skyldes at den bevisste beslutning som positiv innvilgelse forutsetter mangler ved den forsettelige uvitenhet.

Uttalelsen om at dolus eventualis kan være praktisk ved bevisst uvitenhet må dermed bety at det ofte kan la seg bevise at gjerningsmannen også har positivt innvilget følgen dersom han har holdt seg i bevisst uvitenhet. Poenget må være at han i disse situasjonene har vist en så manifestert hensynsløshet i forhold til følgen at han har satt egne interesser i å nå målet så mye høyere enn de interesser straffebudet verner, at han må ha handlet forsettelig.⁸⁶

Matningsdal og Rieber-Mohn fremholder at det vil være vanskelig eller umulig å bevise at gjerningsmannen har tenkt at han bevisst ønsker handlingen foretatt selv om de følgen skulle inntre, og at forsettsformen derfor har begrenset praktisk betydning.⁸⁷ Dette må bety at Matningsdal/Rieber-Mohn mener at slik positiv innvilgelse av følgen kun lar seg bevise dersom gjerningsmannen har uttrykkelig tilkjennegjort at han innvilger følgen.

Skeie sier at gjerningsmannen kan ha ”vist eller sagt” ved selve gjerningen at den ansvarsbestemmende omstendighet ikke avholder ham fra gjerningen.⁸⁸ Dette kan peke i retning av at han mener at dolus eventualis kun kan bevises ved en uttrykkelig tilkjennegjøring fra gjerningsmannen. Det kan imidlertid se ut som han også mener den positive innvilgelse kan bevises ved at gjerningsmannen ved sin opptreden har vist at denne omstendighet ikke avholder ham fra handlingen.

Bratholm sier om bevis av den positive innvilgelse:

”I praksis skal det meget til for å kunne bevise at gjerningsmannen virkelig har godtatt følgen, men utelukket er det ikke. Han har for eksempel fortalt til en annen om godtakelsen, og denne vitner mot ham i retten”.⁸⁹

⁸⁵ Ibid. s. 120. Dette er ikke praktisk i dag da uaktsomhet er tilstrekkelig for barnets alder etter strl. §§ 195 og 196. Se § 196 tredje ledd og note 1.

⁸⁶ Jf. også Waaben (1957) s. 355. Motsatt Ross (1974) s. 72. Han mener en må avgrense mot de tilfeller gjerningsmannen har holdt seg i bevisst uvitenhet for å ha en god samvittighet. Se mer kapittel 6.3.

⁸⁷ Andenæs (2005) s. 236.

⁸⁸ Skeie (1946). s. 225.

⁸⁹ Bratholm (1980) s. 215.

Dette må bety at Bratholm mener at den positive innvilgelsen kun kan bevises dersom man har troverdige vitneutsagn om hva gjerningsmannen selv har fortalt om aksepteringen av følgen eventuelt at gjerningsmannen selv forklarer dette.

Men Andorsen ser ut til å ikke kreve like mye av bevisene for at den positive innvilgelse skal være oppfylt. Han fremholder at hva gjerningsmannen besluttet, i

”... alle tilfelle skal bedømmes på et meget vidt og tilnærmet fritt grunnlag”.⁹⁰

Andorsen mener tilsynelatende at en kan bevise den bevisste beslutning ved å se til alle mulige omstendigheter. Dermed kan det se ut som han mener at positiv innvilgelse kan bevises ikke bare ved en uttrykkelig tilkjennegjøring, eller vitneutsagn om hva gjerningsmannen uttalte om følgen, men også til andre ytre omstendigheter ved handlingsøyeblikket som generelle erfaringssetninger.

Kapittel 5. Legger Høyesterett og lovgiver seg på en mellomløsning mellom den positive innvilgelsesteori og den hypotetiske innvilgelsesteori?

5.1. Problemstillingen

I Rt. 1991 s. 600 fremholdt Høyesterett at det bevisste valget som ligger i den positive innvilgelsen ”... ikke trenger å ha fremstått som klart i gjerningsmannens bevissthet”.⁹¹ Dette kan medføre at dolus eventualis ved positiv innvilgelse kan foreligge selv om gjerningsmannen ikke har tenkt at han skal handle selv om følgen skulle inntre. I tillegg sier Høyesterett at den positive innvilgelse kan bevises ved at man kan se til ”... ytre omstendigheter ved handlingen”.⁹² Dette reiser spørsmålet om Høyesterett nærmer seg den hypotetisk innvilgelsesteori.

5.2. Nærmer Høyesterett og lovgiver seg en hypotetisk innvilgelse?

Dersom en aksepterer at gjerningsmannens bevisste valg ikke trenger å ha fremstått som klart og at de ytre omstendigheter kan bevise dette bevisste valget, aksepterer man også at gjerningsmannen ikke trenger å ha tenkt konkret på at han aksepterer følgens inntreden. Dermed er det i realiteten tilstrekkelig at han ser muligheten for følgen, og at denne muligheten ikke avholder ham fra foreta handlingen, slik at han setter egeninteressen i å nå målet høyere enn rettskrenkelsen.

⁹⁰ Andorsen JV 1996 pkt. 5.3.

⁹¹ Se kap. 4.3.1.

⁹² Mer om hva som ligger i den hypotetiske innvilgelsesteori i kap. 4.3.1.

I realiteten opererer en da med en positiv innvilgelse hvor en står i fare for ikke å få frem at gjerningsmannen faktisk innvilget følgen selv, men heller beviser et hypotetisk forsett. Poenget er at en ved en slik bevisvurderingen ikke får frem at gjerningsmannen selv bevisst innvilget følgen. I stedet risikerer man å dømme gjerningsmannen ut fra en hypotese om han ville ha akseptert følgen.

Omstendigheter som gjerningsmannens atferd, ytre omstendigheter ved handlingsøyeblikket og ikke minst alminnelige erfaringssetninger er nemlig også bevismomenter som har særlig vekt dersom en kun søker å bevise om gjerningsmannen ville ha foretatt handlingen om han hadde visst at gjerningsbeskrivelsen ble oppfylt. Dette kan medføre at man ved å legge avgjørende vekt på for eksempel gjerningsmannens atferd, i realiteten kan bevise et hypotetisk forsett, ikke en positiv innvilgelse.

På den andre siden uttaler Høyesterett i Rt. 1991 s. 600 at man må se til "... ytre omstendigheter ved handlingen" og at gjerningsmannen "ved sin atferd kan ha lagt for dagen at han tok en slik beslutning". Dermed vil det være omstendigheter ved selve gjerningsøyeblikket som vil ha størst relevans, og det vil ha liten vekt å se til hans generelle person og karaktertrekk. Et slikt bevisst valg forutsetter vel nettopp at de momenter som må veie tyngst er de ytre omstendigheter som går på omstendighetene ved selve handlingsøyeblikket. Dette kan bety at Høyesterett tar avstand fra en bevisvurdering der en glir helt over i en hypotese.

På den andre siden er bevismomenter som gjerningsmannens utviste atferd, hans interesse i å nå målet ved handlingen, og ikke minst alminnelige erfaringssetninger også av stor betydning når en søker bevis for om gjerningsmannen ville ha foretatt handlingen om han visste at gjerningsbeskrivelsen ble oppfylt.

Dermed kan det se ut som at Høyesterett ved å fastholde at bevis for en slik bevisst beslutning ikke trenger å ha fremstått som klart og at kan finnes i ytre omstendigheter legger seg på en mellomløsning mellom en hypotetisk og positiv innvilgelsesteori. Dermed ender en i en mellomting mellom det som er en aksept av følgen og det som er hypotese over om han ville akseptert følgen.⁹³ Man søker en positiv innvilgelse, men godtar at en i bevisvurderingen må se til mange av de samme momentene som er relevante å legge avgjørende vekt på ved den hypotetiske prøve.

5.3. Er en slik bevisbedømmelse betenkelig?

⁹³ Se Andorsen JV 1996 pkt. 5.3. Han mener at den hypotetiske og den positive innvilgelsesteori forenes i bevisvurderingen.

Spørsmålet er om man risikerer å gli helt over i en hypotetisk innvilgelse av rettskrenkelsen, når man åpner for å vektlegge ytre omstendigheter. Da hypotetisk forsett ikke er godtatt som gjeldende rett på grunn av de prinsipielle betenkelighetene ved ikke å dømme gjerningsmannen på bakgrunn av det han tenkte i situasjonen, vil et bekræftende svar på dette spørsmålet være et "hardt slag" mot rettstilstanden.

Dersom en ikke skulle kunne se til ytre omstendigheter for å bevise den positive innvilgelse ville det være tilnærmet umulig å bevise forsett hvor rettskrenkelsen kun var mulig for gjerningsmannen, og den ville ikke ha noen særlig praktisk betydning. Dette tilsier at en antakelig bør godta at en søker bevis for positiv innvilgelse på samme måte som for vanlig forsett, dvs. at man ser til ytre omstendigheter for å vurdere om gjerningsmannen så muligheten for følgen og hvilken betydning dette hadde for hans motivasjon for å handle. At man risikerer i visse tilfeller å legge avgjørende vekt på omstendigheter som også har særlig vekt i bevisvurderingen av den hypotetiske innvilgelsesteorien kan vel ikke i seg selv være noe holdbar innvending mot en slik bevisbedømmelse, så lenge man søker positiv innvilgelse av følgen.

En stor innvending *mot* å operere med en bevisvurdering hvor man kan se til ytre omstendigheter og hvor beslutningen ikke trenger å ha fremstått som klar, er imidlertid at rettsanvenderen lett *feilvurderer* hvilke bevismomenter som har størst betydning i den konkrete situasjonen. I så fall kan en risikere at domstolene dømmer gjerningsmannen for forsettlig overtredelse, når den i realiteten er begrunnet i en hypotese om hva gjerningsmannen ville ha gjort dersom han hadde visst at rettskrenkelsen ble en realitet.⁹⁴ Dersom en legger *for stor vekt* på omstendigheter ved handlingen eller generelle erfaringssetninger betyr dette at en står i fare for ikke å få frem at gjerningsmannen faktisk tok en slik beslutning som positiv innvilgelse krever. Dette er bevismomenter som har mer perifer vekt i forhold til om det ble tatt en bevisst beslutning. I lagmannsretten er det dessuten juryen som foretar bevisbedømmelsen av gjerningsmannens skyld. Dermed blir feilmarginen i forhold til å legge avgjørende vekt på bevismomenter som ikke i tilstrekkelig grad belyser bevisteamet ennå større.

Således risikerer i mange tilfeller å kamuflere et hypotetisk forsett innunder en positiv innvilgelse. Med andre ord: retten begrunner den forsettelige overtredelsen ved at gjerningsmannen har bevisst valgt å handle selv om følgen skulle inntre, men i realiteten beviser man i høyden at gjerningsmannen ville ha foretatt handlingen dersom han hadde visst om følgens inntreden.

Nedenfor skal jeg gå dypere inn i de betenkeligheter som en slik rettstilstand medfører.

⁹⁴ *Selv om* domstolene skal foreta en samvittighetsfull bevisbedømmelse blir feilmarginen for stor ved et slikt bevistema.

Kapittel 6. Mer om betenkelighetene med rettsstilstanden

6.1. Problemstillingen

Spørsmålet er om en slik bevisbedømmelse som Høyesterett og lovgiver oppstiller i henholdsvis Rt. 1991 s. 600 og i forarbeidene til nye straffeloven får frem at gjerningsmannens hensynsløshet var av en slik karakter at han handlet med forsett og ikke bevisst uaktsomhet. Dette beror som vi har sett på om man får frem at gjerningsmannen satt sine egeninteresser i å nå målet ved handlingen høyere enn rettskrenkelsen, slik at han ikke handlet i tillit til at det skulle gå bra. Dette får en frem ved i bevismaet å stille spørsmål ved om gjerningsmannen ”tok standpunktet å handle selv om følgen skulle inntre.”⁹⁵

6.2. En slik bevisbedømmelse kan medføre en risiko for at bevismomenter feilvurderes og at rettsanvenderen i realiteten beviser en bevisst uaktsomhet

Ved en slik bevisbedømmelse som Høyesterett legger opptil i Rt. 1991 s. 600 og som støttes av departementet i kodifiseringen i den nye straffeloven, *kan* en få frem at gjerningsmannen faktisk satt sine egeninteresser i å nå målet høyere enn rettskrenkelsen, og således innvilget følgen i sin bevissthet. Men en *risikerer* i stor grad også at man beviser at gjerningsmannen kun handlet med bevisst uaktsomhet og dermed ikke satt egeninteressene i å nå målet høyere enn rettskrenkelsen. Resonnementet bygger i stor grad på det jeg fremholdt i kapittel 5.3. Selv om domstolene alltid skal foreta en samvittighetsfull bevisbedømmelse i forhold til bevismaet, vil rettsanvenderen ved en slik bevisbedømmelse forholdsvis enkel feilvurdere bevismomenter, og legge avgjørende vekt på bevismomenter som ikke i tilstrekkelig grad belyser bevismaet.⁹⁶ Disse betenkelighetene forsterkes ved at det er juryen som i lagmannsretten foretar denne bevisbedømmelsen av gjerningsmannens skyld. Juryen gir ingen begrunnelse for sin bevisbedømmelse, og det blir dermed også vanskelig å kontrollere holdbarheten av den.

Retten kan for eksempel legge avgjørende vekt på at gjerningsmannen ved sin atferd viste en særlig sterk interesse i å nå målet ved handlingen. For eksempel at kureren har opptrådt hensynsløst og klanderverdig ved ikke å undersøke om hva det er han innfører til landet. Dette peker i retning av at han satt egne interesser i å nå målet så høyt at han dermed bevisst valgte å handle selv om følgen skulle inntre, dvs. foretrakk handlingen og lot ikke følgens inntreden avholde ham fra å foreta handlingen.

⁹⁵ Kapittel 3.

⁹⁶ Retten skal alltid foreta en samvittighetsfull bevisbedømmelse. Se Strandbakken Uskyldspresumsjonen 2001 s. 277.

Men de nøyaktig samme bevismomentene kan grunngi at han ikke hadde tatt dette standpunktet, og dermed kun handlet med bevisst uaktsomhet. Tvert imot kan dette bety at han utelukkende handlet av interesse i å nå målet, og derfor ikke inntok noe standpunkt om å handle uansett om følgen ble en realitet. Derfor har han i høyden sett at følgen var mulig, men ikke tenkt over hvordan han forholder seg til at den skulle inntre. Bevisene tilsier at han har forstått at det var en mulighet for at rettskrenkelsen kunne skje, men hadde naturlig nok ikke foretatt handlingen om så skulle være tilfelle, og har ikke foretrukket handlingen. Det er altså ikke snakk om en kynisk person, men en mer ansvarlig person som ville avholdt seg fra å handle om han hadde visst om følgens inntreden, og dermed handlet i håp om at det skulle gå bra. I så fall har gjerningsmannen ikke handlet forsettelig, men kun uaktsomt.

Dermed kan en altså risikere at man begrunner den positive innvilgelse med omstendigheter som kun peker mot det som i realiteten er en bevisst uaktsomhet.

Det kan argumenteres på samme måte når det gjelder å legge avgjørende vekt på generelle alminnelige erfaringssetninger for å bevise den positive innvilgelse. Når en skal bevise om gjerningsmannen aksepterte en mulig rettskrenkelse begrunnet i at han tok et bevisst valg om å handle selv om rettskrenkelsen skulle bli realisert, er det vel først og fremst gjerningsmannens atferd og lignende som kan påvise hvorvidt det ble tatt en slik beslutning som kan være av større vekt i bevisvurderingen. Alminnelige erfaringssetninger vil vel dermed være av mer perifer betydning i en slik bevisvurdering. Slike omstendigheter får ikke frem at gjerningsmannen faktisk satt egeninteressene i å nå målet så høyt at han også bevisst aksepterte følgens inntreden.

6.3. Særlig om bevisst uvitenhet

Dersom gjerningsmannen har bevisst sørget for å ikke skaffe seg positiv kunnskap om de forhold som medfører at han har sannsynlighetsforsett om rettskrenkelsen, for eksempel om hva slags parti narkotika han bringer inn til landet, *kan* dette indikere at han således også satt egeninteressene i å foreta handlingen høyere enn rettskrenkelsen, slik at han foretrakk handlingen uansett og dermed positivt innvilget følgen. I så fall har han handlet med forsett etter *dolus eventualis*.⁹⁷

Problemet med en slik omstendighet er imidlertid at den også kan grunngi at gjerningsmannen handler i håp om at rettskrenkelsen ikke skal inntreffe. Ofte holder han seg i bevisst uvitenhet nettopp for å unngå å bli ansett strafferettslig ansvarlig.⁹⁸ I så fall har han handlet med bevisst uaktsomhet, og ikke med forsett. Han er

⁹⁷ Rt. 2001 s. 58. Det er vel dette som menes med ”bevispresumsjon”.

⁹⁸ Jf. også Ross (1974) s. 72.

nemlig mindre å bebreide når han handler i håp om at rettskrenkelsen ikke skjer. For eksempel har kureren bevisst unngått å kontrollere hva det er han har med seg av stoff nettopp for å unngå å bli holdt strafferettslig ansvarlig for dette. Han håper gjerne at det ikke skal være et annet eller større parti. Eller medvirkeren til en straffbar hovedhandling har valgt ikke å skaffe seg informasjon om de konkrete faktiske forhold nettopp fordi han forstår at dette kan bety at han blir ”dratt inn” i kriminalitet han ikke ønsker å være en del av.

Dersom slik bevisst uvitenhet skal peke i retning av forsett ved *dolus eventualis* må en i det minste kreve at påtalemyndigheten beviser at gjerningsmannen holdt seg bevisst uviten nettopp fordi den positive kunnskapen var likegyldig for ham.⁹⁹

Som en ser er det en åpenbar risiko for at rettsanvenderen feilvurderer bevisene i saken og begrunner den positive innvilgelse med bevismomenter som i den konkrete saken kun grunn gav at gjerningsmannen hadde handlet med bevisst uaktsomhet. Dersom avgjørelsestemaet ikke trenger å fremstå som klart, og man kan legge særlig vekt på ytre omstendigheter i bevisbedømmelsen, er det tilnærmet umulig å bevise at gjerningsmannen faktisk satt egeninteressene i å nå målet ved handlingen høyere enn rettskrenkelsen, og således foretrakk handlingen uansett. I den grad man tillegger slike bevismomenter avgjørende vekt, er det en åpenbar risiko for at man grunn gir en positiv innvilgelse med omstendigheter som kun peker mot bevisst uaktsomhet.

6.4. Risikerer en at Høyesterett og lovgiver utilsiktet skjuler et fingert forsett innunder et bevistema som krever positiv innvilgelse?

Det er vel ikke i seg selv betenkelig å mene at de tilfellene hvor gjerningsmannen har vist særlig hensynsløs opptreden, særlig interesse i å nå handlingen eller holdt seg bevisst uviten om forhold avgjørende for straffbarheten, skal rammes av forsett på grunn av straffverdigheten av handlingen. Ofte kan det også bevises at gjerningsmannen utviste forsett i disse situasjonene. Men som vi har sett blir det stort rom for at rettsanvenderen feilvurderer disse bevismomentene slik at en grunn gir *dolus eventualis* i forhold som i den konkrete situasjonen kun pekte i retning av et hypotetisk forsett eller en bevisst uaktsomhet. Det er dermed problematisk at dette grunnis i et *dolus eventualis* resonnement. Bevistemaet forutsetter en tankerekke hos gjerningsmannen som i de fleste situasjoner trolig samsvarer lite med hvordan mennesker normalt tenker.

Faren er at man risikerer å kamuflere et fingert forsett innunder en positiv innvilgelse. Eller sagt på en annen måte; lovgiver og domstolene bidrar dermed til at man risikerer å dømme gjerningsmannen for forsettelig overtredelse av gjerningsbeskrivelsen, begrunnet

⁹⁹ Ibid s. 73.

i at han har handlet straffverdig og hensynsløst, uten og egentlig føre bevis for at han tok et slikt bevisst valg som den positive innvilgelse krever. Dermed risikerer en og i realiteten kun bevise et hypotetisk forsett. I så fall mangler det også klare holdepunkter for at gjerningsmannen satt sine egeninteresser fremfor rettskrenkelsen i en slik grad at han handlet forsettelig og ikke kun bevisst uaktsomt.

6.5. Risikerer man ikke å oppfylle beviskravet for skyldspørsmålet?

Beviskravet angir kravene til bevisets styrke. Beviskravet i strafferetten er strengt og påtalemyndigheten må i utgangspunktet bevise innenfor enhver rimelig tvil at gjerningspersonen handlet forsettelig.¹⁰⁰ Dette medfører at det må være en høy grad av sikkerhet for at det faktisk som legges til grunn for dommen, er i samsvar med de faktiske forhold.¹⁰¹

For spørsmålet om *dolus eventualis* medfører dette at påtalemyndigheten i utgangspunktet må bevise innenfor enhver rimelig tvil at gjerningspersonen tok det standpunkt at han ville foreta handlingen selv om den mulige rettskrenkelsen ville skje.¹⁰²

Når man åpner for at denne beslutningen ikke trenger å ha fremstått som klar og en kan bevise denne bevisste beslutningen ved å se til ytre omstendigheter, kan det se ut som at det vil foreligge en ganske stor tvil om en slik beslutning egentlig ble tatt. Poenget er at det er en stor risiko for at bevisene feilvurderes, og at en begrunner en positiv innvilgelse i omstendigheter som kun tilsier at han handlet med hypotetisk forsett eller bevisst uaktsomt.

På den andre siden er det store bevisproblemer tilknyttet den subjektive skyld, og Høyesterett fremholder i bl.a. Rt. 1974 s. 382 at det ikke vil stride med beviskravet at man bygger på "... faktiske forhold, slik de tiltalte har kjent dem, og med anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger" når man søker bevis for forsett. Dette peker i retning av at man må kunne bygge på slike omstendigheter når man søker bevis for den bevisste beslutningen som positiv innvilgelse forutsetter, og at dette ikke vil stride med beviskravet.

Imidlertid uttaler Høyesterett seg i denne saken primært om sannsynlighetsforsettet. Ved *dolus eventualis* opererer en med et bevisstema som forutsetter at det ble tatt et bevisst

¹⁰⁰ Uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2) forankrer ikke direkte beviskravet, men gir påtalemyndigheten bevisbyrden. Uskyldspresumsjonen hjemler da kun at *tvil* skal komme tiltalte til gode, men ikke hvor mye. Det følger imidlertid av bl.a. Rt. 1998 s. 1945 at "prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er et gammelt og grunnleggende rettssikkerhetsideal..." (s. 1947).

¹⁰¹ Strandbakken (2001) s. 248.

¹⁰² Beviskravet bør være like strengt for skyldspørsmålet som for spørsmålet om gjerningsmannen har begått den objektive overtredelse, jf. Strandbakken (2001) s. 277.

standpunkt om å handle selv om følgen inntraff, slik at en kan få frem at gjerningsmannen satt sine egeninteresser i å nå målet høyere enn rettskrenkelsen, og således innvilget disse omstendighetene. Dette er et bevistema som forutsetter en tankerekke hos gjerningsmannen som i de fleste situasjoner trolig samsvarer lite med hvordan mennesker normalt tenker. Dermed vil bevistemaet medføre en åpenbar risiko for at beviskravet i strafferetten ikke oppfylles.

7. Avsluttende bemerkninger.

- Forslag til å løse bevisproblematikken knyttet til *dolus eventualis*

7.1. Er det mulig å omformulere bevistemaet for *dolus eventualis*?

Spørsmålet i det følgende er om det finnes måter å imøtegå bevisproblemene som foreligger i forhold til *dolus eventualis*. På bakgrunn av det jeg har gjennomgått i denne avhandlingen er det særlig to typetilfeller som det ser ut til at lovgiver ønsker å ramme med forsettet. Den ene situasjonen er der gjerningsmannen har holdt seg *bevisst uviten* slik at han kan påberope seg god tro. Det andre tilfellet er der gjerningsmannen har vært mer *generelt likegyldig* til følgene av handlingen, og således har satt sin interesse i å nå målet høyere enn de rettskrenkelsene som finner sted på veien. I begge tilfellene mangler *dolus eventualis* fordi det mangler et bevisst valg om å handle selv om rettskrenkelsen skulle bli en realitet.¹⁰³

Det som fremstår som den nærmeste løsningen på dette ville være å formulere et bevistema som ikke krevde et bevisst valg. I svensk rett har *dolus eventualis* blitt erstattet med et likegyldighetsforsett.¹⁰⁴ I NJA 2004 s. 176 formulerte den Høgsta domstolen innholdet i dette forsettet:

”För att uppsåt til effekten eller omständigheten skall anses föreligga krävs ... likgildighet inte endast till risken utan också till förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten... Vad som forutom innsikt är avgörande är således gärningsmannens inställning eller attityd vid gärningstillfället. Endast om det står klart att han haft en positiv eller i vart fall likgiltig inställning till effektens förverkligande eller förekomsten av gärningsomständigheten skall gärningen bedömas som uppsåtlig”.

En slik forsettsform vil ikke utelukkende søke den positive innstilling til realiseringen av følgen, men også hvorvidt gjerningsmannen var likegyldig til dens realisering. Fordelen med et slikt bevistema er imidlertid at man ikke krever et bevisst valg men kun en likegyldighet til følgens realisering. Det vil dermed være enklere å bevise, og bør kunne legge avgjørende vekt på hans atferd, innstilling ved handlingsøyeblikket samt generelle erfaringssetninger.

¹⁰³ Jf. også Andenæs (2005) s. 236.

¹⁰⁴ Se bl.a. Dahlström Nilsson Westerlund (2005) s. 16.

7.2. Man kan la disse situasjonene rammes av uaktsomhetsansvaret

Som vi har sett er det tilnærmet umulig å bevise den positive innvilgelsen uten at man i realiteten risikerer å gli over i det som er en bevisst uaktsomhet. En løsning på bevisproblematikken kan være å erkjenne at disse situasjonene i realiteten er en bevisst uaktsomhet, og at man dermed skal la forholdet rammes av skyldformen uaktsomhet. I så fall vil forholdet ofte anses som grov uaktsomhet, og straffverdigheten av handlingen vil komme til syne i straffutmålingen.¹⁰⁵

Narkotikabestemmelsen i strl. § 162 og de straffebud som retter seg mot de grovere legemskrenkelsene har uaktsomhetstillegg. Dermed er det vel heller ingen praktisk grunn til å opprettholde denne forsettsformen. På den andre siden vil uaktsomheten alltid straffes mildere enn forsettet. Dermed vil en få situasjoner hvor gjerningsmannen straffes betraktelig mildere enn for den forsettelige overtredelse selv om straffverdigheten ved handlingen er større enn for den uaktsomme handlemåte.

Dette kunne imidlertid løses ved at man opererte med en egen strafferamme for den grove uaktsomheten, som lå midt mellom forsettet og den simple uaktsomheten.

En annen løsning er å likestille de to skyldformene ved overtredelse av strl. § 162 hvor dolus eventualis har vært mest praktisk, og således ha en felles strafferamme hvor graden av skyld var et straffeutmålingsmoment.

7.3. Burde man fingere et forsett i stedet?

Det er antakelig mest hensiktsmessig å erkjenne bevisproblematikken knyttet til dolus eventualis, og i stedet fingere et forsett.¹⁰⁶ I så fall unngår man fra Høyesterett- og lovgivers side å kamuflere det som i realiteten er en bevisst uaktsomhet eller et hypotetisk forsett innunder et bevistema som krever positiv innvilgelse av følgen.

Ved et slikt fingert forsett vil en altså erkjenne at man ikke klarer å bevise at gjerningsmannen positivt innvilget følgen. Likevel mener man at gjerningsmannen har handlet såpass klandreverdig at kriminalpolitiske hensyn tilsier at forholdet ikke kan rammes av den mildere uaktsomhetsbestemmelsen. Det kunne særlig være aktuelt å fingere et slikt forsett i de tilfeller gjerningsmannen har holdt seg bevisst uviten om de nærmere forhold som kvalifiserer til rettskrenkelsen. Det er nemlig særlig praktisk med

¹⁰⁵ Nye strl. § 23 andre ledd. Det er viktig å understreke at uaktsomheten ikke blir grov kun fordi den er bevisst, jf. bl.a. Rt. 1991 s. 874. Men dersom gjerningsmannen bevisst har holdt seg uviten kan vel dette trekke i retning av at uaktsomheten også er grov.

¹⁰⁶ Andorsen JV 1996 3.43.

bruk av *dolus eventualis* der gjerningsmannen har innført narkotika til landet, og holdt seg bevisst uviten om akkurat arten og kvantumet.¹⁰⁷

En annen hensiktsmessige løsning kunne være å opprettholde et høyt beviskrav for *dolus eventualis* og kun la den få anvendelse i de situasjonene hvor gjerningsmannen har forklart at han var likegyldig til om følgen inntraff eller at troverdige vitner kan forklare at han forholdt seg slik.¹⁰⁸ Da man i Norge anerkjenner sannsynlighetsforsett og har gjort uaktsomheten straffbar der det er et behov for dette, er det er det vel heller ikke noe stort praktisk behov for *dolus eventualis*.

7.4. Avsluttende refleksjoner

I utgangspunktet vil rettens samvittighetsfulle bevisbedømmelse av bevistemaet bidra til å redusere de bevisproblemene som foreligger ved den positive innvilgelse.¹⁰⁹ Likevel medfører bevistemaet en åpenbar risiko for at bevisene feilvurderes og at man grunngir denne positive innvilgelsen i forhold som kun peker mot hypotetisk forsett eller bevisst uaktsomhet. Dette er betenkelig fordi Høyesterett har forkastet hypotetisk forsett.¹¹⁰ Det er også betenkelig fordi bevisst uaktsomhet er en mildere skyldform hvor gjerningsmannen er vesentlig mindre å bebreide.¹¹¹ Dermed står en også i fare for ikke å oppfylle beviskravet i forhold til skyldspørsmålet. I så fall vil resultatet av bevisvurderingen av om *dolus eventualis* forelå, stride med norsk sedvanerett om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.¹¹²

I lagmannsretten er det dessuten juryen som foretar bevisbedømmelsen. Juryen har mindre forutsetninger for å være kritiske i sin bevisbedømmelse, og da de ikke gir noen begrunnelse er det vanskelig å kontrollere holdbarheten av bevisbedømmelsen i ettertid.

Alt i alt ser anvendelsen av *dolus eventualis* dermed ut til å svekke rettssikkerheten til tiltalte.

Det er imidlertid viktig å understreke at disse innvendingene utelukkende retter seg mot å formulere bevistemaet ved en slik bevisst beslutning som den positive innvilgelse forutsetter. Det er ikke i seg selv betenkelig å mene at de typiske *dolus eventualis* – tilfellene skal rammes av forsettet, på grunn av den straffverdighet som gjerningsmannen

¹⁰⁷ Andenæs tar til ordet for å ikke anse forsettet uttømmende regulert. Han mener at forsett kan foreligge pga. klandreverdigheten og hensynsløsheten til gjerningsmannen uavhengig av om en har påvist en positiv innvilgelse. Se Andenæs (1974) s. 230-231.

¹⁰⁸ Andenæs ser ut til å mene dette, jf. Andenæs (2005) s. 236.

¹⁰⁹ Strandbakken (2001) s. 277.

¹¹⁰ Kapittel 3.2.

¹¹¹ Kapittel 1.3. og 1.4.

¹¹² Se note 86.

har utvist. Men dette burde ikke begrunnes i en positiv innvilgelse. Dette er et bevistema som forutsetter en tankerekke som svært få overhodet har. I stedet burde man erkjenne bevisproblemene og enten omformulere bevistemaet, operere med en felles strafferamme for forsett og uaktsomhet, en egen strafferamme for den grove uaktsomheten eller rett og slett fingere et forsett der dolus eventualis er mest praktisk – nemlig der gjerningsmannen har holdt seg bevisst uviten om hva han rent faktisk innfører av narkotika etter strl. § 162.

Lovregister:

Nye straffeloven av 2005	2005 Lov om straff (straffeloven) av 28. mai 2005.
Menneskerettsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes (menneskerettsloven) stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.
EMK	Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon).
Straffeloven av 1902	1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.

Forarbeiderregister:

SKM 1896	Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Udarbeidet af den ved kgl. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommision. Kristiania 1896.
Ot.prp.nr.90 (2003-2004) NOU 1983:57	Om lov om straff (straffeloven) Straffelovgivningen under omforming. Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommissjonens delutredning I.
NOU 1992: 23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovskommisjonens delutredning V.

Domsregister:

Norge:

Norsk rettsstidende:

Rt. 1933 s. 1132	s. 9, 10.
Rt. 1945 s. 109	s. 10
Rt. 1980 s. 979	s. 10, 11, 13, 22.
Rt. 1991 s. 600.	s. 11, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 29, 32, 33, 34.
Rt. 1991 s. 874.	s. 40.
Rt. 1997 s. 1576	s. 28.

Rt. 2001 s. 58 s. 18, 28, 29, 36.
Rt. 2004 s. 1769 s. 19.
Rt. 2009 s. 229. s. 19.

Sverige:

NJA 2004 s. 176. s. 39.

Litteratur:

Andenæs (1974) Andenæs, Johs. *Alminnelige strafferett. 2 rev. utg. Oslo, 1974.*

Andenæs (1994) Andenæs, Johs. *Straffen som problem. 1. utgave. Gjøvik trykkeri AS. 1994.*

Andenæs (2005) Andenæs, Johs. *Alminnelige strafferett. 5. utg. ved Matningsdal og Rieber-Mohn. Oslo 2005.*

Andersen JV 1996 Andersen, Kjell V: *Dolus eventualis. Jussens venner 1996 s. 116-135.*

Bratholm (1980) Bratholm, Anders. *Strafferett og samfunn. Oslo. 1980.*

Brott & påføljder (2005) Dahlstrøm Nilssom Westerlund. *Brott & påføljder. Stockholm. 2005.*

Hagerup (1929) Hagerup, Francis. *Strafferettens alminnelige del. 3. utgave. Oslo. 1929.*

Kjerschow (1930) Kjerschow, P. *Straffeloven med kommentar og tillegg. Oslo. 1930.*

Røstad (1993) Røstad, Helge. *Innkast i straffefeltet. Oslo. 1993.*

Ross Ross, Alf. *Forbrydelse og straf. Analytisk og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del. København 1974.*

Skeie Skeie, Jon. *Den norske strafferett. første bind. 2. utgave. Oslo. 1946.*

22 nordiske juristmøtet (1963) *Forhandlingarna å Det tjuogoandra nordiska juristmötet i Reykjavik. Den 11-13 augusti 1960. København 1963.*

Strandbakken (2001) Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo". Bergen 2001.*

Waaben (1957) Waaben, Knud. *Det kriminælle forsæt. København. 1957.*

