



UIT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridisk fakultet Tromsø

## Hvorfor har vi dolus eventualis?

*Hva er det klanderverdige elementet og hva skiller dolus eventualis fra uaktsomhet?*

**Kristin Sæther**

*Masteroppgave i rettsvitenskap Januar 2017*



# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Oppgavens tema .....	3
1.2	Bakgrunnen for oppgaven og temaets aktualitet .....	4
1.3	Avgrensning.....	5
2	Metode og veien videre .....	6
3	Subjektiv skyld som vilkår for straff.....	7
4	Forsett.....	8
4.1	Innledning.....	8
4.2	Hensiktforsett.....	9
4.3	Sannsynlighetsforsett.....	9
4.4	Dolus Eventualis.....	11
4.4.1	Historisk .....	11
4.4.2	Vilkårene .....	12
4.4.3	Den psykologiske situasjonen og klanderverdigheten .....	15
5	Kritikk og videreføring av dolus eventualis.....	17
5.1	Innledning.....	17
5.2	Kritikk forut for den nye straffeloven.....	17
5.3	Ny straffelov .....	18
6	Uaktsomhet.....	21
6.1	Innledning.....	21
6.2	Simpel uaktsomhet .....	22
6.3	Grov uaktsomhet.....	23
6.4	Bevisst og ubevisst uaktsomhet.....	24
6.5	Klanderverdighet .....	24
7	Om grensen mellom dolus eventualis og uaktsomhet.....	25
7.1	Innledning.....	25
7.2	Bevise skyld.....	26
7.2.1	Innledning.....	26
7.2.2	Generelt om bevisførsel .....	26
7.2.3	Bevise uaktsomhet.....	27
7.2.4	Bevise forsett.....	27

7.3	Hva skiller en bevisst uaktsomhet overtredelse fra en overtredelse begått med eventualitetsforsett?.....	30
7.3.1	Forskjellene i faktum.....	30
7.3.2	Forskjellen i teorien.....	30
7.3.3	Forskjellen i praksis .....	31
7.3.4	Forskjell i klanderverdighet .....	35
7.3.5	Om å formulere forskjellen mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis presist	37
8	Er det et behov for dolus eventualis? .....	39
8.1	Innledning.....	39
8.2	Vold, drap og narkotika .....	40
8.2.1	Vold.....	40
8.2.2	Drap.....	40
8.2.3	Narkotika.....	46
8.2.4	Organisert kriminalitet .....	49
8.2.5	Egen vurdering og delkonklusjon .....	50
8.3	Konklusjon.....	52
9	Hvilken rolle kan dolus eventualis spille i framtiden? .....	54
10	Rettsikkerhet, prinsipielle betenkeligheter og framtiden. ....	58
11	Konklusjon .....	63
12	Referanser.....	64

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Oppgaven omhandler den strafferettslige forsettsformen dolus eventualis. Problemstillingen er hvorfor vi har dolus eventualis. Hva som gjør dolus eventualis straffverdig er en del av begrunnelsen for å ha skyldformen. Jeg spør derfor hva som er det klanderverdige elementet i skyldformen.

Bak en skyldform ligger et klanderverdig element hos gjerningspersonen, en adferd eller tilstand som er uønsket fra lovgivers side. Tilstedeværelse av elementet berettiger bruk av straff.

En naturlig antagelse er at de forskjellige skyldformene retter seg mot ulike klanderverdige elementer. Dolus eventualis grenser til og har likheter med bevisst uaktsomhet. Jeg undersøker forskjellen mellom skyldformene for å besvare hvorfor dolus eventualis er en nødvendighet.

Dolus eventualis følger av straffeloven 2005<sup>1</sup> § 22 første ledd bokstav c. Dolus eventualis medfører at det kan straffes for forsett hvor gjerningspersonen anser en mulig følge for å være mindre sannsynlig, men sier til seg selv at om så han visste at det ble slik, så ville han likevel utføre handlingen.

---

<sup>1</sup> Lov 20 mai 2005 om straff (straffeloven), forkortet strl.2005.

## 1.2 Bakgrunnen for oppgaven og temaets aktualitet

Straffeloven 1902<sup>2</sup> inneholdt ingen definisjon av forsett. Loven regulerte ikke hvilken form som skulle benyttes. De forskjellige forsettsformer ble dynamisk utviklet av praksis og juridisk teori.

Dolus eventualis er kjent for å være vanskelig. Bruken har vært beskjeden og tidvis helt fraværende. Et søk utført i lovdata<sup>3</sup> viser at dolus eventualis var omtalt i fem saker fra år 1900 til 1980.

Mellom 1981 og 2005 når den nye straffeloven vedtas, øker bruken til 56 saker i lovdatas database. Selv om bruken er økende, er det likevel en sjeldenhet at domstolene behandler eventualitetsforsett. Bruken er ikke ensartet, og Høyesterett bruker forskjellige uttrykksmåter. Likevel ble skyldformen videreført i den nye straffeloven.

Bruksområdet har aldri vært avgrenset, men det enighet om at dolus eventualis er mest praktisk ved narkotikaovertrædelser.

Spørsmålet om overtrædelser er forsettlig beror på en tolkning av straffeloven 2005 § 22 første ledd som legaldefinerer forsett<sup>4</sup>, sammenholdt med det aktuelle straffebudet. Naturlig framgangsmåte tilsier en vurdering av de alternative forsett i første ledd.

For å utelukke forsett er det nødvendig å konkludere med at dolus eventualis heller ikke kan statuere forsett. Noe annet vil etter forholdene kunne være en saksbehandlingsfeil som kan medføre opphevelse etter straffeprosessloven<sup>5</sup> § 343. En konsekvens er at retten av eget tiltak skal undersøke om dolus eventualis kan anvendes før retten utelukker at handlingen var utført forsettlig.<sup>6</sup>

Prosessreglene medfører at bruksområdet til dolus eventualis kan ha blitt utvidet. En slik utvidelse aktualiserer spørsmålet om hva det klanderverdige elementet ved dolus eventualis og hva som skiller seg fra de andre skyldformene.

Videre er det interessant å se hva begrunnelsen for videreføringen bygget på og om begrunnelsen har gode grunner for seg.

---

<sup>2</sup> Lov 22 mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven), forkortet strl.1902.

<sup>3</sup> Utført den 16.12.2016.

<sup>4</sup> Ot.prp nr.90, 2003-2004 s.424.

<sup>5</sup> Lov 22 mai 1981 nr 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) forkortet strpl.

<sup>6</sup> Strpl. § 38 annet ledd, Rt 1989 s.640 (s. 641).

### 1.3 Avgrensning

Dolus eventualis er mest relevant for følgedelikter, selv om det kan konstateres forsett ved samtlige delikter.<sup>7</sup> Resten av framstillingen vil omhandle straffebud med en ulovlig følge.

Oppgaven vil ikke vie plass til generelle redegjørelser om medvirknings- og forsøksovertredelser. Medvirkning til narkotikaovertrødelse er særlig relevant, og en finner rettspraksis om forsøk på drap. Til tross for relevansen går jeg ikke inn på de utfordringer som knyttes til dolus eventualis i disse tilfellene. Det vil komplisere framstillingen og krever for mye plass.

Dolus eventualis er den latinske betegnelsen på eventuelt forsett, også omtalt som eventualitetsforsett. Alle betegnelsen brukes i avhandlingen.

---

<sup>7</sup> Ot. prp nr.90, 2003-2004 s.116.

## 2 Metode og veien videre

For å besvare problemstillingen vil jeg undersøke kritikken skyldformen møtte forut for straffeloven 2005 og den formelle begrunnelsen for hvorfor dolus eventualis ble videreført. Argumentene for og mot undersøker jeg så grundigere. Herunder vil jeg fokusere på om den formelle begrunnelsen er god nok.

Videre undersøkes områdene hvor dolus eventualis benyttes. Siktemålet er å finne ut om dolus eventualis gir et tilfredsstillende domsresultat. Jeg undersøker så om dolus eventualis kan fungere i flere saksforhold.

Underveis fokuserer jeg på hva som er det klanderverdige elementet, og grensen mellom dolus eventualis og uaktsomhet. Grensen er sentral, da formene er svært like.

Oppgavens tematikk inneholder, som jussen ofte gjør, flere sirkelresonnement som har gjort disponeringen utfordrende. For å forenkle fremstillingen er de generelle regler fremstilt før de mer spesielle, og en viss kronologi er forsøkt fulgt.

Det er få rettskilder som omtaler problemstillingen særskilt. I tillegg finnes lite rettspraksis. Formuleringene fra rettspraksis er heller ikke ensartet, noe som gjør det utfordrende å benytte seg av den i argumentasjonen.

Også forfatterne angriper dolus eventualis ulikt. I tillegg er litteraturen skrevet før ikrafttredelsen av straffeloven 2005. Så vidt jeg kan se, er det ingen som omtaler dolus eventualis i sammenheng med prosessreglene. Store variasjoner i forståelsen av dolus eventualis gjør også at mange autorative kilder inneholder feil beskrivelse av skyldformen.

### 3 Subjektiv skyld som vilkår for straff

Skyld er et juridisk begrep i strafferetten, ikke et moralsk, selv om de to er nært beslektet.<sup>8</sup>

Subjektiv skyld hos gjerningspersonen er det tredje straffbarhetsvilkåret, og er som hovedregel en nødvendig forutsetning for straff.<sup>9</sup>

Det følger av straffeloven 2005 § 21 at ”[s]traffelovgingen rammer bare forsettelige lovbrudd med mindre annet er bestemt”. Forsett og uaktsomhet er skyldformene som brukes i norsk strafferett.<sup>10</sup> Forsett er en psykologisk størrelse hos gjerningspersonen, mens uaktsomhet er en normativ vurdering av adferden.

Den aktuelle skylden må foreligge i det øyeblikket overtredelsen skjer og må dekke alle deler av gjerningsbeskrivelsen, jf. dekningsprinsippet.

---

<sup>8</sup> Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 3. utgave, Oslo 1989 s.191.

<sup>9</sup> Unntaksvis kan det være straff for objektiv overtredelse av straffebudet.

<sup>10</sup> Latin: *dolus* og *culpa*.



## 4 Forsett

### 4.1 Innledning

Ordet ”forsett” avslører ikke hva som kreves av gjerningspersonens psykologiske tilstand.

Eskeland påstår at det sentrale i forsettbegrepet er at gjerningspersonen ”vet hva han gjør”.<sup>11</sup>

I daglig tale sies det ofte at en handler ”med viten og vilje”.

Straffeloven 2005 § 22 første ledd definerer hva forsett er:

*”Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud*

*a) med hensikt,*

*b) med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller*

*c) holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.”*

Det følger av ordlyden «med bevissthet» og «holder det for mulig», at gjerningspersonens subjektive forståelse av forholdene skal legges til grunn når en konstaterer forsett. Det er også et gammelt prinsipp som sier om at enhver skal bedømmes ut fra sin egen forståelse av de faktiske forhold.<sup>12</sup>

Spørsmålet om hvorvidt en handling er begått forsettlig eller ikke, må besvares på bakgrunn av gjerningspersonens tankevirksomhet på gjerningstidspunktet.

Under skal jeg presentere de ulike forsettene. Jeg har valgt å presentere formene i synkende grad av bebreidelse. Den onde vilje vil ha størst tilstedeværelse i hensiktsforsettet som presenteres først, og minst i dolus eventualis som presenteres sist.

---

<sup>11</sup> Ståle Eskeland, *Strafferett*, 4.utgave 2015 s. 280.

<sup>12</sup> Strl.2005 § 25, Ot.prp nr.90, 2003-2004s.425, Rt 1966 s.698.

## 4.2 Hensiktsforsett

Dersom en gjerningsperson ønsker et utfall og handler med det for øye, er følgen tilsiktet. Gjerningspersonen hadde hensikt jf. strl.2005 § 22 første ledd bokstav a.

Siden overtredelsen er ønsket kreves det ikke at følgen framstod som særlig sannsynlig. Andenæs påpeker at handlinger som foretas innenfor den alminnelige handlefrihet faller utenfor forsettet, samt at ansvar kan utelukkes av adekvansreglene.<sup>13</sup>

Gjerningspersonens *vilje* til å fremkalle den straffbetingende følgen gjør hensiktsforsettet straffverdig.<sup>14</sup>

## 4.3 Sannsynlighetsforsett

Dersom gjerningspersonen ikke ønsket følgen, men anså det for «*sikkert eller mest sannsynlig*» at den ville inntreffe, har han handlet med sannsynlighetsforsettet jf. § 22 første ledd bokstav b.

Av ordlyden ”*mest sannsynlig*” er det naturlig å slutte at sannsynlighetsovervekt er nok. Det tilsier at sannsynligheten må være på 51% eller mer.<sup>15</sup>

Når gjerningspersonen holder det for ”*sikkert*” hevder noen forfattere at gjerningspersonen handler med visshetsforsett.<sup>16</sup> Gjerningspersonen har anslått sannsynligheten til å være omtrent 100%. Visshetsforsett er en særlig kvalifisert grad av sannsynlighetsforsett og bygger på samme begrunnelse som sannsynlighetsforsettet. Frøberg mener derfor sontringen mellom visshet og sannsynlighetsforsett er unødvendig, da sannsynlighetsforsettet også dekker visshet.<sup>17</sup>

De færreste har for vane å finregne på hvor sannsynlig det er at vår adferd vil få bestemte konsekvenser. Spørsmålet er hvor klar bevisstheten om sannsynligheten må være, altså hvilke krav vi stiller til forsettets kvalitet?<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> Johs Andenæs, *Aminnelig strafferett*, 5. utgave, 2004 s.233. Ot.prp nr.90, 2003-2004 s.425.

<sup>14</sup> Thomas Frøberg, *Alminnelig straffert i et nøtteskall*, 2016 s.124.

<sup>15</sup> Ot. prp nr.90, 2003-2004 s. 425

<sup>16</sup> Ot. prp nr.90, 2003-2004 s.425. Svein Slettan, Torild M. Øie, *Forbrytelse og straff bind 1:innføring i straffrett*, 2001) s.112

<sup>17</sup> Frøberg, 2016 s.124

<sup>18</sup> Frøberg, 2016 s.125-126 med videre henvisninger.

Det følger av forarbeidene at gjerningspersonen «*handler ofte raskt, uten å ha noen klar bevissthet om alle elementer i gjerningsbeskrivelsen. Det er ikke nødvendigvis til hinder for at kravet om forsett er oppfylt. Forsett omfatter også det halvklare, slørede forsett*». <sup>19</sup>

I ”*Bilpanserdommen*”<sup>20</sup> stjal domfelte fornærmedes bil mens hun var i en minibank rett ved. Hun kastet seg over panseret og klamret seg fast, mens domfelte kjørte fra stedet. I en sving falt hun av og døde av skadene hun pådro seg. Det var klart at dødsfølgen ikke var tilsiktet og at gjerningspersonen hadde handlet impulsivt. Høyesterett la til grunn at en ”*sløret – noe uklar – oppfatning om sannsynlighetsovervekt for dødsfølge vil være tilstrekkelig*”. <sup>21</sup>

Selv om en gjerningsperson anser følgen for å være sikker, behøver han ikke ønske den.<sup>22</sup> Viljen er derfor ikke det klanderverdige elementet i sannsynlighetsforsettet, slik som ved hensiktsforsettet. *Viten* om at handlingen vil framkalle følgen er det klanderverdige.

---

<sup>19</sup> Ot. prp nr.90, 2003-2004 s.426.

<sup>20</sup> Rt 2011 s.1104.

<sup>21</sup> Rt 2011 s.1104 (avsnitt 18).

<sup>22</sup> Andenæs, *Aminnelig strafferett*, 2004 s.234.

## 4.4 Dolus Eventualis

### 4.4.1 Historisk

Dolus eventualis er ingen nyvinning, i Tyskland er for eksempel det eventuelle forsettet blitt diskutert i mer enn 150 år.

Forarbeidene til den norske straffeloven av 1902 omtaler et forsett hvor følgen ikke har framstått som overveiende sannsynlig. Motivene presiserer at forsettsvurderingen er meget usikker når følgen fremstår som mindre sannsynlig. Det vil være av vesentlig betydning om gjerningspersonen har innvilget følgen eller ikke.<sup>23</sup>

Innvilgelse er at gjerningspersonen ser risikoen, og vurderer hva han ville ha gjort dersom risikoen hadde vært større.

Et klassisk eksempel på innvilgelse av følgen finnes i dansk rettspraksis fra 1918.<sup>24</sup> En snekkermester var fortvilet over sin kones utroskap. Han knipset en brennende fyrstikk bak seg og sa ”*ske hvad der vil*”. Verkstedet brant ned, og snekkeren ble funnet skyldig etter skyldformen dolus eventualis.

Det finnes to forskjellige metoder for å påvise innvilgelse. Metodene kalles den hypotetiske- og den positive innvilgelsesteorien.

I *hakekorsflaggdommen*<sup>25</sup> anvendes den hypotetiske innvilgelsesteorien. Teorien benyttes av retten under hovedforhandlingen. Retten vurderer om gjerningspersonen ville ha gjennomført handlingen dersom han hadde foretatt en innvilgelsesvurdering.

I Rt. 1980 s. 979 bygger Høyesterett på den positive teorien. Teorien etterspør en faktisk vurdering av gjerningspersonen på gjerningstidspunktet. De tiltalte hadde skutt mot polititjenestemenn, men bommet. Retten uttaler at den fant det bevist at de tiltalte hadde regnet med muligheten for treff og død og de «*har tatt det standpunkt å ville gjennomføre selv om følgen skulle inntre*».<sup>26</sup>

Den hypotetiske teorien ble endelig forkastet i *skeheroindommen*<sup>27</sup>. Førstevoterende uttalte at det ”*virker lite naturlig at tiltaltes forsett og dermed handlingens straffbarhet etter*

---

<sup>23</sup> *Straffelovskommisjonens motiver*, SKM, 1896 s.58

<sup>24</sup> UfR 1918 s. 946

<sup>25</sup> Rt 1933 s.1132

<sup>26</sup> Rt 1980 s.979 (s. 980).

<sup>27</sup> Rt 1991 s.600.

*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. Jeg kan heller ikke anse en slik oppfatning etablert i rettspraksis*".<sup>28</sup> Dommeren avviser uttrykkelig metoden hakekorsflaggdommen benyttet og stadfester den positive innvilgelsesteorien.

Forskjellen ligger i at om gjerningspersonen dømmes for det retten mener gjerningspersonen ville ha gjort eller for sin egen vurdering av hva han ville gjort i en tenkt situasjon.

Innvilgelsesvurdering er hypotetisk for gjerningspersonen på vurderingstidspunktet, noe som medfører at den positive teorien inneholder hypotetiske elementer. Stigen kaller derfor innvilgelsen for et slags "tenkt visshetsforsett"<sup>29</sup>.

#### **4.4.2 Vilkårene**

Dolus eventualis følger som nevnt av strl.2005 § 22 første ledd bokstav c.

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår. Disse kan kalles grunnvilkåret og tilleggsvilkåret<sup>30</sup>. Sistnevnte kalles også innvilgelsesvilkåret.<sup>31</sup>

Jeg velger å bruke "grunnvilkåret og innvilgelsesvilkåret" da jeg finner det mest presist.

##### **4.4.2.1 Grunnvilkåret «holdt det for mulig»**

Ordlyden "holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen" peker logisk og språklig på en lav sannsynlighet om en risiko for en følge.

Den aktuelle risikoen må ha fremstilt seg som plausibel, om enn usannsynlig.

Andenæs legger til grunn at overtredelsen må ha «framstilt seg som er eller mindre mulig for gjerningsmannen». <sup>32</sup> Eskeland tar til ordet for at grensa går ved 50% sannsynlig.<sup>33</sup>

Andorsen problematiserer hvor langt under 50% sannsynligheten kan gå. Han konkluderer med at det bør kreves «en praktisk mulighet som folk flest ville ha vært oppmerksom på og regnet med».<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> Rt 1991 s.600 (s. 604).

<sup>29</sup> Jo Stigen «Forsettets nedre grense - dolus eventualis eller hva?». *Tidsskrift for rettsvitenskap* ,2010, s. 573-636. (s. 586).

<sup>30</sup> Kjell Andorsen, «Dolus Eventualis - tolv år etter» . *Jussens venner* 2009 s.155-180, (s. 155-156).

<sup>31</sup> Frøberg, 2016 s. 127.

<sup>32</sup> Andenæs, *Aminnelig strafferett*, 2004,s. 235.

<sup>33</sup> Eskeland, 2015, s. 284.

<sup>34</sup> Kjell Andorsen, «Dolus Eventualis» *Jussens venner*, 1996, ss. 116-135 s.122.

Gjerningspersonen må ha innsikten om risikoen i sin bevissthet på gjerningstidspunktet. Det er ikke tilstrekkelig å innse muligheten i ettertid eller stille seg likegyldig til om en risiko foreligger.<sup>35</sup>

Grunnvilkåret er kognitivt.<sup>36</sup> Det består av litt *viten eller innsikt* om en følge.

#### **4.4.2.2 Innvilgelsesvilkåret «og velger å handle selv om det skulle være tilfellet»**

Innvilgelsesvilkåret i strl.2005 § 22 første ledd bokstav c er at han ”*velger å handle selv om det skulle være tilfelle*”.

Etter bestemmelsens ordlyd kreves det et bevisst valg om å handle, selv om ”*det skulle være tilfelle*». Min språkforståelse tilsier at ordet ”*det*” peker tilbake på muligheten for at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen. Det taler for at det er forsett når gjerningspersonen tar et bevisst valg om å handle selv om det skulle være tilfelle at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen. Etter min forståelse av ordlyden er *dolus eventualis* sammenfallende med bevisst uaktsomhet, som jeg kommer tilbake til i pkt. 6.4.

Det følger av forarbeidene at for å statuere forsett må «*lovbryteren (...)bevisst ha bestemt seg for å gjennomføre handlingen selv om den skulle oppfylle gjerningsbeskrivelsen*». <sup>37</sup> I forarbeidets formulering kreves noe mer enn i ordlyden.

Forarbeidets formulering forutsetter at gjerningspersonen vurderer handlemåten sin i et hypotetisk faktum hvor risikoen er større. Så beslutter gjerningspersonen å gjennomføre selv om handlingen i realiteten skulle oppfylle gjerningsbeskrivelsen. Lovens ordlyd samsvarer ikke med forarbeidets formulering, slik jeg tolker det.

Ordlyden er ny av straffeloven 2005. Formuleringen er «*utelukkende begrunnet i et ønske om å gi bestemmelsen en mer hensiktsmessig språklig utforming og er ikke ment til å lede til realitetsendringer*». <sup>38</sup> Dette taler for at *dolus eventualis* basert på positiv innvilgelse er gjeldende rett.

For å fortolke innvilgelseskravet inn i ordlyden må en forutsette at frasen ”*velger å handle*” i realiteten skal forstås som å foreta en innvilgelsesvurdering. Ordet «*velger*» kan forstås slik,

---

<sup>35</sup> Rt 2001 s.58 (s. 62), Stigen, 2010, s.586.

<sup>36</sup> Stigen, 2010 s.586.

<sup>37</sup> Ot.prp nr.90, 2003-2004 s.425.

<sup>38</sup> Ot.prp nr. 22, (2008-2009) s.397.

selv om det kanskje er å tøye språket. En slik tolking er plausibel, noe som kan tale mot at det er motstrid mellom ordlyden og forarbeidet.

Eckhoffs hovedinntrykk av rettspraksis ved tilsvarende motstrid er at dommerens oppfatning av hva som er den beste løsningen, gjør utslaget. Et hensyn som kan være relevant er om det er loven eller forarbeidet som gir klare uttrykk for hva lovgiver har ment å bestemme.<sup>39</sup>

At min fortolkning av ordlyden sammenfaller med en annen skyldform taler for at forarbeidet gir et klarere uttrykk for lovgiverviljen enn bestemmelsens ordlyd. I tillegg henviser forarbeidet til Rt. 1980 s. 979 som uttrykk for den rett som søkes videreført.<sup>40</sup>

Praksis inneholder klare eksempler på hva som kreves av innvilgelsen, selv om også denne har vært vakkende. I Rt. 1991 s. 741 sier Høyesterett at spørsmålet er om tiltalte *«bestemte seg for å fortie banksertifikatene uansett om skatteplikt skulle foreligge»*.<sup>41</sup> Formuleringen spør klart etter en positiv innvilgelse.

I 2004 presiserte Høyesterett at det *«er ikke 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. Det kreves i tillegg en positiv innvilgelse av dette momentet(...) Denne positive innvilgelse, som riktignok inneholder et hypotetisk element, skiller - i det nedre grenseområdet - forsett fra den bevisste uaktsomhet.»*<sup>42</sup>

Høyesterett bygger videre på denne formuleringen i senere saker.<sup>43</sup>

Også i litteraturen er formuleringene nærmere forarbeidets enn ordlyden. Innvilgelse krever at gjerningspersonen har sagt til seg selv at selv om *”gjerningsinnholdet er eller vil bli oppfylt, vil jeg likevel gjennomføre handlingen”*.<sup>44</sup>

Andersen sier at *”gjerningspersonen tenker seg at handlingen sikkert eller mest sannsynlig vil realisere gjerningsinnholdet i en straffebestemmelse, og på dette, tenkte grunnlaget tar stilling til om han også da ville ha gjennomført handlemåten”*.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5 utgave, 2001 s.85-86.

<sup>40</sup> Ot.prp nr.90, 2003-2004 s.425.

<sup>41</sup> Rt 1991 s.741 (s.743).

<sup>42</sup> Rt 2004 s.1769 (avsnitt. 11).

<sup>43</sup> se Rt 2009 s.229 (avsnitt 11 og 12) , Rt 2009 s.750 (avsnitt 90) plenum og Rt 2009 s.1014.

<sup>44</sup> Eskeland, 2015 s.284

<sup>45</sup> Andersen, 2009 s. 156

Forarbeidenes tolkning av innvilgelsesvilkåret må derfor legges til grunn. Å dømmes i tråd med ordlyden kan medføre at en uaktsom overtredelse pådømmes som forsettlig. Reelle hensyn tilsier at ordlyden må fravikes.

Det framgår av forarbeidene at det må kreves at gjerningspersonen tenker seg sannsynlighetsovervekt i den hypotetiske vurderingen.<sup>46</sup>

Kriteriet er volitivt (viljebasert) og består av en viss *vilje*.<sup>47</sup>

#### 4.4.3 Den psykologiske situasjonen og klanderverdigheten

Den psykologiske situasjonen som *dolus eventualis* fanger opp er vanskelig.

Gjerningspersonen øyner en mulighet<sup>48</sup> for at en risiko realiserer seg. Så tar han stilling til hvordan han ville ha handlet dersom han visste at risikoen ville realisere seg. Etter å ha konkludert med at han ville handle dersom han visste at handlingen ville realisere risikoen, handler han. Trolig er det sjelden situasjonen oppstår i praksis.

Imidlertid kan den psykologiske situasjonen oppstå i situasjoner hvor gjerningspersonen føler seg tjent med liten kunnskap, f.eks. hvor det kan minske straffen. Det samme gjelder i situasjoner hvor gevinsten for å gjennomføre er høy. Bratholm eksemplifiserer og omtaler en skipsreder som plasserer en bombe på et skip. Motivet er å få assuransen når skipet går ned. Rederen utstyrer båten med redningsutstyr i håp om at mannskapet vil overleve. Rederen vet med seg selv at han ville ha senket skipet også om han visste at liv ville gå tapt.<sup>49</sup> Rederen innvilget følgen. Selv om han ikke ønsker å drepe mannskapet, aksepterer han følgen for å få assuransen.

Hva som er det klanderverdige elementet i *dolus eventualis* framgår ikke etter en analyse av ordlyden i strl.2005 § 22 første ledd bokstav c. Redegjørelsen har vist at *dolus eventualis* består av de samme elementene som sannsynlighet- og hensiktsforsettet, bare i mindre størrelser. Ettersom størrelsene er mindre byr avgrensningen oppad sjelden på problemer.

Frøberg sier at ”*grunnvilkåret retter seg mot gjerningspersonens innsikt i muligheten for at noe vil skje, mens innvilgelsesvilkåret retter seg mot hvordan han vurderte sin vilje til å handle under hypotetiske omstendigheter*”.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Ot. prp nr.90, 2003-2004 s.426.

<sup>47</sup> Stigen, 2010 s.586.

<sup>48</sup> Mindre enn 50% sannsynlig.

<sup>49</sup> Anders Bratholm, *Strafferett og samfunn*, 1987, s. 215- 216.

<sup>50</sup> Frøberg, 2016 s. 129.



Den psykologiske situasjonen som dolus eventualis fanger opp viser at det er innvilgelsen av følgen som gjør forsettet mer straffverdig enn uaktsomhetsansvaret.

Hva er det så med den positive innvilgelsen som er så klanderverdig? Dersom vi holder fast ved utgangspunktet, at forsettet er en psykologisk sak, ja så må det være et psykologisk aspekt ved oppførselen som er det straffverdige. Er innvilgelsen et uttrykk for en egoisme vi ikke aksepterer? Er det grådighet? Likegyldighet?

For å klargjøre hva det klanderverdige elementet i dolus eventualis er undersøker jeg forarbeidene i pkt. 5.3. Uaktsomhet introduseres i kap. 6, Grensen mellom uaktsomhet og forsett undersøkes i kap. 7.

I kap. 8 undersøker jeg typesituasjoner hvor dolus eventualis brukes. Formålet er å finne ut hvilken adferd som rammes av dolus eventualis i praksis, og hva som gjør slik adferd klanderverdig.

## 5 Kritikk og videreføring av dolus eventualis

### 5.1 Innledning

En gjennomgang av vilkårene for dolus eventualis viser at forsettsformen er vanskeligere å håndtere enn de andre skyldformene.

Under skal kritikken som forelå forut for den nye straffeloven undersøkes. Hvorfor dolus eventualis ble videreført klarlegges etterpå.

### 5.2 Kritikk forut for den nye straffeloven

Dolus eventualis er utsatt for atskillig kritikk. Kritikerne mener grunnlaget er for usikkert til å fastslå forsett.

Alf Ross kaller læren ”*et vildskud*”. Andenæs påstår skyldformen har begrenset praktisk betydning. Bratholm hevder sannsynlighetsforsettet rekker langt nok.<sup>51</sup>

Røstad kaller eventualis for «*det perifere forsettsbegrep*» og Skeie betrakter dolus eventualis som et en særlig straffverdige form for uaktsomhet.<sup>52</sup>

Kritikken som fremkommer i litteraturen gjenspeiles imidlertid ikke i domstolene. Høyesterett har korrigert underrettene når de har anvendt den positive teorien feil, men ikke kritisert læren.

Stigen bemerker at fraværet av kritikk i domstolene kan komme av at «*de mest toneangivende rettsteoretikere ikke har hatt avgjørende innvendinger mot den positive innvilgelsesteori*».<sup>53</sup> På samme sted sier han at læren har fylt et kriminalpolitisk behov og at domstolene kanskje ikke har villet avskaffe læren av den grunn.

---

<sup>51</sup> Alf Ross, *Forbrydelse og staf*, 1974, København.s. 54 flg, Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*,6. utgave, 2016 s.238. Bratholm, 1987, s.217.

<sup>52</sup> Helge Røstad, *Innkast i straffefeltet: utvalgte emner i strafferetten*,1993, s.131, Jon Skeie *Den norske strafferett*, 2. Utgave. Bind 1: den alminnelige del, Oslo 1946 s.229

<sup>53</sup> Stigen, 2010, s.587.

### 5.3 Ny straffelov

Arbeidet med ny straffelov ble startet av justisdepartementet i 1978. Loven ble sanksjonert 20 mai 2005, og trådte i kraft 1. oktober 2015. Regjeringen og Stortinget behandlet spørsmålet om dolus eventualis i tre omganger.

Dolus eventualis ble anbefalt opphevet i NOU 1983:57.<sup>54</sup> Utredningen kommer til at det ikke er bruk for skyldformen. Behovet opphørte når sannsynlighetsforsettet ble utvidet til å gjelde alle forsett med sannsynlighetsovervekt. På samme sted blir hensynet til enkelhet og oversikt brukt som argument for å sløyfe dolus eventualis. Argumentasjonen må forstås i historisk perspektiv. På denne tiden er det uklart om den hypotetiske innvilgelsesteorien er godkjent og dolus eventualis brukes lite.

I perioden fra den første utredningen til den neste NOU blir publisert er den positive teorien stadfestet og bruken har tatt seg opp. I NOU 1992:23 hadde Straffelovkommisjonen også endret oppfatning.

Kommisjonen viste til at dolus eventualis dekket et behov i narkotikasaker, drap og grove legemskrenkelser. Kommisjonen uttalte at i de enkelte sakstyper kan *”hensynsløsheten hos gjerningspersonen være så klanderverdig at det vil virke uheldig om det bare kan straffes for uaktsomhet»*.<sup>55</sup>

Indirekte påstås at det finnes et straffverdighetsnivå mellom grov uaktsomhet og alminnelig forsett, og at det vil virke uheldig å straffe nivået likt som uaktsomhet. Et kriminalpolitisk behov for straff gjør seg gjeldende, slik kommisjonen ser det.

Utvalget uttaler at til tross for at behovet for eventualis i alminnelighet er begrenset *”har Straffelovkommisjonen funnet at disse spesielle praktiske behov bør være avgjørende og føre til at skyldformen beholdes”*.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> NOU 1983: 57 s.146.

<sup>55</sup> s.25 og s. 118 (sitat).

<sup>56</sup> NOU 1992: 23, s. 118.

I NOU 2002: 4 (dissens 4-1) gikk den nye Straffelovkommisjonen mot forslaget om videreføring. Flertallets begrunnelse kan oppsummeres i fire punkter:<sup>57</sup>

- 1) Teorien spør etter en hypotetisk og ikke faktisk beslutning hos gjerningspersonen.
- 2) En positiv innvilgelse er svært vanskelig å bevise.
- 3) Underrettene har problemer med å formulere bevistemaet presist
- 4) Det er vanskelig å skille dolus eventualis fra bevisst uaktsomhet

Punktene oppsummerer den ledende kritikken mot dolus eventualis. Kritikken fikk imidlertid ikke avgjørende vekt. I Ot.prp. nr.90 (2003-2004) finner flertallet det klart at det er et reelt behov for skyldformen.<sup>58</sup>

Det følger av proposisjonen at høringsinstansene som er for opprettholdelse av forsettsformen ikke finner innvendingene overbevisende. Departementet mener at kritikken ikke må overdrives og begrunner det med at alle forsettsvurderinger inneholder hypotetiske elementer. For å statuere forsett må retten ”*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*”.<sup>59</sup> Kritikken som retter seg mot bevisproblemene blir altså avfeid av departementet, som også gir anvisning på hvordan forsettet skal bevises.

Heller ikke alle høringsinstansene opplever å bevise dolus eventualis som utfordrende. Borgarting lagmannsrett uttaler i sin høringsuttalelse at det ikke er «*denne lagmannsretts erfaring at skyldformen dolus eventualis i praksis reiser spesielt vanskelige bevisproblemer. (...) Domfellelse etter denne forsettsformen forutsetter bevist at gjerningspersonen har regnet det som mulig at det straffbare resultat vil inntre og at han i den situasjonen likevel har valgt å utføre handlingen*». <sup>60</sup>

En analyse av sitatet viser at lagmannsretten påstår at forsett statueres når en gjerningsperson velger å handle, etter å ha øynet muligheten for en straffbar følge. Lagmannsretten utelater den positive innvilgelsen som følger av læren. Det utformede bevistema er derfor bevisst

---

<sup>57</sup> NOU 2002: 4 s. 225, samme inndeling hos Stigen, 2010 s.588.

<sup>58</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 118.

<sup>59</sup> *ibid.*

<sup>60</sup> *ibid.*

uaktsomhet (se pkt. 6.4) og ikke eventualitetsforsett. Lagmannsretten påstår at dolus eventualis ikke er vanskelig, likevel bommer de på bevisemaet.

Departementet ser ikke ut til å legge merke til at lagmannsretten formulerer bevisemaet feil. Tvert imot tar departementet lagmannsretts forståelse til inntekt for å videreføre dolus eventualis. Det følger av proposisjonen at erfaringene til Borgarting lagmannsrett ”*som oftere enn de fleste andre domstoler behandler saker som kan reise spørsmål om eventuelt forsett, er riktignok at det ikke reiser spesielt vanskelige bevisproblemer.*”<sup>61</sup>

Borgarting lagmannsrett har behandlet seks saker om dolus eventualis i tidsrommet mellom 1950 og 2002.<sup>62</sup>

Proposisjonen tar imidlertid forbehold om at påtalemyndigheten trolig har henlagt saken eller nedsubsumert i saker hvor dolus eventualis ikke lar seg bevise.<sup>63</sup>

Departementet stemte for videreføring.<sup>64</sup> Justiskomiteen var enig i departementets vurdering, og videreførte dolus eventualis som skyldform.<sup>65</sup>

Dolus eventualis ble videreført ettersom skyldformen fanger opp en hensynsløshet, som det i enkelte sakstyper er et kriminalpolitisk behov for å straffe.

---

<sup>61</sup> *ibid.*

<sup>62</sup> ifølge søk i lovdata den 16.12.2016

<sup>63</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 118

<sup>64</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) S.115-118.

<sup>65</sup> Innst. O. nr. 72 (2004-2005) s. 23.

## 6 Uaktsomhet

### 6.1 Innledning

Uaktsomhet forstås som uforsiktighet. Uaktsomhet er kun straffbart når det er uttrykkelig bestemt, jf. straffeloven 2005 § 21. Hvordan uaktsomhetsvurderingen skal foretas fremkommer av strl. 2005 § 23.

Bestemmelsen lyder:

*«Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.*

*Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.»*

Uaktsomhetsansvar favner mer enn forsettsansvaret og gir derfor mer effektiv håndhevelse av reglene. I tillegg har uaktsomhetsansvar gode allmennpreventive virkninger.

Rettferdighetshensyn må imidlertid begrense bruken. I motivene til straffeloven av 1902 heter det at det er grunn til å være forsiktig med å straffe for uaktsomhet. Man ”utsetter seg lett for urettferdighet, når man med loven i hånd vil gjennomføre den fordring at alle mennesker i alle tilfelle, i alle legems- og sinnstilstander skal vise den omtanke og omsikt, som i og for seg kan oppstilles som en ønskelig norm”.<sup>66</sup> Uaktsomhetsansvaret forbeholdes sakene med størst kriminalpolitisk behov, og må avgrenses mot den tillatte risiko og alminnelig handlefrihet.

Uaktsomhet framstilles raskt i stigende bebreidelsesgrad etter bestemmelsens oppbygging.

Grensen mellom uaktsomhet og eventualitetsforsett presiseres ytterligere i kapittel 7.

---

<sup>66</sup> Johs. Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 2008, s. 119 med videre henvisninger.

## 6.2 Simpel uaktsomhet

For å fastslå uaktsomhet må to kumulative vilkår være oppfylt. Gjerningspersonen må *«handle i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område»* og kunne *«bebreides»* for dette. Bestemmelsen er ny med straffeloven 2005, men forarbeidene presiserer at ingen realitetsendring er tilsiktet.<sup>67</sup>

Vurderingen av om handlingen var *«forsvarlig»* er normativ. Kjernen av uaktsomhetsbegrepet er objektiv og vurderingen er *”svært skjønnsmessig”*.<sup>68</sup> Utgangspunktet er hva en alminnelig fornuftig og samvittighetsfull samfunnsborger ville ha gjort i samme situasjon.<sup>69</sup>

Først må det klarlegges hva som ville vært en aktsom opptreden. Så må avstanden fra normen til den gjennomførte handlingen måles. Hvor skadepotensialet er stort, skal det mindre til for å opptre uaktsomt sammenlignet med tilfeller hvor skadepotensialet er mindre. Det legges vekt på om området er regulert ved lov, forskrift eller annen måte. Å følge vanlig praksis er imidlertid ikke alltid sammenfallende med å handle aktsomt.<sup>70</sup>

Det andre vilkåret er at gjerningspersonen må kunne *«bebreides»*. Trekk ved gjerningspersonen spiller inn.<sup>71</sup> Andenæs skiller mellom det gjerningspersonen *«kan for»* og det han *«ikke kan for»*.<sup>72</sup> For å oppfylle begrunnelsen for straff gir det bare mening å straffe for det gjerningspersonen kan for.

Hvilke erfaringer gjerningspersonen har er relevant for bedømmelsen. Lovgiver uttaler at *«kommer en fersk bilfører opp i en vanskelig trafikksituasjon, kan man ikke stille helt de samme krav til ham som til en mer erfaren sjåfør. Forutsetningen er imidlertid at nybegynneren har gjort det han kan for å kompensere for sin manglende erfaring og ikke kan bebreides for å ha kommet i den vanskelige situasjonen.»*<sup>73</sup> Det kommer klart fram at uaktsomhetsansvar skal framstå som rimelig. Et sentralt moment er om en person med manglende forutsetninger har gjort tilstrekkelig innsats for å kompensere for sine mangler.

---

<sup>67</sup> NOU 2002: 4 s. 226, NOU, 1992: 23 s. 120.

<sup>68</sup> NOU 1992: 23 s. 119.

<sup>69</sup> på latin kalt *”bonus pater familias”*.

<sup>70</sup> Rt 1952 s.301, Rt 1965 s.777 og Rt 1969 s.1349.

<sup>71</sup> Frøberg, 2016 s. 131.

<sup>72</sup> Andenæs, Aminnelig strafferett, 2004 s. 248, og Ot. prp nr.90 (2003-2004) s.426-427.

<sup>73</sup> Ot. prp nr.90 (2003-2004) s. 426-427.

### 6.3 Grov uaktsomhet

Grov uaktsomhet følger av strl. 2005 § 23 annet ledd. Etter bestemmelsen skal uaktsomheten betegnes som grov dersom handlingen er «*svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse*».

Bestemmelsens andre ledd bygger på en Høyesterettsdom fra 1970 hvor Høyesterett slo fast at «... *det må foreligge en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet*». <sup>74</sup>

Terskelen er modifisert i den nye loven. Det følger av forarbeidene at nå *”skal det noe mindre til for at kravet til grov uaktsomhet er oppfylt. Dette går frem av bestemmelsen ved at handlingen må være «svært» klanderverdig og ikke «særdeles» klanderverdig*». <sup>75</sup> Eldre praksis gir derfor ikke et dekkende bilde av gjeldende rett.

Vurderingen etter andre ledd må gjøres på samme måte som etter første ledd. For at handlingen skal betegnes som *grov* må avstanden til den forsvarlige handlingen være større og grunnlaget for bebreidelse sterkere enn etter første ledd.

Eskeland mener at *”[s]trl. § 23 annet ledd er så skjønnsmessig utformet at det blir dommerens subjektive oppfatning som blir avgjørende for om uaktsomheten i et konkret tilfelle er grov eller ikke*». <sup>76</sup> Det er utvilsomt problematisk for rettssikkerheten dersom dommerens subjektive oppfatning blir avgjørende. En må derfor kunne stille høyrere krav til domsgrunnene hvor grunnlaget er uaktsomhet. <sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Rt 1970 s.1235 (s.1235).

<sup>75</sup> Ot. prp nr.90 (2003-2004) s.497.

<sup>76</sup> Eskeland, 2015, s. 298.

<sup>77</sup> Rt 1997 s.1764 om uaktsomt drap.



#### 6.4 Bevisst og ubevisst uaktsomhet.

I teorien skiller man mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet.

Dersom gjerningspersonen er klar over at han tar en risiko, men handler likevel, er han bevisst uaktsom. Risikoen må framstå som mindre enn 50% sannsynlig, ellers ville vilkåret for sannsynlighetsforsett vært oppfylt.

Om faremuligheten overhodet ikke var i hans bevissthet er han ubevisst uaktsom.<sup>78</sup> For den som overhodet ikke så risikoen kan en ikke vurdere forsett, da forsett forutsetter bevissthet omkring risikohandlingen.

Skillet mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet følger ikke skillet mellom liten, simpel og grov uaktsomhet. Det er to forskjellige former for uaktsomhet, og kan oppstå i alle grader.

Naturligvis vil den grovt uaktsomme handlingen, foretatt i bevisst form, grense til dolus eventualis. Framstillingen konsentrerer seg derfor om bevisste formen av grov uaktsomhet videre.

#### 6.5 Klanderverdighet

Andenæs omtaler de klanderverdige elementer i de forskjellige uaktsomhetsformene. Han mener den *”bevisste uaktsomhet er mangel på den hensynsfullhet, den ubevisste på den oppmerksomhet, som må kreves.”*<sup>79</sup> Sitatet viser at bevisst uaktsomhet er mer klanderverdig enn ubevisst.

Andenæs påstår at manglende hensynsfullhet er det klanderverdige elementet ved en bevisst uaktsom handling. En gjør kanskje ikke nok for å ivareta beskyttelsesverdige interesser, selv om en gjør noe. Mangel på hensynsfullhet kan oppfattes som et utslag av uforsiktighet og være resultat av en feilvurdering. Det kan imidlertid også være noe grovere, et bevisst valg om å ivareta andre interesser dårligere enn en burde.

---

<sup>78</sup> Andenæs, *Aminnelig strafferett*, 2004 s.243-244.

<sup>79</sup> Andenæs, *Aminnelig strafferett*, 2004 s.244.

## **7 Om grensen mellom dolus eventualis og uaktsomhet**

### **7.1 Innledning**

Ovenfor er dolus eventualis kritisert og en ser at det er vanskelig å skille eventualitetsforsettet fra bevisst uaktsomhet. Den bevisst uaktsomme overtredelsen og den positivt innvilgede overtredelsen har åpenbare likhetstrekk.

Senere i avhandlingen skal materien undersøkes dypere på de områder hvor dolus eventualis anses særlig relevant. Dette kapitlet vil i så måte tjene som en innledning.

Under skal jeg presentere forskjellene mellom skyldformene i både teoretisk og praktisk perspektiv. Siktemålet er å se hvor grensen går og hva som avgjør hvilken skyldform som er riktig. Å oppstille en grense som gjelder generelt, er en umulig oppgave ettersom normen avhenger av situasjonen. Mer formålstjenlig må det være å finne ut hvordan en skal trekke grensen mellom skyldformene. Når det er klart undersøkes hvordan forskjellen må håndteres i retten.

For forståelsen av den praktiske siden er det nødvendig å redegjøre kort for bevisreglene før sammenligningen.

## 7.2 Bevise skyld

### 7.2.1 Innledning

Den kommende redegjørelsen tar sikte på å belyse noen av de utfordringene knyttet til å bevise skyld.

Formålet er å skape en forståelse for hvordan skyld bevises i retten. I pkt. 5.3 gjengis et sitat fra forarbeidene som påstår at *dolus eventualis* ikke er vanskeligere å bevise enn de andre forsettsformene. Redegjørelsen søker å teste utsagnet.

### 7.2.2 Generelt om bevisførsel

Den tiltalte skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist.<sup>80</sup> Bakgrunnen er at det er en mye større urett at en uskyldig blir dømt enn at skyldige går fri.

Andenæs bemerker at en *”visshet som utelukker enhver tenkelig tvil forekommer sjelden eller aldri i virkeligheten”*<sup>81</sup>. En pleier derfor å si at enhver *rimelig tvil* skal komme tiltalte til gode.

Påtalemyndigheten har bevisbyrden ved skyldspørsmålet, både i den forstand at de har bevisføringsplikten og tvilsrisikoen.<sup>82</sup>

Norsk straffeprosess bygger på prinsippet om fri bevisførsel. Dette innebærer at partene i utgangspunktet kan føre de bevis de ønsker.<sup>83</sup>

Retten våker over at saken blir fullstendig opplyst, jf. straffeprosessloven § 294.

Høyesterettsier at i dette *«ligger det også en plikt til å sørge for at bevisførselen blir gjennomført på en måte som så langt det er mulig, ikke etterlater uklarheter eller gir grunn til misforståelse»*.<sup>84</sup>

En ser at det kreves høy grad av sikkerhet for å dømme tiltalte til straff.

---

<sup>80</sup> Latin; in dubio pro reo. Prinsippet har røtter tilbake til romerretten og er nedfelt i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 6 nr. 2, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14.2 samt i menneskerettighetserklæringen.

<sup>81</sup> Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 2014 s. 160.

<sup>82</sup> Ikke uttrykkelig nevnt i loven, men er et anerkjent prinsipp og sikker rett.

<sup>83</sup> Finnes fritak for vitneplikt (eks. strpl § 122), forbud mot å ta i mot vitnesbyrd (eks. strpl. 118) og begrensinger for ulovlig ervervede bevis, jf. Rt. 2003 s. 549.

<sup>84</sup> Rt 1998 s.1182 (s.1187).

### 7.2.3 Bevise uaktsomhet

Uaktsomhetsbedømmelsen foretas på bakgrunn av en normativ vurdering av den individuelle situasjonen. En må foreta en nærmere analyse av de forhold som betinget feilen og undersøke om gjerningspersonen med rimelighet kan holdes ansvarlig for følgen.<sup>85</sup>

Hva som er rimelig følger av en konkret vurdering, som kort beskrevet i kapittel 6.

Sentralt står momenter som er egnet til å belyse hva folk flest gjør i tilsvarende situasjoner.

### 7.2.4 Bevise forsett

Alle forsett er en psykologisk størrelse og en prosess i gjerningspersonens bevissthet.

Bevistemaet, ved alle forsettsformer, er hvilke vurderinger gjerningspersonen foretok på handlingstidspunktet. Forsettet er åpenbart unndratt ordinær granskning.

Naturligvis er tiltaltes forklaring et sentralt bevismiddel. Imidlertid er det vanlig at forklaringen ikke gir tilstrekkelig bevis for skyld. Tiltalte kan mangle viljen til å forklare seg om hendelsen, og han kan mangle evnen til å forklare seg.<sup>86</sup>

Tiltalte har også en lovbestemt rett til å slippe å bidra til egen domfellelse.<sup>87</sup> Med det forstås at han kan nekte å forklare seg, og det er heller ikke straffbart å avgi falsk forklaring, jf. strl.2005 § 221 annet ledd. Et sentralt spørsmål er derfor om objektive momenter kan bevise subjektive forhold.

Det følger av forarbeidene til straffeloven av 2005 at *«når lovbrøyteren ikke tilstår, vil forsettsvurderingen ofte måtte skje på grunnlag av ytre omstendigheter, vitneprov og alminnelige erfaringssetninger.»*<sup>88</sup>

Høyesterett sier at *«forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttagelse, og må derfor ofte bygge på slutninger fra omstendighetene ved handlingen.»*<sup>89</sup>

Sammenholdt kan en si at objektive momenter, som ytre omstendigheter, vitneforklaringer og alminnelige erfaringssetninger brukes som bevis for forsettet. Det er de subjektive forhold som søkes bevist, men objektive omstendigheter ved handlingen kan brukes som bevismiddel.

---

<sup>85</sup> Andenæs, Alminnelig strafferett, 2004 s.247.

<sup>86</sup> Evnen til å forklare seg kan svekkes av at handling var impulsiv, motivert av affekt og kroppen full av adrenalin. Forkludret minne og fortrensel er ikke uvanlig.

<sup>87</sup> Strpl. § 90, EMK art. 6, SP art. 14 nr. 3 bokstav g

<sup>88</sup> Ot.prp nr.90 (2003-2004) s.426, som viderefører gjeldende rett.

<sup>89</sup> Rt 1991 s.600.

En bør likevel være forsiktig med å vektlegge objektive holdepunkter som ikke leder tilbake til gjerningspersonens sinn.

Hvilke ytre omstendigheter som er egnet til å kaste lys over gjerningspersonens indre varierer etter saksforholdet. Eventuelle forberedelser, hvor komplisert gjennomføringen er og hvor nøye planleggingen har vært er eksempler på forhold som kan kaste lys over gjerningspersonens indre.

I tillegg kan handlingen i seg selv si noe om hva gjerningspersonen tenkte på handlingstidspunktet. Den som slår en annen med knyttet neve, vil eksempelvis ikke høres med at han ikke mente å utøve vold. De samme vitneforklaringer, overvåkningsbilder o.l. som viser at handlingen skjedde, beviser også gjerningspersonens forsett.

#### **7.2.4.1 Beise hensiktsforsett og sannsynlighetsforsett**

Hensiktsforsett forutsetter klare holdepunkter for at følgen var tilsiktet. Ofte framstår dette så klart at det ikke byr på problemer. Det klassiske eksemplet er når noen skyter mot en annen for å drepe.

Sannsynlighetsforsett kan være mer utfordrende å bevise ettersom mennesker sjelden vurderer sannsynligheten i prosenter når vi foretar en handling. Uten objektive holdepunkter, vil en som ikke har regnet på sannsynligheten, eller som skjuler at han har gjort det, unndra seg forsettlig straff.

Eskeland tar til motmæle og sier at i *«praksis er dette en regel som det er umulig å følge. (...) Den sannsynligheten som det ut fra de konkrete omstendighetene er rimelig å regne med, legger vi til grunn når vi skal avgjøre hva gjerningspersonen måtte regne med. I virkeligheten er derfor vurderingen av sannsynlighetsgraden av objektiv karakter»*.<sup>90</sup>

Eskelands standpunkt har klare praktiske fordeler. Det er adskillig enklere å føre bevis for hvilken sannsynlighetsgrad som er rimelig å regne med, enn den gjerningspersonen faktisk regnet med. Metoden har imidlertid klare likhetstrekk med uaktsomhetsvurderingen, hvor vurderingen er hvordan folk flest ville oppfattet sannsynligheten. Det taler for at Eskelands standpunkt angående sannsynlighetsvurderingen bør brukes med forsiktighet i forsettsvurderingen. Særlig hvor den antatte sannsynlighetsgrad ligger i sannsynlighetsforsettets nedre sjikt vil det være utfordrende å slå fast hva som er rimelig.

---

<sup>90</sup> Eskeland, 2015, s.282.

Kjernen i forsettsbegrepet er *viten* og *vilje* om handlingens virkninger og følger. Mens hensiktsforsettets klanderverdighet knyttes til viljen og sannsynlighetsforsettet til viten, består dolus eventualis av begge elementene.

Elementene bevises i prinsippet på lik måte for alle forsettene. Imidlertid er størrelsene mye mindre ved dolus eventualis, noe som kan medføre at elementene er vanskeligere å bevise ved eventualitetsforsett.

For å unngå dobbeltbehandling behandles hvordan dolus eventualis kan bevises i drøftelsen under.

### 7.3 Hva skiller en bevisst uaktsomhet overtredelse fra en overtredelse begått med eventualitetsforsett?

#### 7.3.1 Forskjellene i faktum

Et enkelt, men praktisk, eksempel kan belyse forskjellen mellom overtredelsene.

A får spørsmål om å frakte en pakke over grensen av B. B har røkt hasj tidligere og A er usikker på om B enda gjør det. A får en innskytelse og tenker at det kan være hasj i pakken. Han tenker at det er usannsynlig at B ville ha utsatt han for slik risiko, så det er neppe hasj i pakken. Ettersom han ikke vil vise mistillit ovenfor B, verken undersøker han pakken eller spør B.

Så langt er det bevisst uaktsomhet.

Dersom A nå tenker at «*om så det er hasj i pakken vil jeg innføre den*» vil han være skyldig etter *dolus eventualis* når han frakter pakken over grensen.

For gjerningspersonen er det altså *innvilgelsesvurderingen* som markerer grensen mellom skyldformene.

Satt på spissen er det resultatet av vurderingen som avgjør hvilken skyldform som er riktig.

#### 7.3.2 Forskjellen i teorien

Uaktsomhetsdrøftelsen tar utgangspunkt i straffeloven 2005 § 23 og en spør hva den forsvarlige bevisstheten ville ha vært. Den uaktsomme overtrederen felles derfor av en vurdering som slår fast om han *burde* eller *måtte* ha skjont at det var hasj i pakken.

Domfellelse for uaktsomhet ikke krever faktisk bevissthet om risikoen, slik som forsettet gjør.

Spørsmålet om hvilket skyldkrav som skal anvendes aktualiseres når gjerningspersonen handlet på tross av viten om risikoen, altså at gjerningspersonen handlet bevisst uaktsomt.

Forsettsvurderingen tar utgangspunkt i vilkårene i strl. 2005 § 22 første ledd bokstav c. En spør om gjerningspersonen «*holdt det for mulig*» at det var hasj i pakken. I motsetning til uaktsomhetsdrøftelsen er det avgjørende hva gjerningspersonen faktisk tenkte.

Andersen spør om den nedre sannsynlighetsgrense for de to skyldformene er like. Han argumenter for en lik grense, ettersom formene grenser til hverandre. Differensiering ville i praksis blitt vanskelig.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Andersen, 1996 s.122.

I begge situasjoner handler gjerningspersonen til tross for risikoen om at pakken inneholdt narkotika.

Den som er bevisst uaktsom tar en sjanse, men har ingen ond vilje i forhold til følgen. En sier at gjerningspersonen «*handlet likevel*». Han aksepterte *risikoen* for følgen.

Den forsettlig har ikke bare akseptert risikoen. Han har også tenkt at «*selv om så galt skulle skje, så får det ikke hjelpe*».<sup>92</sup> Den onde vilje har manifestert seg. En kan si at han aksepterte *følgen*.

### 7.3.3 Forskjellen i praksis

I uaktsomhetsdrøftelsen er det sentralt å klargjøre hvilken sannsynlighet det er rimelig å regne med. I eksemplet i pkt. 7.3.1 kan forholdet mellom kompisene, formålet med turen, og innsikten i hasjbruken være relevante momenter. Det skal lite til for at en finner det rimelig at en viss mulighet burde eller måtte vært innsett.

For at det skal være grunnlag for sterk bebreidelse må det være rimelig klart at A burde benyttet seg av et annet handlingsvalg enn frakte pakken over grensen. Det forutsettes at vilkåret er oppfylt.

Ved påstand om forsettlig innførsel må det bevises at A faktisk innså muligheten for at det var hasj i pakken. Domfellelse krever at ingen rimelig tvil gjør seg gjeldende. Umiddelbart ser en at terskelen er høyere enn for uaktsomhetsansvar.

Når sannsynligheten for en rettstridig følge er liten fordrer den mindre vurderinger enn hvor sannsynligheten er større. Beregningene som gjøres kan være mer ubevisste, noe som vanskeliggjør forklaring selv for den som ønsker det.

Uten en tilståelse må aktor peke på ytre omstendigheter som er egnet til å bevise at tiltalte faktisk har hatt risikoen i sin bevissthet. Dette kan også være problematisk.

Når en anser en risiko for å være liten, konfererer en mindre med andre. Trolig vil en gjøre færre forebyggende tiltak og planlegge mindre. Derfor kan det være færre ytre omstendigheter en kan slutte fra.

---

<sup>92</sup> Andenæs, *Aminnelig strafferett*, 2004 s. 236.



Eskeland påstår at den sannsynligheten som det er rimelig å regne med er den som må legges til grunn. En kan tenke at den objektive sannsynligheten blir en ”ytre omstendighet”.

Vurderingene vil da være like for grunnvilkåret i dolus eventualis og uaktsomhet.

Her kan en tydelig se at skyldformenes vurderingsmetoder glir over i hverandre.

Ved påstand om uaktsom innførsel er det tilstrekkelig å bevise at A handlet *likevel*. De beviser som slår fast at A tok pakken med til Norge, beviser As handling. Når en da har konkludert med at han burde eller måtte vite at det var hasj i pakken, kan en slå fast at innførselen var uaktsom når den likevel fant sted.

For å påvise dolus eventualis kreves det mer enn bevis for handlingen. En må bevise at A tok det standpunkt at han ville ta med pakken også om han visste at var hasj i den. Kun da kan en si at han har akseptert følgen og ikke bare risikoen.

Andenæs sier det ofte vil være ”*vanskelig eller umulig å føre bevis for at gjerningspersonen har tenkt slik*”.<sup>93</sup> Bratholm framholder at det i ”*praksis skal meget godt til for å bevise at gjerningsmannen virkelig har godtatt følgen, men utelukket er det ikke. Han har f.eks. fortalt til en annen om godtakelsen, og denne vitner mot ham i retten*”.<sup>94</sup>

Det har formodningen mot seg at en så kalkulerende gjerningsperson innrømmer et slikt resonnement, trolig vitende om at det er skyldbetingende. Uten en tilståelse må en slutte fra ytre omstendigheter hva gjerningspersonen tenkte. Høyesterett sier «*gjerningsmannen gjennom sin adferd[kan] ha lagt for dagen at han har besluttet å foreta handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge*». <sup>95</sup>

Stigen har gjennomgått praksis og sier at «*relevante momenter [vil] være om gjerningspersonen erkjente en relativt stor sannsynlighet for overtredelse; om hun eller han opptrådte særlig hensynsløst eller viste stor beslutsomhet; om vedkommende var spesielt opprørt; om det var en veloverveid handling eller en impulshandling; om hennes eller hans interesse i å foreta handlingen var spesielt stor; og om vedkommende forsøkte å forebygge overtredelsen.*» <sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Andenæs, alminnelig strafferett, 2016 s. 238.

<sup>94</sup> Bratholm, 1987 s. 214-215.

<sup>95</sup> Rt 1991 s.600 på s. 602.

<sup>96</sup> Stigen, 2010 s.589 med videre henvisinger.

Dersom en ser for seg at faktum utspiller seg noen mil fra grensa, og de eneste på stedet er A og B, er det vanskelig å finne ytre holdepunkter for å bevise innvilgelsen.

Det er ikke tvilsomt at det finnes få ytre omstendigheter som er egnet til å bevise en innvilgelse.

Et sentralt spørsmål er om en kan slutte fra selve handlingen at innvilgelsesvurderingen er gjennomført. Spørsmålet blir da om det faktum at A tok med seg pakken, er egnet til å bevise at han har sagt til seg selv at han også ville ha gjort det dersom han visste at det var hasj i den.

En kan ikke vite om han innvilget innførselen eller om han bare løp risikoen. Som utgangspunkt må svaret derfor være negativt.

I noen situasjoner kan retten likevel føler seg overbevist om at innvilgelsesvurderingen er gjennomført, basert på at handlingen ble utført. Særlig ved alvorlige følger og svært beskyttelsesverdige interesser. Da kan det framstå som logisk at når vedkommende gjennomførte handlingen, måtte gjerningspersonen også ha akseptert følgen.

Også når gjerningspersonen ser for seg flere alternative, straffbare muligheter, og velger å handle, kan en tenke at han aksepterte *en følge*. Hvorvidt en slik aksept er tilstrekkelig beror på ordlyden i straffebudet. Spørsmålet kommer på spissen når den generelle straffetrusselen inneholder en relativt lav strafferamme, og straffen økes etter grovheten på overtredelsen.

Et eksempel kan belyse tankegangen. Peder Ås vasker penger for Lars Holm. Peder mener pengene stammer fra menneskehandel, narkotika eller bilslakt. Han anser alle alternativene som like sannsynlige.

Etter strl. 2005 § 337 er det uten betydning om Ås vet hvor pengene kommer fra, så lenge han forstår at de kommer fra en straffbar handling. I eksempelet er Peder helt sikker på at pengene stammer fra ulovligheter. Selve hvitvaskingen er derfor uten tvil forsettlig.

Ved avgjørelsen av om hvitvaskingen er grov etter strl. 2005 § 338 er det relevant moment hvor utbyttet kom fra. Forsettet må imidlertid også dekke pengenes opprinnelse jf. dekningsprinsippet.

Grunnvilkåret for *dolus eventualis* er oppfylt, ettersom Ås tenker seg tre like store muligheter på 33,33 %.

Hva med innvilgelsen? Kan en si at Ås, ved å vaske pengene, positivt besluttet at han også ville gjøre det dersom pengene stammet fra menneskehandel? Eller grov menneskehandel?

Det framstår som en logisk slutning at Ås har inntatt det standpunkt at *”uansett hvilket alternativ som realiserer seg vil jeg likevel gjøre det”*. Hvor alle alternativene er straffbare er tanken svært plausibel og neppe upraktisk.

Det er vanskelig å se at han kan ha tenkt noe annet. Særlig siden han var sikker på at pengenes opprinnelse var ulovlig. Motsetningsslutninger er problematiske og sier ingenting om hva gjerningspersonen faktisk tenkte. Han kan ha vasket pengene uten å tenke mer over det. Dette taler mot at handlingen er egnet til å si noe sikkert om tankeprosessen til gjerningspersonen.

Imidlertid er det ikke uvanlig at bevisene mangler, men handlingen indikerer forsett. Kanskje gjør en slik presumsjon for forsett seg særlig gjeldende i kriminelle miljøer. Det har litt formodningen mot seg at han som forsettlig hvitvasker penger uten å undersøke hvor de kommer fra, ville ha avstått med kunnskap om opprinnelse. Prinsipielt kan en derfor ikke utelukke at en kan slutte fra handlingen at innvilgelsesvurderingen er gjennomført.

Likevel er det ikke *sikkert* at gjerningspersonen har innvilget følgen, og ikke bare handlet på tross av risikoen. Ved å forfølge resonnementet blir grensen mellom bevisst uaktsomhet og *dolus eventualis* nesten usynlig.

En kan tenke at den som forsettlig hvitvasker penger holder seg bevisst uvitende om opprinnelsen. Det følger av Høyesterett at 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.”*<sup>97</sup> Dersom det kan påvises at han bevisst holdt seg uvitende, har man i alle fall en presumsjon for aksept av følgen.

Metoden er likevel nærmest umulig å skille fra bevisst uaktsomhet. Det taler for at metoden kun bør benyttes når gjennomføringen svært klart leder tilbake til gjerningspersonens innvilgelse.

---

<sup>97</sup> Rt 2001 s.58 (s.62).

### 7.3.4 Forskjell i klanderverdighet

Grensedragningen mellom uaktsomhet og forsett kan være problematisk. Andenæs uttrykker problemstillingen slik: «[d]et reelle problem er å trekke en grenselinje mellom de mest straffverdige tilfelle, som hører hjemme under forsettet, og de mindre straffverdige, som hører hjemme under uaktsomheten ...»<sup>98</sup>

I eksempelet om narkotikasmugling har den bevisst uaktsomme har tatt et valg om å innføre pakken selv om den *kunne* inneholde narkotika. Han har akseptert risikoen for at det er narkotika i pakken. Den som forsettlig innfører narkotika har gjort det samme, men han har tenkt at selv om hadde visst at det var hasj i pakken ville han likevel innføre pakken. Gjerningspersonen aksepterer å innføre narkotika. Fysisk sett har de gjort det samme, forskjellen er utelukkende psykologisk.

Personen som aksepterer risikoen framstår som uforsiktig. Kanskje er han dumdristig og vågal, eller kanskje er han en godtroende optimist? Handlingsmåten gjør han mindre hensynsfull enn han burde vært, ifølge Andenæs, og jeg er enig i det. Bebreidelsen knytter seg til at samfunnet ønsker noe mer fra gjerningspersonens adferd.

Personen som aksepterer følgen gjør det samme som den bevisst uaktsomme, samt noe mer. Innvilgelsen av følgen gjør at handlingens straffverdighet øker. Han framstår som kalkulerende, egoistisk, og likegyldig til hvilke følger innførslen får for samfunnet. Selv om han kanskje håper det ikke er hasj, knytter bebreidelsen seg til at han ville gjennomføre handlingen også om han visste at den usannsynlige følgen realiserte seg. Den positive aksepten av følgen oppleves som mer straffverdig enn å bevisst ta sjansen.

Hensynsløshet omtales av forarbeidene i pkt. 5.3 som det klanderverdige elementet for *dolus eventualis*. Manglende hensynsfullhet benyttes om bevisst uaktsomhet. En ser at det er grader av det samme elementet som gjør handlingene straffverdig. En kan si at *dolus eventualis* er en form for kvalifisert uaktsomhet.<sup>99</sup>

Begrepene passer godt på det skisserte faktum i eksemplet ovenfor. Enten opptrer han uten den hensynsfullhet som han burde ha handlet med (bevisst uaktsom), eller så er han mer hensynsløs (*dolus eventualis*).

---

<sup>98</sup> Andenæs, *Aminnelig strafferett*, 2004, s.232.

<sup>99</sup> Stigen, 2010, s.592. Også Rt-1980-797 hvor det uttaltes at «[s]pesielt er det vanskelig å finne en dekkende avgrensning i forhold til en skyldgrad som ikke når opp til forsett, men må anses som bevisst uaktsomhet.»

De to klanderverdige nivåer er utvilsomt nært beslektet. Hvor går grensen mellom hensynsfullhet og hensynsløshet? Kanskje kan svaret si noe om hvorfor begge nivåene er nødvendige på skyldstigen.

Forsett er betraktet som et psykologisk fenomen mens uaktsomhet er en beskrivelse av adferden.

En hypotese er at mangelen på hensynsfullhet kan bli så markert at den manifesterer seg som et psykologisk element hos gjerningspersonen, noe som øker straffverdigheten og rettferdiggjør bruk av forsettet. Når mangelen på hensynsfullhet blir tilstrekkelig kvalifisert kan den kalles hensynsløshet.

Ved hensynsløshet kan presumsjonen for forsett gjøre seg gjeldende, da det framstår som mer usannsynlig at følgen ikke var tilsiktet.

En kjenner at hensynsløshet ikke sammenfaller helt med uforsiktighet, som gjerne beskriver uaktsomhet.

Stigen sier at ved *dolus eventualis* har gjerningspersonen foretatt en risikohandling som viser en slik mangel på respekt for den rettsbeskyttede interesse at straffverdigheten kan sammenlignes med straffverdigheten ved forsett.<sup>100</sup> Dette taler for at grensen må vurderes konkret.

Imidlertid kan det ikke utelukkes at hensynsløshet inntreffer uten en positiv innvilgelse av følgen. Det taler for at de klanderverdige elementer ikke fanges opp av skyldformene, slik som de øvrige forsettene gjør.

---

<sup>100</sup> Stigen, 2010, s. 575.

### 7.3.5 Om å formulere forskjellen mellom bevisst uaktsomhet og dolus eventualis presist

Når dolus eventualis benyttes i praksis, må bevistemaet uttrykkes på en ensartet måte. Formuleringen må være så presis at den ikke kan misforstås. Et slikt presisjonsnivå er utfordrende ved dolus eventualis.

I eksemplet i pkt. 7.3.1 må det finnes bevisst at gjerningspersonen innså muligheten for at det var hasj i pakken. Videre at gjerningspersonen inntok det standpunkt å ville frakte pakken dersom han visste at det var hasj i den. Dersom gjerningspersonen bare innser muligheten og handler likevel, er det bevisst uaktsomhet.

Formuleringen i strl. 2005 § 22 første ledd bokstav c er i så måte uheldig. Dette begrunnes med at den ordlyden fører tanken mot bevisst uaktsomhet.

Et eksempel på tilsvarende formulering finnes i NOU 2008:4. Her fremkommer det at det foreligger forsett «*dersom gjerningspersonen anså dette som mulig, men likevel bestemte seg for å gjennomføre handlingen (dolus eventualis).*»<sup>101</sup> Formuleringen levner ingen tvil om at det er bevisst uaktsomhet, da hele innvilgelsen mangler.

Høyesterett opphever jevnlig underrettsdommer hvor dolus eventualis er anført, men hvor bevistemaet er upresist angitt.

I Rt. 2004 s.1769 formulerer Høyesterett innvilgelsen som at kvinnen ville medvirke ”*selv om det var en så betydelig mengde heroin - her er det tale om inntil 194 gram - som skulle kjøpes/oppbevares.*” Formuleringen, som mener å konstatere forsett, kan forstås som en beskrivelse av den faktiske situasjonen. Uttrykksmåten sier ingenting om hva gjerningspersonen vurderte på handlingstidspunktet. Til tross for ordlyden gjenbrukes formuleringen.<sup>102</sup>

I en dom fra 2009 omtales en underrett som konstaterte forsett fordi tiltalte «*helt utvilsomt har innsett muligheten for at C fikk så mye juling at det ble endte med en legemsskade*».

Innvilgelse vurderes ikke. Tvert imot mente underrettene at «*nedtoning av egen funksjon og hva han tenkte i situasjonen kan retten her ikke legge vekt på*».<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> NOU 2008: 4 s. 19.

<sup>102</sup> Eks: Rt. 2009 s. 229 (avsnitt 11) Rt. 2009 s. 750 (avsnitt 90) og Rt 2009 s. 1014.

<sup>103</sup> Rt 2009 s.185 (avsnitt 11).

Mer uklart kan det imidlertid være. En annen dom fra 2009 er forklarende. Lagmannsretten uttalte at «[t]ilalte innså (...) muligheten av at det kunne være så mye som 15 kilo. Allikevel har han bevisst tatt det standpunkt at han ville skaffe garasje og vise litauerne en skog hvor partiet kunne gjemmes og gjort dette.»<sup>104</sup> Formuleringen levner tvil om at gjerningspersonen faktisk bestemte seg for å medvirke også om så det var 15 kilo metamfetamin. Høyesterett opphevet dommen da domsgrunnene var for uklare.

Andersen<sup>105</sup> sier at «i verste fall kan den enkeltes personlige språkfølelse bli avgjørende for hvorvidt den er kommet «riktig» til uttrykk i det enkelte tilfelle». Det er enkelt å slutte seg til Andersens observasjon her.

### 7.3.5.1 Delkonklusjon

Forskjellen mellom en bevisst uaktsom handling fra en eventuelt forsettlig handling ligger i innvilgelsesvurderingen. Et positivt standpunkt om å akseptere følgen.

Vanskelighetene med å bevise subjektivitet viser seg at dolus eventualis er vanskeligere å bevise enn de andre forsettsformer, ettersom størrelsene er mindre enn ved de øvrige forsett. Eskelands objektive vurdering gjør likheten mellom skyldformene større.

Forskjellen i klanderverdighet kan uttrykkes ved at mangelen på hensynsfullhet ved en uaktsom overtredelse er en beskrivelse av handlingen, mens hensynsløsheten ved en forsettlig overtredelse er en beskrivelse av personens psyke på handlingstidspunktet.

Hvor uaktsomhet ikke er straffbart, markerer den nedre grensen av forsettet også grensen mot den straffrie handling. Når overtredelsene er straffbar både i uaktsom og forsettlig form har graderingen først og fremst betydning for straffeutmålingen. I tillegg er det forskjell på samfunnets misbilligelse og hvilket stigma gjerningspersonen må leve med i etterkant.

I realiteten beror spørsmålet gjerne på hva som faktisk lar seg bevise. Redegjørelsen har vist at utforming av bevistemaet er vanskeligere enn forarbeidene antar.

---

<sup>104</sup> Rt 2009 s.1014 (avsnitt 7).

<sup>105</sup> Andersen, 1996, s.133.

## 8 Er det et behov for dolus eventualis?

### 8.1 Innledning

I følge forarbeidene etterlater høringen «et klart inntrykk av at det fortsatt vil være et behov for eventuelt forsett. Dette gjelder særlig i bekjempelsen av grovere legemskrenkelses-, narkotikakriminalitet og mer generelt i forhold til bakmenn i organisert kriminalitet.»<sup>106</sup>

Hvor straffelovkommisjonen mener det er behov for dolus eventualis kan en forvente at graderingen av straffverdighet er tydelig. Derfor velger jeg å fokusere på saksområdene forarbeidene framhevet. Videre er det naturlig å anta at kommisjonen mener dolus eventualis er mulig å bevise ved de nevnte sakstyper.

Plassen tillater imidlertid ikke grundige analyser. Selv om forarbeidet mener at dolus eventualis kan bidra generelt i forhold til bakmenn i organisert kriminalitet, undersøkes bare organisert narkotikakriminalitet.

Formålet med undersøkelsen er å undersøke om det er behov for skyldformen mellom uaktsomhetsansvaret og sannsynlighets- eller hensiktsforsettet.

For at et slikt behov skal finnes må det:

- 1) Være et klanderverdig element som faller mellom de to alminnelig forsett og uaktsomhet
- 2) Elementet må fanges opp av dolus eventualis
- 3) Dolus eventualis må la seg bevise i den aktuelle konteksten

De to første punktene er berørt av avhandlingens foregående kapitler, så punktene behandles bare presiserende og kontekstuellet her. Mer uklart er det tredje punktet, nemlig spørsmålet om dolus eventualis faktisk lar seg bevise i de aktuelle kontekstene. Drøftelsene går dypere ned i materien og ser på eksempler fra praksis.

---

<sup>106</sup> Ot.prp nr.90 (2003-2004)s.117.



## 8.2 Vold, drap og narkotika

### 8.2.1 Vold

Strl. 2005 §§ 271- 274 omhandler kroppskrenkelsene og kroppsskadene. Alle er handlingsdelikter. Oppgaven er avgrenset mot handlingsdelikter, derfor vurderes ikke disse nøyere.

Imidlertid er det sannsynlig at en kan bruke eventualitetsforsettet i strl. 2005 § 274, hvor handlingen har hatt en følge, som også må dekkes av forsettet. Vurderingen blir da om gjerningspersonen holdt det for mulig at handlingen kunne føre til den aktuelle følgen. Videre må det bevises at gjerningspersonen gjennomførte handlingen, med aksept for følgen.

Problemstillingen berøres ikke i forarbeidene.<sup>107</sup>

### 8.2.2 Drap

Å ta noens liv er straffbart både i forsettlig form jf. strl. 2005 § 275 og i uaktsom form jf. strl. 2005 § 281.

Ordlyden i strl. 2005 § 275 rammer den ”*som dreper en annen*” og strl. 2005 § 281 bruker formuleringen ”*forvolder en annen død*”. Utover hvilken skyldgrad som kreves er det ingen realitetsforskjell. Heller ingen tilsiktede endringer fra tidligere, slik at eldre praksis er relevant for drøftelsen.<sup>108</sup>

Andenæs sier det undertiden vil være tvil om hva tiltalte har tenkt og ment. Han forteller at regelen om at tvil skal komme tiltalte til gode tidvis fører til domfellelse for uaktsomhet selv om drapet ble begått forsettlig.<sup>109</sup> Aktor legger derfor ofte ned påstand om at drapet i alle tilfeller må anses uaktsomt. En konsekvens er at dommer ikke nødvendigvis gjenspeiler straffverdigheten i handlingen, eller er gode eksempler for hva som omfattes av de forskjellige forsettsformer i teoretisk perspektiv.

#### 8.2.2.1 Dolus eventualis i drapssaker

En tingrettsbehandling og den påfølgende ankesaken i lagmannsretten skal tjene som eksempel i drøftelsen.<sup>110</sup> Begrunnelsen for å bruke underrettspraksis har flere sider.

---

<sup>107</sup> Ot.prp. nr 22 (2008-2009)s.430 flg.

<sup>108</sup> Ot.prp. nr 22 (2008-2009)s.431 og 433.

<sup>109</sup> Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 2008 s. 122-123.

<sup>110</sup> TOSLO-2014-602 og LB-2014-110471-2.

Underrettspraksis kaster et realistisk lys over den faktiske bruken, ettersom saksmengden er større. Høyesterett har behandlet forsvinnende få dommer om fullbyrdet drap med skyldformen *dolus eventualis*.

Den andre siden av begrunnelsen knytter seg til den aktuelle saken. Den ble pådømt som uaktsomt drap i tingretten. Lagmannsretten konstaterte forsett med *dolus eventualis*. Sakens faktum er brutalt og utfordrer de klanderverdige elementene bak skyldformene. I tillegg vurderer domstolene bevisene forskjellig, noe som belyser utfordringene knyttet til bevisbedømmelsen.

Saken omhandler en liten jente som ble forsettlig grovt mishandlet av moren. Morens kjæreste deltok via videolink, hvor han ga instruksjoner om mishandlingen. Jenta ble frarøvet basale behov som mat og søvn. Dersom barnet oppførte seg dårlig, f.eks. at hun sovnet, kunne moren straffe barnet ved å senke det ned i vann. Jenta var halvannet år da hun døde av drukning.

Fremstillingen følger saksgangen.

Tingrettsdommeren går gjennom grunnlaget for *dolus eventualis*. Dommeren sier retten «*må finne det bevist utover rimelig tvil at de tiltalte da de dukket C ned i bøtten andre gangen innså muligheten for at C som følge av neddukingen kunne drukne.*» Dommeren formulerer seg presist, og får med seg at de tiltalte må ha innsett muligheten på gjerningstidspunktet. At de tiltalte holdt det for mulig at dødsfølgen kunne inntreffe var utvilsomt.

Imidlertid er det å innse muligheten ikke nok. Retten må «*dertil - også dette utover rimelig tvil - finne det bevist at de allikevel ville ha foretatt neddukingen dersom dette skulle skje, med andre ord at handlingen ville ha blitt foretatt om de (hypotetisk) på forhånd visste resultatet eller anså dette for sikkert.*» Tingretten poengterer at det er avgjørende for å konstatere innvilgelse at retten finner det bevist utover rimelig tvil at de tiltalte «*også ville ha gjennomført neddukingen vitende om drukning som resultat.*» Tingretten legger opp til et deskriptivt vurderingstema.

Ingen av de tiltalte erkjente positiv innvilgelse. Når tingretten vurderer om innvilgelsen kan ha funnet sted leter de etter ytre omstendigheter som viser at følgen var akseptert. Retten finner det ikke bevist at de tiltalte hadde et «*ønske om Cs død.*» En kan spørre om det er nødvendig å bevise et *ønske* om å fremkalle døden. Når følgen er ønsket handler gjerningspersonen med hensiktsforsett. Noen likhetstrekk er det imidlertid med *dolus eventualis*. Dersom en skal bevise *aksept for følgen* må det bevises at det finnes en vilje til å

gjennomføre handlingen selv om den usannsynlige følgen skulle realisere seg. Aksept for følgen må likevel forstås som noe mindre enn et ønske om en følge, motsetningsvis ville hensiktsforsettet vært korrekt forsettsform.

Dommeren hevder behandlingen av C kan *«leses som deres forsøk på å gjøre C bedre rustet for voksenlivet. Å fremkalle hennes død ville gjøre disse bestrebelser meningsløse. Heller ikke As påfølgende opptreden gjør noe dødsønske sannsynlig: AMK ble umiddelbart kontaktet (...)*» Momentene tingretten tar opp knytter seg ikke til innvilgelsen direkte, men sår tvil om hvorvidt et innvilgelsesresonnement framstår som logisk i et psykologisk perspektiv.

Så konkluderer tingretten og *«kan etter dette ikke se det bevist at de tiltalte uansett ville ha foretatt neddukningen vitende om den følge som reelt inntrådte. Betingelsene for å konstatere forsett gjennom dolus eventualis vil da ikke være til stede.»* Tingretten dømmer for uaktsomt drap.

Anken ble behandlet av Borgarting lagmannsrett.<sup>111</sup>

Om innvilgelsen sier retten at til tross *«for at de var seg bevisst denne muligheten besluttet B å gi sin anvisning, og A å gjennomføre neddykkingen, selv om resultatet ville bli at C led drukningsdøden.»* Formuleringen ligner på den som ble brukt i Rt 2009 s.1014 i avsnitt 7.<sup>112</sup> Sitatet kan også tolkes som en beskrivelse av situasjonen, eller som bevisst uaktsomhet. Den siste delen av belæringen *«selv om resultatet ville bli at»* leder tanken mer mot en realisering av risikoen enn til en aksept av følgen. En ser at dolus eventualis volder problemer i praksis.

Det er ikke tilstrekkelig at retten *konkluderer* med hva gjerningspersonene har tenkt, det må bevises at de faktisk har tenkt slik. Lagmannsrettens formulering formidler ikke at retten fant det bevist at de tiltalte hadde tatt det standpunkt å holde piken under vannet, også om de visste at piken ville omkomme av det.

Lagmannsretten uttaler at *«en slik beslutning ble tatt innebærer ikke at de siktede regnet med eller ønsket at C skulle dø av neddykkingen.»* Betenkningen kan forstås som en presisering og utelukking av de andre forsettsformene. En annen tolkning er at lagmannsretten ønsker å markere avstand til det resonnementet tingretten benyttet.

---

<sup>111</sup> LB-2014-110471-2

<sup>112</sup> *«Tiltalte innså derfor muligheten av at det kunne være så mye som 15 kilo. Allikevel har han bevisst tatt det standpunkt at han ville skaffe garasje og vise litauerne en skog hvor partiet kunne gjemmes og gjort dette.»*

Lagmannsretten forklarer hvordan de har kommet fram til konklusjonen. Retten uttaler «bevisresultatet bygger på slutninger fra det hendelsesforløp (...)». Utsagnet forstås som at retten å slutter fra gjennomføringen til hvordan de tiltalte vurderte situasjonen på handlingstidspunktet. Retten uttaler videre at «C må denne natten åpenbart ha vært i en tilstand som gjorde tanken på hennes død svært nærliggende for de siktede. De hadde begge erfaring med bruk av metoden fra tidligere, og valgte likevel denne gang å holde C neddykket klart lenger enn ved tidligere anledninger. Det var god tid for overveielser forut for at den andre neddykkingen ble gjennomført». Momentene som retten framholder er egnet til å si noe om hva de tiltalte burde ha forstått, og hva de burde ha tenkt, men de beviser ingen positiv innvilgelse. Det kan se ut til at lagmannsretten ønsker å dømme for alminnelig forsett, men at bevisene mangler. Den bruker sterke ord i beskrivelsen av adferden, som det ikke foreligger beviser for å underbygge.

Moren trodde på kjæresten når han fortalte at barnet hadde en lukkemekanisme i halsen, noe som skulle redde det fra å drukne. Lagmannsretten vekter ikke momentet, men uttrykker seg så generelt at det er vanskelig å se hvilken vekt de forskjellige momentene i hendelsesforløpet har.

Når retten konkluderer sier de at når handlingen likevel ble gjennomført ”kan dette ikke ha vært utslag av noe annet en positiv beslutning om å gjennomføre handlingen selv om den ville forvolde Cs død». Retten gjør en motsetningslutning, noe som kan være problematisk da rettens fantasi blir avgjørende for innholdet av gjerningspersonen subjektive forhold.

Retten slutter fra det faktum at handlingen ble gjennomført, til en vurdering den mener de tiltalte må ha foretatt. En ser umiddelbart at metoden har likhetstrekk med den hypotetiske innvilgelsesteori, noe som taler mot at dolus eventualis fungerer i praksis.

Bratholm<sup>113</sup> sier imidlertid at prinsippet om at all forstandig tvil skal komme tiltalte til gode gjelder i *prinsippet*. Han utelukker ikke at det i praksis kan forholde seg annerledes. Han framholder at ”retten vil nok iblant ut fra en totalvurdering av det klanderverdige ved gjerningsmannens handling og omstendighetene ellers, ta avgjørelsen mer ut fra intuisjon enn visshet om skyldformen”.<sup>114</sup> Lagmannsretten kan ha lagt sin intuisjon til grunn i høyere grad

---

<sup>113</sup> Bratholm, 1987, s. 218

<sup>114</sup> Et helt annet spørsmål er hvorvidt det gjelder etter den nye straffeloven trådte i kraft.

enn tingretten, og slik dømt for forsettlig drap. En slik tilstand kan ikke aksepteres etter den nye loven.

### **8.2.2.2 Egen vurdering og delkonklusjon**

Tingretten dømmer for uaktsomhet. Begrepet forbindes med uforsiktig adferd som kan betegnes som ubetenksom eller mindre hensynsfull enn situasjonen foranlediget. Når er det uforsiktig eller mindre hensynsfullt av en mamma og holde barnet sitt under vann? Når blir det hensynsløst?

En normalt forstandig forelder vil påstå at det er naturstridig å senke barnet i vannbøtta og utenkelig og holde barnet der. Særlig et utslitt barn. Handlingen framstår som hensynsløs og blottet for tanker om barnets liv og helse. På bakgrunn av dette føles tingrettens dom feil, den føles for mild.

Når avstanden til den forsvarlige adferden er så markert, er det nærliggende å anta at den ble utført forsettlig. En slik antagelse må imidlertid underbygges. Forsett etter *dolus eventualis* forutsetter at følgen var akseptert på handlingstidspunktet.

Tingretten fant ikke bevist at vilkårene for innvilgelse var oppfylte, og dømte for uaktsomhet. Hensynsløsheten som betegner handlingen fanges derfor ikke opp av *dolus eventualis*.

Som samfunn har vi behov for å straffe hensynsløst brutale handlinger. Det er ingen tvil om at lagmannsrettens resultat tilfredsstillende i så måte. Trolig tilsier allmennpreventive hensyn en slik bruk av *dolus eventualis*. Kriminalpolitiske hensyn trekker i samme retning.

I norsk strafferett kan vi imidlertid ikke dømme for hensynsløshet alene. Vi krever også bevist at de tiltalte aksepterte dødsfølgen. Slik jeg ser det har lagmannsretten tatt for lett på denne vurderingen. Etter min forståelse er lagmannsrettens metode for usikker, og bryter med uskyldspresumsjonen.

Alle overtredelser må vurderes individuelt. Med det menes at forsettet fra mishandlingen ikke kan smitte over på drapet. Drapsforsettet må foreligge uavhengig av mishandlingen.

Sakene viser at noen drapshandlinger kan være hensynsløst utført, men likevel uten aksept for dødsfølgen. I Norge kan vi ikke dømme slike tilfeller for forsettlig drap. Slik er det imidlertid ikke i alle land.

I angloamerikansk rett finner vi skyldformen «*recklessness*» som fastslås når gjerningspersonen erkjente en risiko og det framstod som «*unreasonable*» å løpe risikoen.<sup>115</sup> Skyldformen ”recklessness” svarer til grov bevisst uaktsomhet. For de særlig hensynsløse ikke-forsettlige drap har amerikansk rett konstruksjonen «*extreme indifference*». Skyldformen krever ingen positiv innvilgelse, men fanger «*forkastelige risikoeksponeringer som viser en total mangel på respekt for offerets liv*».<sup>116</sup>

Ingen av formene ville blitt dømt som forsettlige etter norsk rett, selv om vi holder de samme elementene som straffverdige. *Extreme indifference* ville trolig ha medført dom for forsett i faktumet ovenfor.

---

<sup>115</sup> Stigen, 2010, s.609.

<sup>116</sup> Stigen, 2010, s.612.

### 8.2.3 Narkotika

Narkotikaforbrytelser er regulert i strl. 2005 §§ 231 og 232.<sup>117</sup>

Strl. 2005 § 231 inneholder en generell straffetrussel. Dolus eventualis er et aktuelt skyldkrav, særlig siden uaktsomhet også er gjort straffbart. Imidlertid ble det fremmet forslag om å øke skyldkravet til «*grov uaktsomhet*» i forarbeidene til den nye straffeloven. Kommisjonen fraråder økningen og framholder at det «*i praksis ofte vil være vanskelig å motbevise den siktedes anførsel om at han ikke visste at det var narkotika han var i befatning med. Det kan også ofte være tale om såkalt "skjult forsett"*».<sup>118</sup> Også Andenæs poengterer at uaktsomhet er aktuelt når forsett ikke lar seg bevise.<sup>119</sup> Momentene tyder på at bevisproblematikken avhjelpest best ved uaktsomhetsansvaret. Grensen mot dolus eventualis diskuteres ikke, ei heller om dolus eventualis kan avhjelpe kunnskapsmangelen. Utsagnet tyder på at man ikke egentlig søker å ramme de som faktisk er uaktsomme, men at et lavt skyldkrav har bevismessige og kriminalpolitiske fordeler. Det taler for at dolus eventualis ikke er veldig aktuelt i forhold til strl. 2005 § 231.

I praksis er dolus eventualis hyppigst benyttet som utmålingsmoment etter strl. 2005 § 232.<sup>120</sup> Forarbeidene eksemplifiserer med at *”en kurer f.eks innfører et parti kokain, men er ukjent med hvor stort partiet er, vil det kunne bli vanskelig å anvende de høyere strafferammene (...) dersom dolus eventualis fjernes.”* Så forklares hvorfor; forsettet *”må nemlig også omfatte de omstendigheter som er avgjørende for om de strengere straffalternativer får anvendelse”*.<sup>121</sup> Hvorvidt overtredelsen er å anse som grov, er dermed en del av skyldspørsmålet.

Strl. 2005 § 232 fastslår hva som gjør en overtredelse grov og skjerper straffen. Ved avgjørelsen skal det særlig legges vekt på:

- a) *hva slags stoff den gjelder,*
- b) *mengden, og*
- c) *overtredelsens karakter.*

---

<sup>117</sup> Også Lov 04.12.1992 nr. 132 Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven) § 31.

<sup>118</sup> Ot. prp nr. 22, (2008-2009) s. 99-100. Påfallende at denne problematikken er fraværende i spørsmålet om hvorvidt dolus eventualis skal videreføres eller ikke, hvor et vanskeligere bevistema påstås å være “særlig praktisk”.

<sup>119</sup> Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 2008, s.250.

<sup>120</sup> Ot.prp nr.90 (2003-2004)s.117-118.

<sup>121</sup> NOU, 1992: 23. s.118.

Utover en endring i strafferammen for uaktsom overtredelse er ingen realitetsendringer tilsiktet fra strl.1902 § 162. Eldre rettspraksis vil dermed fortsatt være relevant for inneværende drøftelse.<sup>122</sup>

Kurérer hevder ofte at de trodde stoffet var av en mildere art, en som genererer lavere straff. Det er ikke uvanlig at en kurér hevder at han ikke var kjent med stoffets art og/eller mengde. Ved bruk av *dolus eventualis* behøver gjerningspersonen ikke ha kunnskap om stoffets art eller kvantum. En innsett mulighet og en positiv innvilgelse er tilstrekkelig for å oppfylle vilkårene.

Bevistemaet spisser seg imidlertid til. Gjerningspersonen må ha holdt det for mulig at det var den mengden av det stoffet som det faktisk var. I tillegg må innvilgelsen omfatte den innsette muligheten.

En dom fra 2003<sup>123</sup> kan tjene som eksempel på en vellykket konstatering av forsett. Dommen illustrerer også den praktiske funksjonen til skyldformen. A ga B 65 000 kroner som hun skulle kjøpe heroin for. Begge forventet at gramprisen var 1000 kroner. Handelen viste seg imidlertid å bli mer innbringende for kjøperne, og de fikk utlevert 88 gram. A hevdet at forsettet ikke rakk lengere enn til de 65 gram som han hadde forventning om å få.

Høyesterett ga sin tilslutning til lagmannsrettens utsagn om at det «*i det minste foreligger forsett etter den positive innvilgelsesteori. Flertallet anser det godtgjort at begge hadde bestemt seg for å foreta handlingen selv om partiet skulle bli større enn forventet.*»<sup>124</sup> De tiltalte ba om heroin som svarte til beløpet og hadde ikke begrenset handelen til en ønsket mengde. Med det var innvilgelsen klar.

Også i en sak fra 2004<sup>125</sup> illustreres den praktiske bruken *dolus eventualis* kan ha, samt hvor lett det er å trå feil ved bevistemaet. Kvinnen var innleid som sjåfør. Det ble fraktet 194 gram heroin på turen. Lagmannsretten «*finner det bevist utover en hver rimelig tvil at A allerede i Oslo, eller senest på vei til X, forsto at turen dreide seg om narkotikahandel og at hun innså muligheten for at det var heroin som skulle skaffes, men at hun likevel fortsatte sin delaktighet i å skaffe til veie det narkotiske stoffet. Likeledes finner lagmannsretten det bevist utover en hver rimelig tvil at hun innså muligheten av at mengden av stoffet kunne være betydelig, men*

---

<sup>122</sup> [www.rettssystem.no](http://www.rettssystem.no), note 1749 til straffeloven, av Magnus Matningsdal.

<sup>123</sup> Rt 2003 s.118.

<sup>124</sup> Rt 2003 118 (avsnitt 7).

<sup>125</sup> Rt 2004 s.1769.



*at hun likevel også fortsatte oppdraget på denne bakgrunn. Omstendighetene rundt kjøreturen fra Drammen til Oslo og deretter videre til X, med to ukjente personer i baksetet, må ha gjort at hun har innsett muligheten for at det var en betydelig mengde heroin de skulle skaffe»<sup>126</sup>*

Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom på grunn av uklare domsgrunner, og saken ble hjemvist for ny behandling. I den nye behandlingen ble kvinnen dømt for medvirkning til salg av heroin, med eventualitetsforsett, på tross av at hun trodde det var 100 gram hasj de hentet. Dette ville ikke ha vært mulig uten dolus eventualis.

En kurér har ofte god tid til å undersøke stoffet og gode grunner til å gjøre det. Smugleren risikerer straff som avhenger av kvantumet og arten av stoffet. Vederlaget beregnes med utgangspunkt i risikoen han tar.<sup>127</sup>

I skoheroindommen<sup>128</sup> kunne ikke tiltalte undersøke stoffet etter at han fikk det overlevert. Ca. 690 gram heroin var skjult i sko. Tiltalte visste at skoene inneholdt narkotika og erkjente at han fraktet stoffet. Han påstod, og fikk medhold i, at han ikke hadde kjennskap til at det var heroin. Forsettet dekket dermed ikke mengden eller arten. Dolus eventualis ble her brukt for å utelukke at forsettlig innførsel av 690 gram heroin.

Situasjonen var motsatt i en sak fra 2005.<sup>129</sup> En kvinne kjørte fra Nederland til Norge. I bilen lå det omtrent 6 kilo heroin. Kvinnen uttalte at hun trodde stoffet var hasj, og at hun ikke ville ha medvirket til innførselen dersom hun visste at det var heroin. Forklaringen hennes ble ikke tatt til følge. Når kvinnen hadde kjørt med stoffet i bilen over mange timer, hadde hun hatt god tid til å områ seg. Derfor er det nærliggende å anta at hun positivt innvilget følgen.

Når smugleren har stoffet tilgjengelig øker altså presumsjonen for at gjerningspersonen handler forsettlig når personen innfører det. Motsetningsvis må den som ikke har hatt anledning til å undersøke stoffet oftere høres med at personen var uvitende.

Uvitenhet er en vanlig påstand fra tiltalte. Hvorvidt uvitenheten er reell er et vanskelig bevisspørsmål. Dersom uvitenheten er reell er det bevisst uaktsomhet.<sup>130</sup> Spørsmålet behøver imidlertid ikke komme på spissen.

---

<sup>126</sup> Rt 2004 s.1769 (avsnitt 9).

<sup>127</sup> Stigen, 2010,s.618.

<sup>128</sup> Rt 1991 s.600.

<sup>129</sup> LA-2005-116643

<sup>130</sup> Rt 2001 s.58 (s.62).

Høyesterett sier at 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.”*<sup>131</sup>

Utsagnet forstås slik at en ikke behøver å ta stilling til om uvitenheten var reell eller ikke. Er uvitenheten selvvalgt, er en nærmere forsettet i klanderverdighet. Det antas å være særlig praktisk.

#### **8.2.4 Organisert kriminalitet**

Hva som menes med organisert kriminell gruppe er definert i strl. 2005 § 79 bokstav c. Det *”menes et samarbeid mellom tre eller flere personer som har som et hovedformål å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, eller som går ut på at en ikke ubetydelig del av aktivitetene består i å begå slike handlinger.”* Bestemmelsen gir adgang til å skjerpe straffen, men ingen plikt. Plassen tillater ikke at vilkårene for hva som er en kriminell gruppe gjennomgås, ei heller er det nødvendig for å diskutere dolus eventualis ved organisert kriminalitet. I den videre redegjørelsen forutsettes det at vilkåret om at det foreligger en organisert kriminell gruppe er oppfylt.

Gruppene er ofte lukkede og drevet av bakmenn, som kjøper store partier narkotika. Bakmennene er det et behov for å straffe. Bakmannen delegerer oppgavene ved handelen bort, slik at hver aktør bare håndterer en liten del av avtalens omfang. Dersom noen blir pågrepet, kan hver straffes for sin befatning med narkotika. Da forblir imidlertid bakmannens handling forblir ustraffet, og han kan finne nye hjelpere. Derfor er det formålstjenlig å dømme hjelperne for medvirkning for en alvorligere forbrytelse enn den enkeltes bidrag isolert sett er.

En konsekvens av strukturen er at den enkelte kan mangle kunnskap om handelen som gjør at alminnelig forsett ikke dekker hele gjerningsbeskrivelsen. Ofte vil kvantumet være uklart for den enkelte. Mens bakmannens forsett gjerne er klart, medvirker hjelperne til en forbrytelse medvirkeren kanskje ikke vet hva er.<sup>132</sup>

Uten dolus eventualis kan en ikke dømme hjelperen for medvirkning når forsettet ikke rekker lengere enn sin egen handling. Forsettet må også dekke medvirkningen og medvirkningsforsettet må dekke hele gjerningsbeskrivelsen. Da kan en vanskelig skjerpe straffen. Dolus eventualis kan avhjelpe den enkeltes kunnskapsmangel. Kan en bevise at

---

<sup>131</sup> Rt 2001 s.58 (s.62).

<sup>132</sup> Også det motsatte kan forekomme, at bakmannen mangler oversikt over hjelperens adferd.

medvirkeren holdt det for mulig at han medvirket til innførsel av et betydelig kvantum, og bestemte seg for å medvirke om det skulle være tilfelle, kan straffen skjerpes.

Et aspekt er at aktørene ikke alltid har gode muligheter til å avstå fra et oppdrag de er satt til. Gruppene har gjerne en indre justis som preges av vold. Det kan imidlertid gi en presumsjon for forsett.

*Wonderboysaken*<sup>133</sup> kaster lys over problematikken. Gruppen var organisert slik at hver aktør kun kjente til et visst antall andre deltakere.

Bakmannen A avtalte kjøp av et meget betydelig kvantum narkotika, B stod for mottak i Norge. C og D avtalte og formildet til selgere. Es medvirkning var mer perifer enn de andres. Hun oppbevarte og videresendte penger, formidlet beskjeder og skaffet til veie en mobiltelefon. E hadde ikke kunnskap om størrelsen på partiet, men retten fant at summene hun håndterte gjorde det klart at hun måtte ha skjønnet at det dreide seg om en betydelig mengde. Det ble lagt til grunn *dolus eventualis*.<sup>134</sup>

### **8.2.5 Egen vurdering og delkonklusjon**

Ovenfor har vi sett at personen som fikk sko med narkotika med seg, før han ble sendt til Norge med fly, ble ansett for å være bevisst uaktsom med hensyn til narkotikumet.

Personen som kjørte over grensen med narkotika i bilen, ble ikke hørt med at hun trodde det var et annet stoff. Handlingen framstår som klart mer klanderverdig når gjerningspersonen har hatt reelle muligheter til å undersøke stoffet og eventuelt avbryte oppdraget.

I den kriminelle gruppen kan den reelle muligheten til å avbryte oppdraget være langt snevrere, men en vil alltid kunne påstå at muligheten er der.

At det er et klanderverdig straffenivå mellom uaktsomhet og alminnelig forsett er klart.

Hensynsløshet, som begrep, beskriver ikke handlingen like godt som i drapssaken. Særlig forsterkes det av at medlemmene av gruppa ofte risikerer represalier ved å motsette seg. Likevel kan en påstå at handlingen er hensynsløs i forhold til konsekvensene den påfører samfunnet. Gjerningspersonene framstår empatiløse og kyniske. Dette taler for at *dolus eventualis* fanger opp den straffverdige hensynsløsheten.

---

<sup>133</sup> Rt 2008 s.1217.

<sup>134</sup> Eksplicit kun for utmålingen, ikke skyldspørsmålet.

En kan imidlertid spore like straffverdige overtredelser som dolus eventualis rammer i situasjoner hvor innvilgelsen framstår som uklar eller hvor den mangler. Særlig når noen forsettlig innfører narkotika, uten kunnskap om hva det er. Det taler for at dolus eventualis ikke nødvendigvis fanger opp alle handlinger med lik klanderverdighet. Når gjerningspersonen gir sitt bidrag til overtredelsen, uten interesse for hva han påfører av skade for andre, er det nærliggende å kalle han også for hensynsløs.

Den psykologiske situasjonen som dolus eventualis krever fortone seg som forståelig når vinningen er stor og presset fra andre betydelig. I så måte oppstår nok den psykologiske innvilgelsen oftere i slike miljøer enn ellers.

Selv om situasjonen faktisk oppstår, er det ikke nødvendigvis enklere å bevise den for retten. Eksemplene på dommer belastet med feil er mange. Bevistemaene er svært detaljerte og rommet for rimelig tvil vokser seg større jo flere detaljer som omfattes.

Hvordan skal en bevise at gjerningspersonen tenkte at hun også ville kjøre bilen dersom hun visste at det var 194 gram heroin og ikke 100gram hasj? Hvilke ytre omstendigheter er egnet til å bevise at hun innvilget de 194 grammene og ikke bare 100? Det er utvilsomt en vanskelig øvelse.

Ved narkotikaovertrædelser er innvilgelsesvurderinger mer utviklet. Flere «metoder» benyttes for å sannsynliggjøre forsett. Trolig har det sammenheng med at skyld for den generelle straffetrusselen foreligger. Innvilgelsen fortone seg som mer naturlig når f.eks. innførselen var gjennomført med hensikt. Likevel er det her, slik som i drapssaken, at forsettet ikke skal smitte fra en overtrædelse til en annen.

At det er utviklet flere metoder for å slå fast innvilgelse når det gjelder narkotika enn annen kriminalitet, taler for at dolus eventualis tidvis lar seg bevise på narkotikakriminalitetens område.

### 8.3 Konklusjon

Hensikten med undersøkelsen er å avdekke om det finnes reelt behov for *dolus eventualis*. Innledningsvis sa jeg at det måtte finnes et klanderverdig element som faller mellom de alminnelig forsett og uaktsomhet, at elementet må fanges opp av *dolus eventualis* og at *dolus eventualis* må la seg bevise i den aktuelle konteksten.

Redegjørelsen viser at det finnes et klanderverdig nivå med behov for adressering mellom alminnelig forsett og uaktsomhetsansvar i alle situasjonene. I tillegg ser vi at *dolus eventualis* har noe forskjellig funksjon i de forskjellige sakstypene. Dette taler for at det er behov for skyldformen.

Hensynsløshet omtales som det klanderverdige elementet. Synonymt med innvilgelse er det imidlertid ikke, noe som praksis levner et klart inntrykk av. Det taler for at *dolus eventualis* fungerer i teorien, selv om det ikke fungerer like godt i virkeligheten som en kunne ønske av en kodifisert forsettsform.

I volds- og drapssakene er gjerningspersonens hensynsløshet tydelig. Handlingene er av slik karakter at vi har vanskelig for å forstå den som noe annet enn et utslag av ond vilje. I så måte kan hensynsløshet også forstås som en beskrivelse av et psykisk element hos gjerningspersonen. Dette taler for at *dolus eventualis* fanger et klanderverdig nivå i volds- og drapshandlinger.

Sjåfører som kjører påvirket av rusmidler, gjerne uten førerkort og i feil kjøreretning, finnes det mange av. Dersom de dreper noen vil drapsforsett ofte mangle, slik at forholdet subsumeres under grov uaktsomhet. Imidlertid kan handlingen, isolert sett, være like hensynsløst utført. Gjerningspersonens omsorg for omgivelsene kan være like manglende. Det taler mot at *dolus eventualis* fanger opp de hensynsløse handlinger likevel.

På den andre siden kan en si at *dolus eventualis* fanger opp *noen av* de hensynsløse handlingene. De som er likegyldige faller utenfor eventualitetsforsettet. En kan anse innvilgelsen for å være en slags sikkerhetsventil som fanger de særlig tydelige eksemplene på hensynsløshet.

Spørsmålet om praktisk bruk avhenger av at det er mulig å føre beviser for en positiv innvilgelse. I drapssaken kan en tenke seg at en innvilgelse ville være synlig i chatteloggen, vet at paret samtalte om følelser om dødsfølgen. At innvilgelsen ikke var synlig i kommunikasjonskontrollbeslaget er likevel ikke ensbetydende med at følgen ikke var

innvilget. Ingen kan vite hva gjerningspersonene faktisk tenkte på handlingstidspunktet. Det kan heller ikke utelukkes at mannen innvilget dødsfølgen, mens moren stolte på at piken ville overleve. De kan også ha innvilget dødsfølgen på handlingstidspunktet, men angret seg etterpå. I så fall forelå forsettet på handlingstidspunktet, selv om etterfølgende adferd tilsier det motsatte. På den ene siden taler det mot at etterfølgende adferd bør brukes til å kaste lys over forsettet. Etter uskyldspresumsjonen skal imidlertid at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.

Bevisutfordringene gjør seg gjeldende ved narkotikalovbrudd også, men i noe mindre grad ettersom eventualitetsforsett først og fremst brukes som utmålingsmoment. Ved organisert kriminalitet og narkotika er presumsjonene for forsett med på å rettferdiggjøre domfellelse. Kanskje er presumsjonene et utslag av *modus operandi*, kanskje er de logiske? Presumsjonen for at handlingen var forsettlig veier tyngre av flere grunner. Den ene grunnen er at den enkelte tjener godt på handlingen, har god tid til undersøkelse og overveielse. Den andre grunnen knytter seg til miljøet og at en må antas å ha en forståelse av miljøet en vanker i. De færreste uten tilknytning til narkotikamiljøet blir spurt om å frakte, kjøpe, selge eller oppbevare noe. Slik kan bare det å vanke i feil miljø skape en presumsjon for forsett.

Det kan se ut til at vurderingen av *dolus eventualis* slår forskjellig ut avhengig av hvilket perspektiv som benyttes. Dersom *dolus eventualis* brukes for å utelukke forsett, slik som tingretten gjorde i drapssaken, framstår også vurderingen som forsvarlig. Da letes det etter momenter som reiser tvil om hvorvidt følgen var innvilget.

Når *dolus eventualis* brukes for å statuere forsett, blir vurderingene vagere. Det sies oftere at det retten finner det bevist at innvilgelse har funnet sted, uten at hendelsene er vektet i domsgrunnene. Slik konkluderte lagmannsretten i drapssaken. Når en konstaterer forsett ligger det trolig en mer helhetlig skjønnsvurdering til grunn, som gjør at begrepet strekkes noe. Det taler for at *dolus eventualis* ikke er egnet til praktisk bruk.

En ser også at grensen til den bevisste uaktsomhet stadig berøres, noe som utvilsomt er betenkelig og taler mot *dolus eventualis* som lære. I samme retning trekker feilene som begås i formulering av bevistemaet.

*Dolus eventualis* fyller et kriminalpolitisk behov, men gir ikke tilstrekkelig rettsikkerhet ved bruk.

## 9 Hvilken rolle kan dolus eventualis spille i framtiden?

Det metodiske utgangspunktet er at dolus eventualis har fått en legaldefinisjon. En konsekvens kan være at dolus eventualis, med tiden, blir hyppigere brukt. En lojal etterlevelse av prosessreglene vil i alle fall medføre at dolus eventualis vurderes oftere.

Flere forarbeider legger til grunn at dolus eventualis skal være den laveste skyldformen. Eksempelvis i arbeidet mot barnepornografi og ved voldtekter.<sup>135</sup>

NOUen med siktemål å bekjempe voldtekt sier voldtekten er forsettlig utført når gjerningspersonen ”*anså dette som mulig, men likevel bestemte seg for å gjennomføre handlingen*”.<sup>136</sup> Formuleringen svarer til bevisst uaktsomhet. Det er åpenbart uheldig for partene i en voldtektssak at forarbeidene formulerer skyldkravet feil, men det dolus eventualis er ikke utelukket av den grunn.

Ved overfallsvoldtekter etter strl.2005 § 291 bokstav a er trolig dolus eventualis lite aktuelt, selv om det kan tenkes tilfeller hvor en såkalt «*playrape*» er mer eller mindre avtalt på forhånd.

Det er mer nærliggende å anvende dolus eventualis på bevisstløshetsvoldtekter etter strl.2005 § 291 bokstav b. Ordlyden rammer den som forsettlig «*har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen*».

Hvor offeret er bevisstløst vil forsettet sjelden være problematisk dersom noen forgriper seg. Mer usikkert er det når det er andre grunner som gjør at en er ute av stand til å motsette seg handlingen. Ruspåvirkning er aktuelt, se særlig den mye omtalte Hemsedalsaken.<sup>137</sup>

Offeret kan være så ruset at det er ute av stand til å motsette seg handlingen. Tilstanden er ikke nødvendigvis synbar for gjerningspersonen. Er den helt usynlig for gjerningspersonen kan det imidlertid aldri bli tale om forsett. Likevel kan det tenkes at noen gjerningspersoner innser muligheten for at offeret ikke ønsker seksuell omgang. Å gjennomføre med slik innsikt er bevisst uaktsomhet. Dersom gjerningspersonen tenker «*jeg har så lyst at om så hun/han ikke vil, gjør jeg det likevel, nå har jeg sjansen*» er det forsett etter dolus eventualis.

---

<sup>135</sup> Ot.prp. nr 22 (2008-2009) s.448. NOU 2008: 4.

<sup>136</sup> NOU 2008: 4 s. 19.

<sup>137</sup> LB-2015-85818.

Et annet tilfelle kan tenkes hvor gjerningspersonen frykter at samtykke ikke vil foreligge, og derfor forholder seg bevisst uvitende om hvorvidt offeret samtykker. Særlig kan det tenkes ved svært pågående gjerningspersoner, sosialt press og misbruk av maktforhold.

Tilfellene tyder på at dolus eventualis kan fungere utenfor de etablerte saksfeltene. Forutsetningen er imidlertid forsettet lar seg bevise. Seksuallovbrudd reiser ofte svært vanskelige bevissspørsmål i praksis, også uten dolus eventualis. Gjerningspersonen hevder ofte at offeret samtykket, mens offeret påstår at det var for redd til å yte motstand eller at motstanden ikke nyttet.

I voldtektssaker kan begge partene ha rett i sin oppfatning samtidig. I tillegg har begge ofte gode grunner til å lyve. Eventualitetsforsett gjør ikke bevisemaet enklere på noe vis, men senker kravet til innsikt. På den andre siden må en bevise innvilgelse, noe som særlig er vanskelig ved festvoldtekter.

Ved ruspåvirkede gjerningspersoner realiseres også spørsmålet om hvorvidt en kan fingere forsett etter dolus eventualis ved selvforskyldt rus. Høyesterett har behandlet spørsmålet, men Høyesterett fant at gjerningspersonen faktisk hadde foretatt innvilgelsesvurderingen. Det var derfor unødvendig å ta stilling til fingeringen. Imidlertid sier Høyesterett også at fingering måtte berode på hypotetiske vurderinger av hva gjerningspersonen ville ha gjort uten rusen.<sup>138</sup> Nærheten til den hypotetiske innvilgelsesteorien tilsier at fingering av dolus eventualis ikke er mulig.

Uten fingering må forsettet bevises etter ordinære metoder. Å slutte fra ytre omstendigheter hva gjerningspersonen har tenkt, med en sikkerhet som utelukker rimelig tvil, forblir en vanskelig øvelse. Også i den nyeste utgaven av alminnelig strafferett, opprettholdes det standpunkt at det ofte vil være «umulig å føre bevis for at gjerningsmannen har tenkt slik».<sup>139</sup>

Istad tar til ordet for å bruke dolus eventualis i bekjempelsen av miljøkriminalitet, på kulturminnefeltet og i økonomiske straffesaker.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Rt. 2011 s. 1110 (avsnitt 9).

<sup>139</sup> Andenæs, Alminnelig strafferett, 2016 s.239.

<sup>140</sup> Tarjei Istad «Forsett eventuelt, hva er eventuelt forsett?» *Miljøkrim 2009 nr.3*, s. 22-24, s.23.



Istad eksemplifiserer med bedrifter som innser muligheten for at manglende vedlikehold fører til forurensning. De som likevel beslutter at selv om unnlatsen sikkert eller mest sannsynlig vil medføre forurensning vil de likevel avstå fra vedlikeholdet, handler mer klanderverdig enn de som bare gir blaffen.<sup>141</sup>

Istad mener innvilgelsesvurderingen framkommer ved beslag av intern e-post, og derfor lar seg bevise.<sup>142</sup> Forholdsmessighet og kostnadseffektivitet kan imidlertid føre til at mange forhokd aldri blir etterforsket så nøye at all intern e-post blir undersøkt.

Generelt er det grunn til å tro at det psykologiske resonnementet oppstår i situasjoner hvor gjerningspersonen må prioritere mellom egne interesser og andres. Særlig når egen vinning oppleves tilgjengelig og gevinsten nærliggende. Hvor forsettet er lite synlig og enkelt kan forklares bort er det grunn til å tro at tankegangen oppstår. Det gjør dolus eventualis aktuelt ved f.eks. heleri, hvitvasking og skadeverk og lignende overtredelser.

Selv om fenomenet oppstår, forblir det tvilsomt om en kan bevise dolus eventualis på en betryggende måte. Hvor dolus eventualis skal kunne fungere, må forsettet la også seg bevise. Når gjerningspersonen selv er det viktigste granskningsobjektet er det ikke til å komme unna at rimelig tvil vil foreligge i de aller fleste tilfeller, uavhengig av saksområde.

En er kanskje nødt til å se til Tyskland for veiledning i å anvende forsettet. Tysk strafferett har dolus eventualis som skyldform, men anvender det på en annen måte enn norsk rett har tradisjon for. Stigen påstår den tyske varianten kan fange den som er likegyldig til følgen, uten å ha positivt innvilget den.<sup>143</sup> Vilkårene skal sammen danne en felles størrelse, men det oppstilles ikke et krav om størrelse for de enkelte vilkår. Dersom innvilgelsen framstår som veldig klar kan en derfor akseptere mindre kunnskap. Og motsatt.

I tillegg har Tysk strafferett utviklet flere teorier som danner presumsjoner for menneskelig adferd og psykologi. Eksempelvis likegyldighetsteorien, forebyggingsteorien, den normative risikoteorien og hemningsterskelteorien. Disse påvirker vurderingen av vilkårene. En sier for eksempel at det har formodningen mot seg at et menneske har inntatt standpunktet å ville drepe en annen dersom et usannsynlig faktum skulle slå til. Det må være mer nærliggende å

---

<sup>141</sup> Istad, 2009 s.22.

<sup>142</sup> *ibid*

<sup>143</sup> Stigen, 2010. s.598.

tro at gjerningspersonen har satt sin lit til at det kom til å gå bra. Da kreves det mer av innvilgelsen for å trygge et domsresultat.<sup>144</sup>

En slik bruk av eventualitetsforsett kan ha gode grunner for seg. Som utgangspunkt vil en starte vurderingen i tråd med uskyldspresumsjonen, noe også norsk rettspraksis viser at er mer betryggende. På den andre siden er det lite forutsigbart, og kompliserende for rettsanvenderen. En viss likhet til våre presumsjoner for forsett har den tyske varianten.

---

<sup>144</sup> Stigen, 2010.pkt.7 følgende.

## 10 Rettsikkerhet, prinsipielle betenkeligheter og fremtiden.

Rettsikkerhet et ideal i rettsstaten. Begrepet er en samlebetegnelse på en rekke krav og plikter som stilles til domstolene og forvaltningen, men også på rettsikkerhetskravene etter gjeldende rett. Rettsikkerheten ivaretas eksempelvis ved at avgjørelser bygger på regler, ikke makt eller vilkårlighet og reglene må være tilgjengelige for borgeren. Avgjørelser skal være rettsriktige og fattes på en betryggende måte.<sup>145</sup>

Et rettsikkerhetskrav er retten til kontradiksjon. Tiltalte har rett til å tale sin sak og til og imøtegå beviser mot han. Retten ivaretas som regel av forsvaren under rettsmøtet.<sup>146</sup> En forutsetning for å kunne imøtegå bevisene er at en forstår hva en er tiltalt for. Hvilken skyld det påstås at man har utvist er sentralt. I praksis er det opp til advokaten å forklare klienten om skyldformene og straffebudet. Dersom forsvaren har feil oppfatning av *dolus eventualis*, eller tiltalebeslutningens formulering er upresis, er rettsikkerheten i fare allerede før saken er begynt.

For retten er det et mål å finne fram til det riktige faktumet og få en materielt riktig avgjørelse. Retten har ansvar for at avgjørelsesgrunnlaget blir forsvarlig.<sup>147</sup> Den private parts rettsikkerhet søkes ivaretatt ved at aktor skal belyse forhold som taler både for og mot tiltalte.<sup>148</sup> Dersom straffen skal virke individualpreventivt er det avgjørende at dommen er riktig. At avgjørelsen framstår som fornuftig er viktig for at straffens allmennpreventive formål skal oppfylles.

For å finne det mest sannsynlige faktum benyttes objektive holdepunkter. Dette er betenkelig. Når formålet er å straffe for subjektive forekomster gir det ikke mening å straffe etter objektive kriterier. Unntaket er når de objektive holdepunktene sier noe sikkert om hva gjerningspersonen tenkte på gjerningstidspunktet. Objektive holdepunkter er nødvendige, ellers vil enhver tiltalt benekte de subjektive forhold og gå fri.

Innvendingene mot objektive momenter er ikke så store hvor sannsynlighetsgraden er høy eller viljen sterk. Da framstår det som mer selvsagt at personen skjønnte hva handlingen ville føre til. Når sannsynligheten er lav er det derimot mer opp til rettens frie skjønn, og

---

<sup>145</sup> Jon Gisle, *Jusleksikon*, 4 utgave, s. 344 -345.

<sup>146</sup> Aktor har også et ansvar her, og skal frafalle tiltalen dersom grunnlaget faller bort.

<sup>147</sup> Strpl. § 294.

<sup>148</sup> Etterforskningen skal klarlegge både forhold som taler for og imot tiltalte jf. strpl. § 226 tredje ledd.

vurderingen får et hypotetisk preg. Fritt skjønn skaper en uforutsigbar rettstilstand. I tillegg kan en vanskelig garantere likhet for loven.

Bruk av hypotetiske elementer i vurderingen av eventuelt forsett har en side mot uskyldspresumpsjonen. Hvilken tvil er rimelig når bevistemaet er om en holdt en følge for usannsynlig i sin bevissthet, eller absolutt ikke tenkte på den? Ettersom enhver tvil skal komme tiltalte til gode, er det vanskelig å benytte objektive holdepunkter ved lav sannsynlighetsgrad.

Ettersom underrettsdommere har problemer med *dolus eventualis* kan en trygt slutte at både meddommere og lagrette, aktor og forsvarer opplever det samme. Dersom aktørene ikke forstår skyldformen øker faren for at skyldformen benyttes galt. Den materielle avgjørelsen står i fare for å bli feil.

Feil kan rettes gjennom anke. Adgangen til å anke er en effektiv rettssikkerhetsgaranti. Når spørsmålet avgjøres av en jury, begrunnes ikke juryens beslutning. En kan umulig vite hvordan juryen har vurdert faktumet mot vilkårene. Derfor kan en vanskelig etterprøve om *dolus eventualis* er anvendt korrekt. Tiltaltes rettssikkerhet står åpenbart i fare.

Elementene i *dolus eventualis* er, som de andre forsett, viten og vilje. Sammen skal elementene danne størrelsen «*hensynløshet*». Tilstanden antas å komme til uttrykk i innvilgelse av følgen. Trolig er det mer passende å si at innvilgelse er *ett uttrykk* for hensynløshet. Likegyldighet kan være et annet utslag. En konsekvens er at det blir vilkårlig hvilken hensynsløs handling som anses forsettlig, og hvilken som pådømmes som uaktsom. I tillegg er det grunn til å frykte at grensedragningen ikke samsvarer med allmenne rettferdighetsoppfatninger.

I forlengelsen av resonnementet er det på sin plass å trekke fram at det som hovedregel kreves forsett. Dersom forsettet ikke fanger det hensynsløse er handlingen som hovedregel straffri.<sup>149</sup>

I seg selv er det ikke alarmerende at rettssikkerheten er avhengig av kunnskapen hos aktørene som er involvert.<sup>150</sup> Med *dolus eventualis* er imidlertid problemene rimelig vanlige, noe som gjør rettssikkerhetsproblemene mer aktuelle.

---

<sup>149</sup> Unntak når uaktsom overtredelse rammes av straffebudet.

<sup>150</sup> Det er et grunnleggende etisk krav at advokater ikke skal påta seg oppdrag de ikke har kompetanse nok til, eller klarer å innhente den innen rimelig tid jf. Regler for god advokatskikk pkt. 3.1.4 første ledd.

Kanskje kan problemstillingen avfeies med at kunnskapsnivået er for lavt, og at aktørene selv har ansvar for å lese seg opp på forhånd. Kanskje blir det enklere å forholde seg til *dolus eventualis* når den er kodifisert og har fått en definisjon. Særlig burde rettene få erfaring med skyldformen etter hvert som tiden går, da de må vurdere den oftere. Definisjonens utforming bidrar ikke til oppklaring, noe som truer avgjørelsens riktighet.

Det er betenkelig at mange trår feil omkring denne skyldformen, som nå må vurderes oftere. Nedsubsumsjon og henleggelse er alternativer som gir bedre rettssikkerhet og som det er grunn til å tro at stadig benyttes. Trolig kjenner landets aktører problemene *dolus eventualis* reiser godt. En frifinnelse eller dom for uaktsomhet, er bedre enn en dom for forsett heftet med feil.

Feilene oppfyller imidlertid ofte kriminalpolitiske behov, og er trolig ofte i tråd med rettsfølelsen til samfunnet. En ser eventualitetsforsettet tøyes for å passe til den straffverdigheten retten føler handlingen innehar. Slik sees et skille mellom jussen på papiret og den som blir pådømt i rettssalen. Amerikanerne kaller det "*law in books*" og "*law in action*". Teorien innebærer at domstolene i praksis tatt en annen linje enn det som juridisk sett er helt riktig. For *dolus eventualis* kan det tenkes at virkeområdet som finnes i teorien ikke gjenspeiler seg i praksis.

*Dolus eventualis* har en side mot til straffbelegging av tankevirksomhet, noe en rettsstat ikke kan bedrive. Den hypotetiske vurderingen gjerningspersonen foretar av sin egen handlingsvilje behøver ikke slå til når situasjonen eskalerer. Derfor er det prinsipielt utfordrende å godta straff for *dolus eventualis*. Det er, og må være, handlingen som søkes straffet.

*Dolus eventualis* har en side mot regler som setter straff for å fremkalle en risiko. Slike regler har vi få av, fordi livet ofte medfører risikoer uten at det er straffverdig. For mange reguleringer om risikoskaping vil skremme borgerne fra å leve, av frykt for å fremkalle risiko.

For å unngå behovet for *dolus eventualis* kunne vi ha hatt flere regler for risikoskaping, eller gjort unntak fra dekningsprinsippet. F.eks. kunne en sagt at den som innfører narkotika forsettlig, selv bærer risikoen hvilken type narkotika som innføres. På den andre siden er det urimelig hvor forskjellene er betydelige, særlig sett hen til at mange av smuglerne står i en desperat situasjon.

Straffelovkommisjonen vurderer unntak fra dekningsprinsippet, men kommer til at det vil virke unødvendig kompliserende.<sup>151</sup> De vurderer ikke om behovet for nye skyldgrader har oppstått.

Betenkelighetene med *dolus eventualis* gjør at det kanskje er rom for et forsett uten innvilgelse i fremtiden. De angloamerikanske skyldformene *recklessness* og *extreme indifference* ser ut til å fange opp mer av det klanderverdige elementet enn vår *dolus eventualis* gjør. De gjelder imidlertid bare for drapshandlinger. Norsk strafferett har ingen tradisjon for å operere med skyldkrav knyttet til enkelte straffebud. Vår systematikk inneholder generelle begreper som utvikles av domstolene og juridisk teori. I tillegg passer ikke begrepene like godt på funksjonen *dolus eventualis* svarer til ved organisert kriminalitet og narkotikaovertrедelser.

Likegyldigheten vil kunne fanges av et likegyldighetsforsett, slik som praktiseres i Sverige. Imidlertid avviser svenskene sannsynlighetsforsett, noe som gjør rommet for et likegyldighetsforsett større. Et slikt forsett er utvilsomt enklere å praktisere enn vår *dolus eventualis*, da det er sentralt om kunnskapen av risikoen var en beveggrunn egnet til å motivere gjerningspersonen til å handle annerledes.<sup>152</sup> Imidlertid kan avgrensingsproblemene og bevisproblemene bli betydelige i Sverige også.

Muligens kan vi ha et forsett som fanger tilfellene hvor hensynsløs risikoskaping er prioritert.<sup>153</sup> Hvor en ser at hensynsløs frembringelse av risiko er *valgt*, er det vanskelig å forstå det som noe annet enn et utslag av ond vilje. Det kan tenkes at hensynsløsheten blir så kvalifisert at den blir til et psykologisk fenomen. Hvilket utslag det gir, beror på situasjonen.

Trolig er det aktuelle bruksområdet hvor den generelle risikoen fortoner seg som åpenbar, selv om forhold i den aktuelle situasjonen tilsier mindre sannsynlighet. F.eks. er det generelt sett en stor risiko for drukning ved å holde et barn under vann. Eller for at det er hasj i pakken en får betalt for å frakte noen mil.

Likevel kan risikoen fortone seg som mindre i den aktuelle situasjonen. De færreste drukner av korte dypp under vann. Å frakte en pakke for en som ikke holder på med narkotika er helt innenfor normal handlefrihet.

---

<sup>151</sup> på side 118.

<sup>152</sup> NJA 2004 s.176.Rt

<sup>153</sup> Stigen foreslår det samme, men formulerer det som et eventuelt forsett med likegyldighet som vilkår i stedet for innvilgelse, se Stigen, 2010, s. 629.

I situasjoner hvor den generelle risikoen er høy men den aktuelle sannsynligheten er senket, kan forsettet komme på banen dersom innsikten om realiseringen er uforståelig fraværende.

Slik var situasjonen i drapssaken som ble omtalt ovenfor. Den generelle risikoen for drukning ved å holde et utslitt barn i en bøtte er stor, selv om moren forstod det annerledes. Handlingen framstår som hensynsløs selv om hun ikke innvilget dødsfølgen, fordi det forblir uforståelig at dødsfølgen ikke skremte henne fra utføring.

Slik kan en også forstå en god del av kjøringen i ruset tilstand. De utfører en handling som generelt har stort potensiale for følge, mens gjerningspersonens subjektive oppfatning innser en lavere risiko. Når risikoen for skade er så stor, forventer man at innsikt om risiko får en fra å gjennomføre handlingen.

Kanskje kan et forsett uten innvilgelse fange opp slike situasjoner.

## 11 Konklusjon

Problemstillingen er hvorfor vi har *dolus eventualis* i norsk strafferett. Hensikten var å finne ut den formelle begrunnelsen har gode grunner for seg.

Den formelle begrunnelsen er at *dolus eventualis* er praktisk i enkelte sakstyper, og at det er et sterkt kriminalpolitisk behov for å ramme disse tilfellene. I tillegg tilsier vår rettstradisjon at vi beholder *dolus eventualis*, noe som ubevisst kan ha påvirket lovgiver.

Min analyse tilsier at det finnes et klanderverdig nivå som faller mellom uaktsomhetsansvaret og det alminnelige forsettet, noe som begrunner *dolus eventualis*. Hensynsløshet er en god beskrivelse av nivået. Imidlertid ser det ikke ut til at *dolus eventualis* fanger opp hensynsløshet så godt som en skulle ønske.

I teorien fungerer *dolus eventualis* utmerket, særlig på saksområdene skissert i forarbeidene. Resonnementet passer på langt flere situasjoner enn vi har erfaringer med til nå.

Likevel er det ikke til å komme forbi at det å bevise hva en gjerningsperson holdt for *mulig* på handlingstidspunktet er en krevende oppgave. Verre er det å bevise at han tenkte på hva han *ville ha gjort* dersom han visste at følgen ville realisere seg. Omtrent umulig er det å bevise at gjerningspersonen faktisk positivt besluttet at han ville gjennomføre handlingen også dersom det hypotetiske scenarioet ville utspille seg.

Vi har *dolus eventualis* på grunn av et teoretisk behov, som dessverre ikke er like tilfredsstillende i praksis.



## **12 Referanser**

### **Lover**

Lov 22 mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

Lov 04 desember 1992 nr. 132 Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven)

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

### **Konvensjoner**

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

FNs Menneskerettighetserklæring

### **Forarbeider**

Straffelovkommisjonens motiver, SKM. (1896)

NOU 1983: 57 *Straffelovgivningen under omforming - Straffelovkommisjonens delutredning I*

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

NOU 2002: 4 *Ny straffelov - Straffelovkommisjonens delutredning VII*

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

Innst. O. nr. 72 (2004-2005)

NOU 2008: 4 *Fra ord til handling - Bekjempelse av voldtekt krever handling*

Ot.prp nr. 22, (2008-2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)*

## Rettspraksis

Rt. 1933 s. 1132 (*hakekorsflaggdommen*)

Rt. 1952 s. 301

Rt. 1965 s. 777

Rt. 1966 s. 698

Rt. 1969 s. 1349

Rt. 1970 s. 1235

Rt. 1980 s. 979

Rt. 1989 s. 640

Rt. 1991 s. 600 (*skoheriondommen*)

Rt. 1991 s. 741

Rt. 1997 s. 1764

Rt. 1998 s. 1182

Rt. 2001 s. 58

Rt. 2003 s. 118

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2004 s. 1769

Rt. 2008 s. 1217 (*Wonderboysaken*)

Rt. 2009 s. 185

Rt. 2009 s. 229

Rt. 2009 s. 750

Rt. 2009 s. 1014

Rt. 2011 s. 1104

Rt. 2011 s. 1110

## Underrettspraksis

LA-2005-116643

LB-2014-110471-2

LB-2015-85818 (*hemsedalsaken*)

TOSLO-2014-602

## Utenlandsk rettspraksis

UfR 1918 s. 946

NJA 2004 s.176

## Litteratur

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 3.utgave, Oslo 1989

Andenæs, Johs., *Aminnelig strafferett*, 5. utgave, 2004

Andenæs, Johs., *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 2008

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 2014

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*,6. utgave, 2016

Andersen, Kjell, «Dolus Eventualis - tolv år etter» . *Jussens venner* 2009 s.155-180, (s. 155-156)

Andersen, Kjell, «Dolus Eventualis» . *Jussens venner*, 1996, ss. 116-135

Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn*, 1987

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, 2001

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 4 utgave, 2015

Frøberg, Thomas, *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, 2016

Gisle, Jon *Jusleksikon*, 4 utgave.

Istad, Tarjei. «Forsett eventuelt, hva er eventuelt forsett?» *Miljøkrim 2009 nr.3*, s. 22-24

Ross, Alf, *Forbrydelse og staf*, København 1974

Røstad, Helge, *Innkast i straffefeltet: utvalgte emner i strafferetten*, , Oslo1993

Skeie Jon, *Den norske strafferett*, 2. Utgave. Bind 1: den alminnelige del, Oslo 1946

Slettan Svein, Øie Torild M., *Forbrytelse og straff bind 1:innføring i straffrett*, 2001

Stigen, Jo, «Forsettets nedre grense - dolus eventualis eller hva?». *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2010, s. 573-636

## Nettsteder

[www.Lovdata.no](http://www.Lovdata.no)

[www.Rettsdata.no](http://www.Rettsdata.no)