

UiO : **Det juridiske fakultet**

Å bevis positiv innvilgelse

Dolus eventualis i praksis

Kandidatnummer: 546

Leveringsfrist: 25.04.2023

Antall ord: 15423



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Den videre fremstillingen.....	2
2	DOLUS EVENTUALIS – GJELDENE RETT	2
2.1	Innledning	2
2.2	Regelens vilkår.....	3
2.2.1	Grunnvilkåret.....	4
2.2.2	Innvilgelsesvilkåret.....	4
2.3	Et praktisk eksempel på dolus eventualis	7
3	Å BEVISE POSITIV INNVILGELSE – EN INNFØRING I UTGANGSPUNKTER OG BEGREPER.....	8
3.1	Innledning og videre fremstilling.....	8
3.2	Utgangspunkter	8
3.2.1	Det strafferettslige beviskravet.....	8
3.2.2	Prinsippet om fri bevisbedømmelse	11
3.3	Bevisteoretiske begrepsavklaringer	12
3.3.1	Bevis og rettsfakta	12
3.3.2	Indre fenomener.....	13
3.3.3	Erfaringssetninger.....	14
4	BEVISANALYSENE	18
4.1	Innledende presiseringer	18
4.1.1	Fremstilling og metode.....	18
4.1.2	Den skriftlige bevisbedømmelsen og bevisumiddelbarhet.....	19
4.2	Bevis som knytter seg til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles.....	21
4.2.1	Innledning	21
4.2.2	Sannsynlighetsbevis.....	21
4.2.3	Hensynsløshetsbevis	22
4.2.4	Bevisanalyse	23
4.3	Bevis som ikke knytter seg til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles.....	31
4.3.1	Innledning	31
4.3.2	Støtte i rettskildene	32
4.3.3	Bevisanalyse	33

5	DEN POSITIVE INNVILGELSENS GENERELLE BEVISBARHET	39
5.1	Innledning	39
5.2	Funn	39
5.2.1	Innvilgelsens hypotetiske aspekt	39
5.2.2	Innvilgelsens positive aspekt	41
5.2.3	Konklusjon.....	42
6	KILDELISTE	44
6.1	Litteratur	44
6.2	Lov	46
6.3	Forarbeider	47
6.4	Rettsavgjørelser.....	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Alminnelig forsett foreligger når gjerningspersonen begår en handling som dekker straffebudets gjerningsbeskrivelse enten med hensikt eller med visshet om at gjerningsbeskrivelsen mest sannsynlig vil oppfylles.¹ De alminnelige forsettsformene fanger med det opp de fleste overtredelsene som i norsk strafferett regnes som forsettlig, men ikke alle. I noen tilfeller, hvor gjerningspersonen ikke har utvist slikt alminnelig forsett, er det ifølge lovgiver likevel behov for strengere reaksjon enn ved uaktsomhetsstraff eller frifinnelse på grunn av manglende forsett.² I norsk rett gjelder derfor en tredje forsettsform.³ Straffeloven § 22 bokstav c slår fast at forsett også foreligger dersom gjerningspersonen «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet» Forsettsformen er gjerne omtalt som *dolus eventualis med positiv innvilgelse*.⁴

Dolus eventualis har over lengere tid vært omstridt i norsk strafferett.⁵ Under utarbeidelsen av straffeloven foreslo Straffelovkomisjonens flertall at forsettsformen ikke skulle videreføres.⁶ Flertallet var tydelige i sin anbefaling og uttalte at forsettsformen medfører «alvorlige rettssikkerhetsproblemer».⁷ Det ble blant annet vist til det prinsipielt betenkelige ved forsettsformens hypotetiske moment, samt praktiske vansker med å formulere bevisetemaet. I tillegg ble det uttalt at

«forsettsformen ofte reiser betydelige bevisproblemer. [...] Spesielt vanskelig kan det være å bevise at gjerningspersonen bevisst mente at han ville gjort det samme om han hadde ansett følgen for sikker.»⁸

De to første innvendingene, det prinsipielt betenkelige ved det hypotetiske momentet, samt formuleringsvanskene, har vært behandlet av mange juridiske teoretikere de siste tiårene.⁹ Innvendingen som knytter seg til forsettsformens bevisbarhet, har imidlertid vært mindre behandlet. Dette til tross for at anerkjennelsen av en forsettsform som angivelig er spesielt vanskelig å bevise, klart reiser viktige rettssikkerhetsspørsmål. Det er derfor nærliggende å spørre seg

¹ Strl. § 22 bokstav a og b

² Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 116

³ Stigen (2010) s. 575

⁴ Andenæs (2016) s. 240

⁵ Lund (2020) s. 351

⁶ Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 116

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Stigen (2010), Jahre (2018) og Lund (2020)

hvordan praktisk anvendelse av forsettsformen står seg i forhold til det strenge strafferettslige beviskravet.

Temaet i denne avhandlingen er bevisproblematikken knyttet til *dolus eventualis*.

Blant annet fordi gjerningspersonens tanker ikke kan iakttas direkte av bevisbedømmeren, er det generelt krevende å bevise subjektiv skyld.¹⁰ Det er imidlertid en grunnleggende forutsetning for moderne strafferett at subjektiv skyld i prinsippet lar seg bevise.¹¹ I denne oppgaven vil det derfor ikke rettes søkelys mot de generelle utfordringene knyttet til å bevise subjektiv skyld, men mot de særtrekk ved *dolus eventualis* som gjør skyldformen særlig utfordrende å fastlegge. Ettersom det kun er vilkåret om den positive innvilgelsen som er særegent for *dolus eventualis*,¹² avgrenses behandlingen til dette.

Problemstillingen er hvorvidt positiv innvilgelse lar seg bevise utover enhver rimelig tvil.

1.2 Den videre fremstillingen

For å legge til rette for presise analyser og diskusjon av problemstillingen, innledes oppgavens hoveddel med to kortere teorikapitler. I kapittel 2 redegjør jeg for rettsregelens innhold, mens jeg i kapittel 3 gir en innføring i bevisteoretiske utgangspunkter og begreper med relevans for fastleggelse av positiv innvilgelse. I kapittel 4 vil jeg foreta analyser av de mest sentrale bevisene som er anvendt ved fastleggelsen av positiv innvilgelse i nyere lagmannsrettspraksis. I analysekapittelet vil jeg ta utgangspunkt i den bevisteoretiske fremstillingsmåten som er presentert i kapittel 3. Dermed vil metoden som benyttes i analysene først presenteres i innledningen av analysekapittelet. Til slutt i avhandlingen vil jeg i kapittel 5 diskutere den positive innvilgelsens generelle bevisbarhet. Her tar jeg utgangspunkt i de funn som er gjort i bevisanalysene, samt enkelte uttalelser i rettskildene med relevans for problemstillingen.

2 Dolus eventualis – gjeldende rett

2.1 Innledning

Innholdet i regelen om *dolus eventualis* har lenge vært gjenstand for usikkerhet og debatt.¹³ Av den grunn vil jeg innledningsvis gjøre rede for gjeldende rett på området. Siktemålet er å legge til rette for en presis behandling av forsettsformen i oppgavens neste kapitler.

¹⁰ Andenæs (2016) s. 240 og Strandbakken (2003) s. 388.

¹¹ Løvlie (2014) s. 177-180

¹² Dette forklares i punkt 2.2.

¹³ Andenæs (2016) s. 228

For at straff skal kunne idømmes må gjerningspersonen ha utvist subjektiv skyld.¹⁴ Hovedregelen om skyldvilkåret fremgår av strl. § 21 og slår fast at «[s]traffelovgivningen [...] bare [rammer] forsettlige lovbrudd med mindre annet er bestemt.» En del ikke-forsettlige men uaktsomme handlinger straffes også, men disse straffes jevnt over betydelig mildere.¹⁵ Videre må den subjektive skylden som hovedregel dekke alle gjerningsmomenter i straffebudet.¹⁶ Eksempelvis medfører dette at en kurér som tror han innfører en kilo hasj til Norge, men som egentlig innfører en kilo av det langt farligere stoffet kokain, i utgangspunktet kun straffes for forsettlig innføring av en kilo hasj.¹⁷

Straffeloven § 22 definerer de tre forsettsformene som gjelder i norsk strafferett. I bestemmelsens bokstav a og b beskrives de to hyppigst brukte forsettsformene, henholdsvis hensiktsforsett og sannsynlighetsforsett.¹⁸ Som ordlyden antyder foreligger hensiktsforsett når gjerningspersonen har overtrådt straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse med hensikt, altså med vilje.¹⁹ Sannsynlighetsforsett foreligger når gjerningspersonen har overtrådt straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse «med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen».²⁰ Her er vilkåret altså at gjerningspersonen anså det som mest sannsynlig at handlingen ville oppfylle gjerningsbeskrivelsen. Som vist fanger ikke disse forsettsformene opp alle overtredelser som i norsk rett betegnes som forsettlige. Gjennom praksis og teori er det nemlig konstruert en tredje forsettsform, *dolus eventualis*, som nå er lovfestet i strl. § 22 bokstav c. Bestemmelsen slår fast at forsett også foreligger når gjerningspersonen

«holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.»

2.2 Regelens vilkår

Regelen om *dolus eventualis* oppstiller to vilkår. Disse omtales gjerne som «grunnvilkåret» og «innvilgelsesvilkåret».²¹

¹⁴ Strl. §§ 21 og 23, Andenæs (2016) s. 101

¹⁵ Se f.eks. strl. §§ 275 og 281 som slår fast at forsettlig forvoldelse av død straffes med inntil 21 års fengsel, mens uaktsom forvoldelse av død straffes med inntil kun 6 år.

¹⁶ Strl. §§ 21 og 25

¹⁷ Andenæs (2016) s. 240

¹⁸ Stigen (2010) s. 575

¹⁹ Rt. 1980 s. 979 side 980

²⁰ Strl. § 22 bokstav b

²¹ Frøberg (2020) s. 130

2.2.1 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret kommer til uttrykk i første leddsetning i bestemmelsen og slår fast at gjerningspersonen må ha «holdt det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen». Med andre ord kreves det at gjerningspersonen på gjerningstidspunktet innså muligheten for at vedkommende gjerningsmoment forelå eller ville inntreffe.²² Vilkåret er omtalt som kognitivt fordi det som etterspørres er gjerningspersonens kunnskap eller bevissthet om risikoen.²³ Det presiseres at det som etterspørres er gjerningspersonens innsikt om muligheten for at vedkommende gjerningsmoment forelå eller ville inntreffe, og ikke om vedkommende gjerningsmomentet *er gjort ulovlig*.²⁴ Betydningen av at en gjerningsperson eventuelt ikke kjente til at handlingene han utførte er ulovlige, såkalt rettsuvitenhet, er et annet spørsmål som det i denne avhandlingen avgrenses mot.

Ordlyden «holder det for mulig» antyder at det kreves lav grad av opplevd sannsynlighet for at gjerningsbeskrivelsen vil oppfylles. I teorien er terskelen blant annet formulert som «en praktisk mulighet som folk flest ville ha vært oppmerksom på og regnet med».²⁵ Kun en helt hypotetisk mulighet vil da falle utenfor. Oppad trekkes grensen ved sannsynlighetsovervekt.²⁶ Dersom retten finner det bevist at gjerningspersonen anså sjansen for at gjerningsbeskrivelsen ville dekkes som mest sannsynlig, vil nemlig sannsynlighetsforsett være den aktuelle forsettsformen.²⁷

Grunnvilkåret innebærer altså at gjerningspersonen på gjerningstidspunktet, må ha innsett at det er en praktisk mulighet for at gjerningsbeskrivelsen vil oppfylles.

2.2.2 Innvilgelsesvilkåret

I tillegg til at gjerningspersonen må ha innsett muligheten for at gjerningsbeskrivelsen vil oppfylles, kreves det at gjerningspersonen har *innvilget* gjerningsmomentet.²⁸ Det fremgår nemlig av regelens andre leddsetning at gjerningspersonen må ha «[valgt] å handle selv om det skulle være tilfellet.»²⁹ Ordlyden her er kritisert for å være noe tvetydig.³⁰ Det hersker imidlertid ikke lenger tvil om hvordan innvilgelsesvilkåret skal defineres. I lovens forarbeider samt i en rekke høyesterettsavgjørelser er det presisert at innvilgelsesvilkåret innebærer at det må være bevist at

²² HR-2020- 2117-A avs. 15

²³ Stigen (2010) s. 576

²⁴ Strl. § 26

²⁵ Andorsen (2009) s. 155

²⁶ Strl. § 22 bokstav b og c

²⁷ *Ibid.* bokstav b

²⁸ *Ibid.* bokstav c

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Stigen (2010) s. 591

«tiltalte 'bevisst tok det standpunkt' at han ville [gjennomføre sine handlinger] selv om det skulle føre til at [gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles.]»³¹

Innvilgelsesvilkåret krever med andre ord at gjerningspersonen bevisst har sett for seg det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen helt sikker vil dekkes, og for seg selv konkludert med at han ville handlet også da.³² I et slikt tilfelle har gjerningspersonen ikke bare akseptert risikoen for at gjerningsbeskrivelsen vil dekkes, men også akseptert risikoens realisering. Denne tankemessige størrelsen blir gjerne omtalt som *positiv innvilgelse*.³³

Som vist er grunnvilkåret omtalt som kognitivt fordi det som etterspørres er gjerningspersonens bevissthet og kunnskap om risikoen på gjerningstidspunktet. Innvilgelsesvilkåret er derimot gjerne omtalt som *volitivt*.³⁴ Grunnen til det er at det som etterspørres på sett og vis er gjerningspersonens *vilje til å handle* selv om gjerningsbeskrivelsen ville blitt oppfylt. I denne sammenheng må to viktige presiseringer gjøres.³⁵

2.2.2.1 Forholdet til hensiktsforsettet

For det første er det klart at innvilgelsesvilkårets egenskap av å være volitivt ikke innebærer at gjerningspersonen må ha hatt til hensikt å oppfylle gjerningsbeskrivelsen. Dersom gjerningspersonen har oppfylt gjerningsbeskrivelsen med hensikt, er det som vist hensiktsforsettet³⁶ som skal anvendes. Når innvilgelsesvilkåret likevel omtales som volitivt, siktes det til gjerningspersonens vilje til å handle *i den hypotetiske situasjon* hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville dekkes.³⁷

2.2.2.2 Positiv og hypotetisk innvilgelse

For det andre kan trolig innvilgelsesvilkårets egenskap av å være volitivt, i motsetning til kognitivt, skape noe forvirring. I likhet med grunnvilkåret, etterspør nemlig også innvilgelsesvilkåret en konkret bevissthetsstørrelse hos gjerningspersonen. Gjerningspersonen må som vist *faktisk ha tenkt* at han ville handlet slik han gjorde også i det hypotetiske tilfellet hvor handlingen helt sikkert ville medføre at gjerningsbeskrivelsen oppfylles.³⁸

³¹ HR-2020-2117-A avsnitt 15 og Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426

³² Andenæs (2016) s. 237

³³ *Ibid.*

³⁴ Stigen (2010) s. 576

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Strl. § 22 bokstav a

³⁷ Punkt 2.2.2

³⁸ *Ibid.*

Dette poenget er det som skiller gjeldende rett, den positive innvilgelse, *fra teorien om hypotetisk innvilgelse*. Under utviklingen av innholdet av dolus eventualis ble nemlig teorien om hypotetisk innvilgelse foreslått.³⁹ Forslaget innebar at innvilgelsesvilkåret kun skulle kreve at gjerningspersonen ville handlet også dersom han visste at gjerningsbeskrivelsen ville dekkes.⁴⁰ Denne forståelsen er *ikke* gjeldende i norsk strafferett.⁴¹ Den hypotetiske innvilgelsesteorien ble blant annet uttrykkelig avvist i Rt. 1991 s. 600.⁴²

Gjeldende rett, den positive innvilgelsesteori, innebærer derimot følgende: på gjerningstidspunktet må gjerningspersonen *positivt* ha tatt stilling til det hypotetiske tilfellet hvor handlingen sikkert ville medføre oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen, og konkludert med at han ville handlet også da.

2.2.2.3 Sløret innvilgelse

En innvending mot de teoretiske fremstillingene av forsettsformene er at de i liten grad gjenspeiler hvordan mennesker rent faktisk tenker og opptrer.⁴³ Det er for eksempel en kjensgjerning at mennesker stadig handler uten dagklar bevissthet eller med kalkulerede forhold til risikosannsynligheter.⁴⁴ Lovgiver har imidlertid slått fast at dette ikke nødvendigvis skal være til hinder for at en kan straffes for forsettlig lovbrudd.⁴⁵ Et utslag av dette er anerkjennelsen av det som gjerne kalles *sløret forsett*.⁴⁶ Det følger nemlig av straffelovens forarbeider at en lovbrøyer ofte «handler [...] raskt, uten å ha noen klar bevissthet om alle elementer i gjerningsbeskrivelsen» og videre at det «ikke nødvendigvis [er] til hinder for at kravet om forsett er oppfylt. Forsett omfatter også det halvklare, slørede forsett.»⁴⁷

Når det gjelder dolus eventualis har det blant annet vært diskutert hvordan læren om sløret forsett bør anvendes i forbindelse med innvilgelsesvilkåret.⁴⁸ Hvor klart og tydelig kreves det at gjerningspersonen har tatt stilling til og konkludert med at han ville handlet også i det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville dekkes?

³⁹ Andenæs (2016) s. 237

⁴⁰ Rt. 1991 s. 600 på side 602

⁴¹ Andenæs (2016) s. 237

⁴² Rt. 1991 s. 600 på side 602

⁴³ Andenæs (2016) s. 240

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426

⁴⁶ Andenæs (2016) s. 240

⁴⁷ Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426

⁴⁸ Poulsen (2021) s. 235-239

I Rt. 1991 s. 600 slo førstvoterende fast at det vil foreligge positiv innvilgelse hos gjerningsmannen «selv om avgjørelsestemaet ikke har fremstått helt klart i gjerningsmannens bevissthet.»⁴⁹ Uttalelsen ble gjentatt ti år senere i Rt. 2001 s. 58 og anses for å gi uttrykk for dagens rettstilstand.⁵⁰ Dermed er det klart at en viss «sløret» form for positiv innvilgelse er omfattet.

For at innvilgelsesvilkåret ikke skal uthules fullstendig, er det imidlertid klart at det må gjelde en yttergrense for akseptert slørethet.⁵¹ I Rt. 2009 s. 750 ble det vurdert om gjerningspersonen hadde utvist *dolus eventualis* med hensyn til offerets død etter at gjerningspersonen hadde skutt ham med pistol. I den sammenheng uttalte førstvoterende følgende:

«Det er ikke tilstrekkelig at [gjerningspersonen] aksepterte muligheten for at noen ble truffet av et skudd, og likevel valgte å skyte; han måtte bevisst ha tatt det standpunkt at han ville skyte selv om noen ville bli drept.»

Det fastslås altså at gjerningspersonen *bevisst* må ha akseptert at det hypotetiske scenarioet hvor vedkommende gjerningsmoment sikkert aktualiseres. At innvilgelsen skal være *positiv* og ikke *hypotetisk*, underbygger dette. Det er jo nettopp gjerningspersonens positive valg om å handle også dersom gjerningsbeskrivelsen sikkert dekkes, som ifølge lovgiver er så klanderverdig at den fortjener forsettsstraff. Det kan dermed argumenteres for at læren om sløret innvilgelse ikke må trekkes så langt at også gjerningspersonens mer uklare tanker om risiko og utfall omfattes. Å legge regelens innhold *på strekk* under henvisning til anerkjennelsen av sløret forsett, er høyst problematisk sett i lys av legalitetsprinsippet.⁵² Stigen tar samme standpunkt og hevder at anerkjennelsen av sløret innvilgelse ikke rokker ved kravet om at det må bevises ut over rimelig tvil at vedkommende har positivt innvilget overtredelsen.⁵³

2.3 Et praktisk eksempel på *dolus eventualis*

For å klargjøre innholdet av regelen avsluttes dette kapittelet med et praktisk eksempel på *dolus eventualis*. Eksempelet er inspirert av LB-2020-151517 og LH-2020-115894 som begge behandles i kapittel 4. Spørsmålet i sakene var om gjerningspersonen kunne straffes for forsettlig innføring av henholdsvis amfetamin og kokain.

En gjerningsperson takket ja til et tilbud om å innføre en pakke med narkotika til Norge mot betaling. Han har blitt fortalt at sekken inneholdt hasj, men i realiteten inneholdt den kokain.

⁴⁹ Rt. 1991 s. 600, side 602

⁵⁰ Lund (2020) s. 351

⁵¹ Jahre (2018) s. 12

⁵² Andenæs (2016) s. 240

⁵³ Stigen (2010) s. 590

Da han takket ja til tilbudet innså han muligheten for at det kunne være farligere stoffer enn hasj i sekken, selv om han anså det som mest sannsynlig at det var hasj. Fordi gjerningspersonen var bevisst på muligheten for at det var et farligere stoffer i sekken, er grunnvilkåret i dolus eventualis oppfylt.

Selv om gjerningspersonen anså det som usannsynlig at det var farligere stoffer i sekken, konkluderte gjerningspersonen for seg selv med at han *ville gjennomført fraktjobben også om det skulle vært farligere stoffer i sekken*. Årsaken til dette var blant annet at han hadde et stort behov for penger og dermed var villig til å gjennomføre fraktjobben uansett. Fordi gjerningspersonen bevisst bestemte seg for at han ville handlet også i det hypotetiske tilfellet hvor sekken sikkert inneholdt kokain, er også innvilgelsesvilkåret oppfylt.

Gjerningspersonen håpet riktignok at det bare var hasj i sekken, men det er ikke til hinder for at forsettsformen dolus eventualis kan komme til anvendelse.⁵⁴

3 Å bevise positiv innvilgelse – en innføring i utgangspunkter og begreper

3.1 Innledning og videre fremstilling

For å kunne straffes for forsettlig overtredelse med dolus eventualis, må altså gjerningspersonen på gjerningstidspunktet, ha konkludert med at han ville gjennomført handlingen også i det tilfellet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. Med det etterspør regelen et faktisk fenomen, positiv innvilgelse, som må påvises for at rettsregelen skal komme til anvendelse.⁵⁵ Denne øvelsen, påvisningen av det etterspurte fenomenet, er temaet videre i oppgaven. Dermed flyttes fokus fra regelens innhold, til fastleggelsen av det faktiske fenomenet regelen etterspør.

Siktemålet for dette kapittelet er å danne et grunnlag for de bevisteoretiske analysene i kapittel 4. Jeg vil derfor i dette kapittelet gi en kort innføring i sentrale bevisrettslige utgangspunkter, samt noen bevisteoretiske begreper med relevans for påvisningen av positiv innvilgelse.

3.2 Utgangspunkter

3.2.1 Det strafferettslige beviskravet

I en rettsstat regulerer folket statens maktutøvelse samt borgerens adferd gjennom utforming og håndhevelse av rettsregler. For at reguleringen skal være effektiv og ha legitimitet er det imidlertid avgjørende at de rettsvirkningene som inntreer, i størst mulig grad knytter seg til de

⁵⁴ Lund (2020) s. 358

⁵⁵ Løvlie (2014) s. 118

faktiske fenomenene de er ment til.⁵⁶ Målsettingen ved faktafastleggelsen er dermed å komme frem til sannheten om det som har skjedd.⁵⁷ Jerkø formulerer det på denne måten:

«Hvis Peder Ås er tiltalt for drapet på Lars Holm, er målet at han skal dømmes hvis og bare hvis det er sant at Peder Ås har drept Lars Holm.»⁵⁸

Riktignok er det slik at bevisbedømmeren aldri har noen direkte, epistemisk⁵⁹ tilgang til sannheten.⁶⁰ Sagt med andre ord kan dommeren aldri vite med 100% sikkerhet hva som har skjedd. Sannhetsmålsettingen må derfor i praksis modifiseres av et beviskrav som kun krever at det etterspurte fenomenet er påvist med en viss grad av sikkerhet.⁶¹ På sivilrettens område er det for eksempel tradisjon for å hevde at det alminnelige beviskravet er *sannsynlighetsovervekt*.⁶² Med dette menes at retten skal legge til grunn det faktum som den mener mest sannsynlig sammenfaller med sannheten. Dette beviskravet antas å gi flest materielt riktige avgjørelser.⁶³

Ved utformingen av beviskravet på strafferettens område er det imidlertid ikke bare hensynet til sannhetssøken som har vært avgjørende. Statens straff av enkeltpersoner er nemlig ansett som så inngripende at den enkelte fortjener særlig beskyttelse mot usikkerhet knyttet til de faktiske forholdene.⁶⁴ I Rt. 1998 s. 1945 ble det uttalt at det er et «gammelt og grunnleggende rettssikkerhetsideal» at

«konsekvensene av en uriktig fellende [straffe]dom er mye større enn en uriktig frifinnelse».⁶⁵

Dette er hovedårsaken til at det i strafferetten gjelder et beviskrav om at *all rimelig* tvil knyttet til de faktiske forholdene skal komme den tiltalte til gode.⁶⁶ Beviskravet fastlegger dermed hvilken grad av visshet knyttet til gjerningspersonens skyld som er nødvendig og tilstrekkelig

⁵⁶ Løvlie (2015) s. 148

⁵⁷ Jerkø (2015) s. 22

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Epistemologi er læren om kunnskap om den faktiske virkelighet. (Holmen 2021)

⁶⁰ Jerkø (2015) s. 22

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Rt. 1992 s. 64

⁶³ Robberstad (2015) s. 286 og Jerkø (2015) s. 195

⁶⁴ Kjelby (2015) s. 104

⁶⁵ Rt. 1998 s. 1945 på side 1947

⁶⁶ Løvlie (2014) s. 324

for å legge et påstått faktum til grunn.⁶⁷ I rettspraksis sies det gjerne at faktum knyttet til gjerningspersonens skyld må være «bevist utover enhver rimelig tvil».⁶⁸

En viktig presisering i denne sammenheng er kommet til uttrykk i Rt. 2005 s. 1353:

«[Beviskravet] gjelder for bevisresultatet som sådan [...]. Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulik bevisstyrke. Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen.»⁶⁹

I praksis innebærer dette blant annet at når retten gjør flere slutninger om det forhold regelen etterspør, trenger ikke hver enkelt slutning å være helt sikker. Så lenge slutningene *samlet* eliminerer enhver rimelig tvil knyttet til bevisemaet, er beviskravet oppfylt.

Beviskravet gjelder fastleggelsen av den subjektive skyld, så vel som den objektive.⁷⁰ Følgelig må gjerningspersonens forsett, herunder den positive innvilgelsen, bevises utover enhver rimelig tvil for at det skal legges til grunn i en straffesak. Etersom subjektiv skyld knytter seg til tanker, og tanker er i en særstilling hva gjelder både klarhet og tilgjengelighet for iakttagelse, har enkelte teoretikere tatt til orde for at beviskravet for den subjektive skyld bør senkes.⁷¹ Dette er imidlertid *ikke* gjeldene rett. Forslagene har ikke støtte i lov, rettspraksis eller rådende juridisk teori.⁷² Gjeldende rett innebærer altså at den subjektive skyld, herunder positiv innvilgelse, må bevises utover enhver rimelig tvil for at den skal kunne legges til grunn for en domfellelse.

Kolflaath har presentert en alternativ formulering av det strafferettslige beviskravet som det vil trekkes veksler på senere i avhandlingen. Beviskravets innhold er uendret, men formuleringen setter de gjensidig utelukkende hypotesene om skyld og uskyld i fokus.⁷³ Han fremholder at tiltalte skal dømmes dersom, og kun dersom

«det finnes en eller flere omstendigheter som er vanskelig å forklare hvis tiltalte er uskyldig, samtidig som det ikke finnes etablerte omstendigheter som er vanskelig å forklare hvis tiltalte er skyldig.»⁷⁴

⁶⁷ Løvlie (2014) s. 324

⁶⁸ Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Kjelby (2015) s. 106

⁷¹ Løvlie (2014) s. 355-356

⁷² *Ibid.* s. 356

⁷³ Kolflaath (2013) s. 210

⁷⁴ *Ibid.*

3.2.2 Prinsippet om fri bevisbedømmelse

3.2.2.1 Utgangspunkt

Hittil er det vist at gjerningspersonens skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil for at den skal kunne legges til grunn i en straffesak. Et spørsmål som raskt melder seg, er da *hvordan* bevisbedømmeren skal gå frem når faktum skal fastlegges.

Det klare utgangspunktet ved faktafastleggelse i norsk prosessrett, er prinsippet om fri bevisbedømmelse.⁷⁵ Prinsippet slår fast at bevisbedømmelsen ikke styres av rettslige normer.⁷⁶ På strafferettens område, i motsetning til på sivilrettens, er ikke prinsippet lovhjemlet, men det er sikker rett at prinsippet også gjelder her.⁷⁷ Jerkø utdyper prinsippets innhold på følgende måte:

«Retten står fritt både ved vurderingen av hvilke beviser som er relevante, hva det enkelte bevis kan fortelle oss, hvor sterkt beviset er og hvordan bevisene totalt sett skal vurderes.»⁷⁸

Prinsippets begrunnelse er at hensynet til sannhetssøken antas best ivaretatt ved at bevisene bedømmes uten påvirkning av fastsatte rammer.⁷⁹ Også hensynet til rettssystemets legitimitet tilsier at faktafastleggelsen må skje på en måte som allmennheten forstår og kjenner seg igjen i.⁸⁰ En fri bevisbedømmelse antas å være best for å oppnå dette.⁸¹

3.2.2.2 Frihetens grenser – kravet om rasjonell sannhetssøken

At dommerens faktafastleggelse i utgangspunkt ikke styres av rettsregler, er imidlertid ikke ensbetydende med at han på vilkårlig grunnlag kan fastlegge de faktiske forholdene i saken.⁸² Dette ville vært i strid med den grunnleggende sannhetsmålsettingen. Nettopp fordi målet er å realisere den materielle retten, er dommeren forpliktet ved lov til å søke sannhet.⁸³ Det følger blant annet av domstoloven § 141, jf. § 100 at dommeren skal forsikre at han

«vil gi vel agt paa alt, som forhandles i retten, og at han vil dømme saaledes, som han vet sandest og rettest at være efter loven og sakens bevisligheter.»

⁷⁵ Løvlie (2015) s. 148

⁷⁶ Jerkø (2015) s. 335

⁷⁷ Se Rt-2013-323 avs. 20 til illustrasjon

⁷⁸ Jerkø (2015) s. 336

⁷⁹ Løvlie (2014) s. 286

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Løvlie (2015) s. 149

⁸³ Dl. §§ 141 jf. 100 første ledd.

I prinsippet om fri bevisbedømmelse ligger ikke bare at dommeren må søke sannhet på den måte han selv måtte finne best. Plikten til sannhetssøken krever nemlig at faktumsfastleggelsen må være rasjonell og forsvarlig i lys av anerkjente vitenskapsteoretiske krav til sannhetssøken.⁸⁴ Kun på denne måten sikres sannhetsidealet og rettssystemets legitimitet.

Det klare utgangspunkt for anerkjent vitenskapsteoretisk sannhetssøken er at faktafastleggelsen må baseres på *rasjonelle, erfaringsbaserte slutninger*.⁸⁵ Dette innebærer at rettens slutninger om både bevisenes relevans, hva bevisene antyder om bevistemaet, bevisenes styrke, samt den endelige fastleggelsen av faktum, må være rasjonelle og erfaringsbaserte. Dersom faktumsfastleggelsen derimot baserer seg på mindre rasjonelle slutninger eller usikker erfaring, reduseres sjansene for et materielt riktig resultat. Hva som ligger i uttrykkene *rasjonelle slutninger basert på erfaring*, behandles nærmere i neste delkapittel.

Hvordan, og i hvilken grad, positiv innvilgelse lar seg bevise utover enhver rimelig tvil, vil nettopp forsøkes besvart ved å undersøke hvorvidt fastleggelsen lar seg basere på rasjonelle slutninger fra sikker erfaring. For å legge til rette for behandling av dette vil noen sentrale bevisteoretiske begreper defineres og settes i system i det følgende. Kun de mest sentrale begrepene for å behandle problemstillingen behandles. Dermed vil det gjøres noen avgrensninger og forenklinger underveis.

3.3 Bevisteoretiske begrepsavklaringer

3.3.1 Bevis og rettsfakta

Rettslig faktafastleggelse, også kalt bevisbedømmelse, består av avveininger av bevis for å fastlegge rettsfakta.⁸⁶ Et *rettsfaktum* defineres som en omstendighet med direkte relevans for om den aktuelle rettsvirkning inntreffer eller ikke.⁸⁷ *Bevis* er av Løvlie definert som «forhold som peker utover seg selv, og som av den grunn benyttes til å påvise eller tilbakevise påstander om andre forhold [for eksempel rettsfakta].»⁸⁸ Hvorvidt det etterspurte rettsfaktum foreligger eller ikke, omtales gjerne som bevistemaet.⁸⁹ I denne oppgaven, hvor temaet er fastleggelse av positiv innvilgelse, vil det etterspurte rettsfaktum, bevistemaet, være om gjerningspersonen har positivt innvilget vedkommende gjerningsmoment eller ikke.

⁸⁴ Løvlie (2015) s. 149

⁸⁵ Jerkø (2015) s. 336

⁸⁶ Løvlie (2015) s. 148

⁸⁷ Kolflaath (2013) s. 66

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Kjelby (2015) s. 81

3.3.2 Indre fenomener

Den tankemessige størrelsen positiv innvilgelse er et eksempel på det som i bevisteorien omtales som et *indre fenomen*.⁹⁰ Løvlie definerer indre fenomener som størrelser *i* mennesket, i motsetning til ytre fenomener som er størrelser *utenfor* mennesket.⁹¹ Fordi de indre fenomenene ikke er tilgjengelige for direkte iakttagelse slik ytre fenomener er, stiller fastleggelse av indre fenomener seg i en særstilling.⁹² Dette er temaet i det følgende.

3.3.2.1 Bevistyper: introspeksjon og ytre fenomener

Fordi vitner og bevisbedømmeren selv ikke kan iaktta gjerningspersonens indre fenomener direkte, må fastleggelsen av disse baseres på særegne bevistyper. I rettslig bevisteori er det gjerne hevdet at det finnes to kilder til kunnskap om indre fenomener.⁹³ Den første kilden er *introspeksjon*.⁹⁴ Med introspeksjon menes gjerningspersonens egen oppfatning av sine tanker og følelser. Dersom gjerningspersonen forteller om denne oppfatningen, kan bevisbedømmeren bygge fastleggelsen av indre fenomener på det. I Rt. 2005 s. 104 fremgår det at lagmannsretten bygde på et introspeksjonsbevis ved fastleggelsen av hensiktsforsett:

«[Gjerningspersonen] har i to politiavhør [...] forklart at han hadde til hensikt å drepe noen og var bevisst det han gjorde.»⁹⁵

Den andre kilden til kunnskap om indre fenomener er *ytre fenomener*.⁹⁶ At ytre fenomener kan tjene som kilde til kunnskap om indre fenomener, bygger på den generelle forutsetningen om at *tanker og forestillinger kan materialisere seg i adferd*.⁹⁷ Av den grunn kan bevisbedømmeren slutte fra gjerningspersonens adferd, til hans indre fenomener. I den tidligere nevnte Rt. 1991 s. 600 uttalte Høyesterett følgende i forbindelse med fastleggelsen av gjerningspersonens positive innvilgelse:

«Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttakelse, og det må derfor ofte bygges på slutninger fra omstendighetene ved handlingen. Således kan gjerningsmannen gjennom sin adferd ha lagt for dagen

⁹⁰ Løvlie (2014) s. 44

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Strandbakken (2003) s. 388

⁹³ Løvlie (2014) s. 171

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Rt. 2005 s. 104 avsnitt 45

⁹⁶ Løvlie (2014) s. 171

⁹⁷ *Ibid.*

at han har besluttet å foreta handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge.»⁹⁸

3.3.3 Erfaringssetninger

Som vist kan bevis *peke utover seg selv* og med benyttes til å påvise påstander om rettsfakta. Årsaken til at bevisene har denne egenskapen er følgende: *erfaring* kan tilsi at bevisets eksistens generelt *korrelerer med det fenomen bevisetmaet representerer*.⁹⁹ Basert på erfaring kan bevisbedømmeren altså slutte fra bevisfaktum til rettsfaktum.¹⁰⁰ En slik påstand om korrelasjon mellom to fenomener kalles gjerne en *erfaringssetning*.¹⁰¹

En påstand om at hensynsløs adferd korrelerer sterkt med positiv innvilgelse, er et eksempel på en *erfaringssetning*. Dersom gjerningspersonen i en straffesak opptrådte hensynsløst, kan bevisbedømmeren dermed gjøre en slutning om at gjerningspersonen trolig positivt innvilget. Erfaringssetningen gjør det altså mulig å trekke slutninger fra bevis til rettsfaktum. Det er dette som ligger i kravet om at faktafastleggelsen må bygge på *erfaringsbaserte slutninger*.¹⁰² Grunnlaget for slike påstander om korrelasjon, samt korrelasjonens styrke, tematiseres videre.

3.3.3.1 Erfaringssetningenes grunnlag

Erfaringssetninger kan ikke bygges på rene antakelser om korrelasjon. De må derimot basere seg på et tilstrekkelig *erfaringsgrunnlag*.¹⁰³ Sagt med andre ord må påstanden om korrelasjon bygge på tilstrekkelig sikre kilder. Kravet om tilstrekkelig erfaringsgrunnlag kan utledes av strpl. § 294 som slår fast at saken skal være «fullstendig opplyst», samt den grunnleggende målsettingen om materielt riktige avgjørelser.¹⁰⁴

Erfaringssetningenes grunnlag kan variere. Noen erfaringssetninger kan betegnes som alminnelige kjensgjerninger og kan være tilnærmet ubestridelige.¹⁰⁵ Slike kjensgjerninger vil sjelden nevnes eller problematiseres i den skriftlige bevisvurderingen. Andre erfaringssetninger kan være mindre *tilgjengelige* for folk flest, og erfaringssetningens grunnlag vil da kunne være gjenstand for omfattende bevisvurdering og argumentasjon.¹⁰⁶ Kun dersom slutningen fra

⁹⁸ Rt. 1991 s. 600 på side 602

⁹⁹ Løvlie (2014) s. 155

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Punkt 3.2.2.2

¹⁰³ Løvlie (2014) s. 155

¹⁰⁴ *Ibid.* s. 320

¹⁰⁵ *Ibid.* s. 157

¹⁰⁶ *Ibid.*

bevisfaktum til rettsfaktum bygger på et solid erfaringsgrunnlag, vil slutningen i betydelige grad kunne bidra til å bevise rettsfaktum utover enhver rimelig tvil.

Særlig fordi indre fenomener ikke lar seg iaktta direkte av noen andre enn aktøren selv, er det hevdet at erfaringsgrunnlaget knyttet til disse står i en særstilling.¹⁰⁷ I det følgende vil det derfor gjøres to presiseringer knyttet til indre fenomeners erfaringsgrunnlag generelt.

Den første presiseringen knytter seg til begrepet *epistemiske kriterier*. Fordi indre fenomener ikke lar seg iaktta direkte for utenforstående, er det av enkelte hevdet at det er mer treffende å beskrive fastleggelsen av dem som *kriteriestyrt*, enn erfaringsbasert.¹⁰⁸ Med dette menes at bevisbedømmeren fastlegger eksempelvis forsett i henhold til et psykologisk og sosialt skapt *rammeverk for forståelse* av dette fenomenet.¹⁰⁹ Følgende uttalelse fra Rt. 1991 s. 95, der bevistemaet var om gjerningspersonen hadde utvist hensiktsforsett, er egnet til å illustrere dette:

«Den planlegging og de målrettede handlinger som ligger bak forsøket, viser et fast forbrytersk forsett.»¹¹⁰

Uttalelsen kan trolig tolkes på to måter. På den ene siden kan uttalelsen tolkes som at *erfaring tilsier* at planlagte og målrettede handlinger korrelerer med hensikt. En slik tolkning er forenelig med den tradisjonelle begrepsbruken om erfaringsbaserte slutninger. Det kan imidlertid argumenteres for at uttalelsen heller antyder en kriteriebasert slutningsform.¹¹¹ En slik forståelse innebærer at bevisbedømmeren har bygget på et fastsatt rammeverk for forståelse av hensiktsforsett som innebærer at den som har planlagt og målrettet gjennomført et lovbrudd, direkte skal tilskrives forsett. Det blir dermed slik at bestemte ytre fenomener teller som bestemte indre fenomener.¹¹² På den måten kan det sies at faktumsfastleggelsen *objektiviseres*.¹¹³

I fremstillingen videre vil det tas utgangspunkt i den tradisjonelle terminologien som innebærer at erfaringssetninger også benyttes ved fastleggelse av indre fenomener. Det er tre grunner til det. For det første fremstår det som at denne forståelsen og begrepsbruken har bredest oppslutning i praksis og teori. Det kan vises til Rt. 2011 s. 1104 hvor førstvoterende uttaler at «når lovbyrteren ikke tilstår, vil forsettsvurderingen ofte måtte skje på grunnlag av ytre

¹⁰⁷ Løvlie (2014) s. 172

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Rt. 1991 s. 95 på side 96

¹¹¹ Løvlie (2014) s. 173

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Se Holter (2022) s. 255-258

omstendigheter, vitneprov og alminnelige erfaringssetninger.»¹¹⁴ Også Strandbakken tar til orde for denne forståelsen og uttaler at: «[m]an må ved hjelp av generelle erfaringssetninger slutte seg fra det ytre hendelsesforløp til om gjerningspersonen har utvist den nødvendige skyld.»¹¹⁵ For det andre har det vært hevdet at det er en rettssikkerhetsutfordring at fastleggelsen av indre fenomener objektiviseres, noe den kriteriestyrte terminologien trolig bidrar til.¹¹⁶ For det tredje fremholdes det at den tradisjonelle forståelse om erfaringsbaserte slutninger er et vel-egnet verktøy til bevisteoretisk domsanalyse.

Selv om den strengt kriteriebaserte beskrivelsen av slutninger om indre fenomener ikke brukes videre, er likevel teoriens hovedpoeng relevant for forståelsen av fastleggelse av indre fenomener. Også med utgangspunkt i teorien om erfaringsbaserte slutninger, vil bevisbedømmeren måtte basere sine slutninger på sine oppfatninger av det som utgjør solid funderte erfaringssetninger knyttet til vedkommende indre fenomen.¹¹⁷ Trolig kan det argumenteres for at slike solid funderte erfaringssetninger knyttet til forståelse og påvisning av vedkommende indre fenomen nettopp kan omtales som et epistemisk rammeverk. At for eksempel målrettet opptreden *typisk anses* for å korrelere med hensikt, er et eksempel på en slik objektivisering av faktafastleggelsen.¹¹⁸ Uansett hvordan man forstår fastleggelsen av indre fenomener, er det trolig vanskelig å komme utenom dette objektive preget.¹¹⁹ Muligens kan det argumenteres for at forskjellen mellom teoriene om kriteriestyrt og erfaringsbasert fastleggelse av indre fenomener ikke veldig stor.

Hva som er innholdet av dette rammeverket, altså hvilke fornuftige og allment aksepterte erfaringssetninger som finnes, er både teori-, person-, situasjons- og kulturavhengig.¹²⁰ Dermed kan det ofte knytte seg usikkerhet til erfaringsgrunnlaget når det trekkes slutninger om indre fenomener. Dette vil medføre at slutningene om rettsfaktum også er beheftet med usikkerhet.

Høyesterett har imidlertid uttalt seg generelt om temaet og slått fast at slutninger fra bevisfakta til rettsfakta skal bygge på «sunn fornuft» og det «allment aksepterte».¹²¹ Eckhoff hevder det samme og uttaler at bevisbedømmeren skal trekke slutninger basert på det «som etter livets vanlige gang er naturligst å anta (hva som har formodningen for seg).»¹²² Når det i

¹¹⁴ Rt. 2011 s. 1104 avs. 19

¹¹⁵ Strandbakken (2003) s. 388

¹¹⁶ Se Holter (2022) s. 255-258

¹¹⁷ Jerkø (2015) s. 39

¹¹⁸ Se Rt. 2005 s. 104 avsnitt 45, Rt. 1991 s. 95 på side 96 og LG-2022-105927

¹¹⁹ Holter (2022) s. 255-258

¹²⁰ Løvlie (2014) s. 176

¹²¹ Rt. 1974 s. 382 på side 385

¹²² Eckhoff (1943) s. 10-11

analysekapittelet vurderes hvorvidt de ulike bevisene kaster lys over den positive innvilgelsen, tas det blant annet utgangspunkt i disse kravene. I hvilken grad bygger påstandene om generell korrelasjon mellom bevisfaktumet og positiv innvilgelse på det fornuftige og allment aksepterte?

Den andre presiseringen knyttet til de indre fenomenenes erfaringsgrunnlag, gjelder bevisbedømmerens bruk av egen *introspeksjonserfaring*. Som vist over kreves det at slutningene fra bevisfaktum til rettsfaktum bygger på fornuftige og allment aksepterte påstander om korrelasjon. En hyppig brukt kilde til kunnskap om slik korrelasjon er *bevisbedømmerens egen introspeksjonserfaring*.¹²³ Med bruk av analogiargumenter fra bevisbedømmerens egen erfaring om korrelasjon mellom ytre adferd på den ene siden, og indre fenomener på den andre, kan han altså trekke slutninger om gjerningspersonens indre fenomener.¹²⁴

Dersom bevistemaet er om gjerningspersonen positivt innvilget gjerningsbeskrivelsen eller ikke, kan det tenkes at bevisbedømmeren bygger på følgende personlige erfaring: *når jeg handler på liknende måte som gjerningspersonen har gjort her, har jeg vanligvis akseptert skadefølgen, og dermed positivt innvilget den*. Når bevisbedømmerens egen introspeksjonserfaring tjener som erfaringsgrunnlag på denne måten, bygger det på en forutsetning om at indre fenomener materialiserer seg i adferd på nokså lik måte hos folk flest og følgelig at bevisbedømmerens erfaring er relativt representativ.¹²⁵ Dersom bevisbedømmeren ikke uttrykkelig viser til andre erfaringsgrunnlag når det sluttes om indre fenomener, er det grunn til å tro at han bygger på slik introspeksjonserfaring og hans egen oppfatning av det fornuftige og allment aksepterte. I analysekapittelet vil jeg blant annet vurdere nettopp hvorvidt de underliggende erfaringssetningene kan antas å representere det allment aksepterte og fornuftige.

3.3.3.2 Erfaringssetningenes styrke

At erfaringsgrunnlaget er solid, betyr ikke nødvendigvis at det kan gjøres sikre slutninger om bevistema i den enkelte sak. For at faktum kan anses bevist utover enhver rimelig tvil må erfaringssetning(en) også være tilstrekkelig *sterk(e)*.¹²⁶ Med erfaringssetningens styrke menes her hvor sterk korrelasjon det hevdes å være mellom de aktuelle fenomenene. Dersom det er grunn til å påstå at det er sterk korrelasjon mellom beviset og det fenomen som bevistemaet representerer, taler beviset med høy grad av sikkerhet for at det etterspurte fenomenet faktisk foreligger.¹²⁷ Dersom den påståtte korrelasjonen derimot er svakere, kan beviset fortsatt tale for at det

¹²³ Løvlie (2014) s. 72

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Løvlie (2014) s. 72

¹²⁶ *Ibid.* s. 157

¹²⁷ *Ibid.*

etterspurte fenomenet faktisk foreligger, men slutningen vil da være beheftet med større usikkerhet.¹²⁸

Eksempelet fra forrige delkapittel kan illustrere dette. Bevisbedømmerens egen introspeksjons-erfaring tilsier at han *nokså ofte* har innvilget en skadefølge, dersom han handler på liknende måte som gjerningspersonen har gjort. Det kan dermed slutes fra gjerningspersonens adferd til positiv innvilgelse. Slutningen er imidlertid beheftet med usikkerhet fordi den påståtte korrelasjonen ikke er særlig sterk.¹²⁹ Det vil dermed kreves mer, typisk andre bevis i tillegg, for å kunne legge den positive innvilgelsen til grunn i straffesaken.

3.3.3.3 Foreløpig oppsummering og videre fremstilling

Over er det vist at det er to forutsetninger for å kunne trekke sikre slutninger om bevistema. For det første må påstanden om korrelasjonen mellom det bevistemaet og den typen fenomen bevistemaet representerer, ha et solid grunnlag. For det andre må det være grunn til å påstå at korrelasjonen er relativt sterk. Kun dersom slutningene samlet er så sikre at de eliminerer enhver rimelig tvil knyttet til bevistemaet, skal faktumet legges til grunn i en straffesak.

Med utgangspunkt i Kolflaaths hypotesebaserte formulering av beviskravet fremholdes følgende: dersom bevisene samlet lar seg forklare på andre plausible måter enn at gjerningspersonen er skyldig, er ikke enhver rimelig tvil knyttet til skylden eliminert, og skylden skal følgelig ikke fastlegges.

Hvordan og hvorvidt positiv innvilgelse lar seg bevise utover enhver rimelig tvil, er tema i de følgende kapitlene. Først vil problemstillingen tilnærmes med en praktisk innfallsvinkel, gjennom analyser av de bevistyper som vanligvis brukes ved fastleggelse av positiv innvilgelse. Deretter vil den positive innvilgelsens bevisbarhet diskuteres generelt.

4 Bevisanalysene

4.1 Innledende presiseringer

4.1.1 Fremstilling og metode

I dette kapitlet er temaet hvordan positiv innvilgelse i praksis fastlegges. Basert på bevisteoretiske analyser av nyere lagmannsrettspraksis, vil jeg identifisere og analysere typiske bevis som i praksis benyttes ved fastleggelsen av positiv innvilgelse. Videre vil jeg vurdere hvorvidt disse bevistypene *generelt* er egnet til å bevise positiv innvilgelse utover enhver rimelig tvil.

¹²⁸ Løvlie (2014) s. 157

¹²⁹ Se uttrykket «nokså ofte» tidligere i avsnittet.

Når bevistypenes evne til å kaste lys over positiv innvilgelse behandles, er vurderingstemaet i hvilken grad slutningene er basert på fornuftige og allment aksepterte påstander om korrelasjon.¹³⁰ Ettersom faktafastleggelsen i utgangspunktet er fri fra rettslig regulering, finnes det imidlertid ikke autoritative rettskilder som denne vurderingen kan bygge direkte på.¹³¹ Vurderingene bygger derfor delvis på analogiargumenter fra rettspraksis, juridisk teori og noe vitenskapelig forskning om psykologiske prosesser og deres materialisering i adferd. Vurderingene bygger imidlertid også i stor grad på undertegnede introspeksjonserfaringer og oppfatninger av det fornuftige og allment aksepterte, på samme måte som dommeres bevisvurderinger langt på vei gjør.¹³²

Bevisanalysen bygger på de siste seks lagmannsrettsdommene hvor *dolus eventualis* er anvendt.¹³³ Det er LA-2021-83553, her omtalt som *Randommen*, LE-2021-35918, her omtalt som *Seksuell omgang-dommen*, LB-2020-151517, her omtalt som *Narkotikadom 1*, LH-2020-115894, her omtalt som *Narkotikadom 2*, LA-2020-126386, her omtalt som *Knivstikkingdommen* og til slutt LB-2019-172918, her omtalt som *Drapsforsøksdommen*. Samtlige av avgjørelsene er rettskraftige.

Det er primært to grunner til at domsutvalget er gjort på denne måten. For det første er det grunn til å anta at disse gir best uttrykk for gjeldende praksis. For det andre viser utvalget at dommene ikke er håndplukket fordi de er særlig egnet til å illustrere enkelte poenger. Også utvalget av de bevis som trekkes frem i analysene er gjort med det siktemål å gi et helhetlig inntrykk av hvordan positiv innvilgelse typisk bevises i praksis. Jeg vil altså behandle samtlige bevis typer som synes å ha vært sentrale i avgjørelsene.

De typiske bevisene som brukes ved fastleggelsen av positiv innvilgelse vil i denne avhandlingen kategoriseres i to bevisgrupper basert på grunnleggende fellestrekk. Analysekapittelet er dermed delt opp i to underkapitler hvor hver bevisgruppen behandles hver for seg. De respektive underkapitlene innledes med en presentasjon av bevisgruppen, samt enkelte utdrag fra dommene hvor bevisgruppen er representert. Deretter analyseres bevisgruppens generelle evne til å kaste lys over bevistemaet, den positive innvilgelsen.

4.1.2 Den skriftlige bevisbedømmelsen og bevisumiddelbarhet

Avslutningsvis i denne innledningen må det gjøres en presisering knyttet til forholdet mellom den faktiske bevisbedømmelsen, og den skriftlige redegjørelsen for den i domsgrunnene.

¹³⁰ Se punkt 3.3.3.1

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ De siste seks dommene som per 1. mars 2023 var tilgjengelige på Lovdata.

Ettersom bevisanalysene her bare bygger på den skriftlige redegjørelsen for bevisvurderingen, er det flere grunner til å utvise forsiktighet med å rette kritikk mot bevisvurderingen i den konkrete sak.

For det første er det klart at bevisbedømmelsen i sin helhet ikke kommer til uttrykk i domsgrunnene.¹³⁴ Det følger av straffeprosessloven § 40 fjerde ledd at den skriftlige begrunnelsesplikten i inneværende sakstype er begrenset til å omfatte «hovedpunktene i bevisvurderingen».¹³⁵ Det innebærer at en del poeng som er utelatt fra den skriftlige redegjørelsen trolig er behandlet i den faktiske bevisvurderingen. En annen feilkilde er at hovedpunkter i bevisvurderingen ved en feil kan ha blitt utelatt fra den skriftlige redegjørelsen, men likevel har vært forsvarlig behandlet i den faktiske bevisvurderingen.

Her legges det imidlertid til grunn at hovedpunktene i bevisbedømmelsen slik den har foregått under rådslagningen gjenspeiles i domsgrunnene i tilstrekkelig grad til at det kan gjøres nyttige analyser av faktafastleggelsen. Som grunnlag for dette kan det vises til begrunnelsesplikten som nettopp fastslår at de sentrale deler av bevisvurderingen skal tas med i domsgrunnene. I Rt. 2009 s. 1439 ble det uttalt at det «må fremgå hvorfor et bestemt bevisresultat legges til grunn.»¹³⁶ I HR-2020-2117-A, den nevnte filleristingssaken, opphevet retten lagmannsrettens dom fordi det ikke i tilstrekkelig grad var pekt på «bevismomenter som underbygger at [gjerningspersonen] tok et bevisst valg om å [handle], selv om det skulle føre til at [gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles]»¹³⁷

For det andre presiseres det at retten, i motsetning til undertegnende, har hatt umiddelbar tilgang til bevisene. Dette antas å være sannhetsfremmende.¹³⁸ At Høyesterett stadig viser til bevisumiddelbarhetsprinsippet som begrunnelse for å ikke overprøve lagmannsrettens faktafastleggelse, selv i situasjoner hvor «det er grunn til å reise spørsmål ved den», illustrerer dette.¹³⁹ Samme argument taler for at det bør utvises forsiktighet med å uttale seg om den enkelte bevisvurderingens forsvarlighet kun basert på den skriftlige redegjørelsen for den.

Av disse grunnene presiseres det at siktemålet med bevisanalysene ikke er å vurdere om den positive innvilgelsen i de enkelte sakene kan anses bevist utover enhver rimelig tvil. Siktemålet er derimot å identifisere de mest sentrale bevisene som benyttes, og vurdere hvorvidt slike bevis generelt kan bidra til en forsvarlig fastleggelse av positiv innvilgelse i straffesaker.

¹³⁴ Øyen (2016) s. 460

¹³⁵ Strpl. § 40 fjerde ledd

¹³⁶ Rt. 2009 s. 1439 avsnitt 28

¹³⁷ HR-2020-2117-A avs. 32

¹³⁸ Løvlie (2014) s. 309

¹³⁹ *Ibid.*

4.2 Bevis som knytter seg til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles

4.2.1 Innledning

Den første hovedgruppen av bevis som behandles er de som knytter seg direkte til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen, på gjerningstidspunktet, ville oppfylles. Basert på de analyserte dommene deler jeg denne hovedgruppen i to underkategorier: *sannsynlighetsbevis* og *hensynsløshetsbevis*. Sannsynlighetsbevisene er bevis som sier noe om hvor sannsynlig gjerningsbeskrivelsens oppfyllelse fremsto for gjerningspersonen. Hensynsløshetsbevisene er bevis som kaster lys over gjerningspersonens påvirkning av risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles. Felles for bevisstypene er at de kaster lys over hvor stor risiko gjerningspersonen var villig til å ta, med hensyn til gjerningsbeskrivelsens oppfyllelse. Før bevisgruppen analyseres, vil det gis noen eksempler på bruk av slike bevis i de analyserte dommene.

4.2.2 Sannsynlighetsbevis

4.2.2.1 Eksempler fra de analyserte dommene

Sannsynlighetsbevisene innebærer at gjerningspersonen valgte å handle *selv om han opplevde sannsynligheten for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles som relativt høy*. I flere av dommene fremkommer det eksplisitt at denne bevisstypen er benyttet ved fastleggelsen av den positive innvilgelsen. To eksempler er LA-2020-126386, *Knivstikkingdommen* og LH-2020-115894, *Narkotikadom 1*.

I Knivstikkingdommen ble en gjerningsperson dømt til ungdomsstraff for medvirkning til grov kroppsskade. Gjerningspersonen hadde lurt fornærmede med seg til et sted hvor en voldsutøver stod klar til å knivstikke ham. Retten la til grunn at gjerningspersonen trodde at fornærmede ville utsettes for vold, men ikke at han trodde det ville brukes kniv. Retten kom likevel til at gjerningspersonen utviste *dolus eventualis* med hensyn til selve knivstikkingen. Under fastleggelsen av den positive innvilgelsen, bygget retten blant annet på det bevisfaktum at gjerningspersonen hadde sett at voldsutøveren fektet med en kniv kort tid før hendelsen.¹⁴⁰

I Narkotikadom 1 ble gjerningspersonen straffet for innføring av fem kg amfetamin til Norge. Han hadde imidlertid blitt fortalt at pakken inneholdt hasj. Retten fant det ikke bevist at gjerningspersonen trodde at pakken inneholdt farligere stoffer som amfetamin eller liknende, men kom til at gjerningspersonen utviste *dolus eventualis* med hensyn til dette. Under fastleggelsen av positiv innvilgelse, viste retten til at det forelå «tydelige signal» om at pakken inneholdt farligere stoffer enn hasj.¹⁴¹

¹⁴⁰ LA-2020-126386, tredje siste avsnitt under overskriften «Lagmannsrettens vurdering:»

¹⁴¹ LH-2020-115894, tiende avsnitt under overskriften «Skyldspørsmålet:»

Det er grunn til å tro at sannsynlighetsbevis også er benyttet ved fastleggelsen av positiv innvilgelse i flere av dommene hvor dette ikke fremkommer eksplisitt. Grunnen til det er at det under fastleggelsen av grunnvilkåret, ofte er antydning eller uttrykt eksplisitt at gjerningspersonen oppfattet sannsynligheten for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles som relativt høy. To eksempler på dette er LE-2021-35918, *Seksuell omgang-dommen*¹⁴² og LA-2021-83553, *Randommen*¹⁴³.

4.2.2.2 Støtte i rettskildene

Gjerningspersonens opplevde sannsynlighet for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, er både i praksis og teori trukket frem som et typisk bevisfaktum med relevans for fastleggelsen av positiv innvilgelse.¹⁴⁴ I Rt. 1980 s. 979 uttalte Høyesterett at bevisvurderingen knyttet til positiv innvilgelse nettopp involverer «[...] en vurdering av hvor nær eller fjern muligheten for skadefølgen vil måtte fremstille seg».¹⁴⁵ Det hevdes altså at jo høyere gjerningspersonen opplevde sannsynligheten for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, jo mer trolig er det at gjerningspersonen positivt innvilget vedkommende gjerningsmoment da han likevel valgte å handle.

4.2.3 Hensynsløshetsbevis

4.2.3.1 Eksempler fra de analyserte dommene

Den andre bevistypen som knytter seg direkte til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, omtales her som *hensynsløshetsbevis*. Denne bevistypen innebærer at gjerningspersonen har handlet særlig hensynsløst i forhold til vedkommende gjerningsmoment og med det økt risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles. I eksempelvis LA-2021-83553, *Randommen* og LB-2019-172918, *Drapsforsøksdommen* la retten vekt på denne typen forhold ved fastleggelsen av positiv innvilgelse.

I Drapsforsøksdommen, ble tre gjengmedlemmer dømt for medvirkning til drapsforsøk. I en gjengkonfrontasjon ble fornærmede skutt og påført livstruende skader, men det var ikke klart hvem av de tre gjengmedlemmene som hadde avfyrt skuddet. Retten fant at gjerningspersonene uansett hadde medvirket til drapsforsøket og utvist dolus eventualis med hensyn til dette. Under fastleggelsen av den positive innvilgelsen, ble det blant annet lagt vekt på at gjerningspersonene tidlig i konfrontasjonen hadde tatt frem våpen og tatt ladegrep.¹⁴⁶

¹⁴² LE-2021-35918, niende avsnitt under overskriften «Tiltaltes subjektive skyld»

¹⁴³ LA-2021-83553, 19. avsnitt under overskriften «3. Skyldspørsmålet»

¹⁴⁴ Stigen (2010) s. 589.

¹⁴⁵ Rt. 1980 s. 979 på side 980

¹⁴⁶ LB-2019-172918, nest siste avsnitt under overskriften «Subjektiv skyld – drapsforsøk»

I Randommen ble en gjerningsperson dømt for medvirkning til grov vold utøvet under et ran. Gjerningspersonen deltok ikke i selve ranet og var ikke til stede da det ble utøvet grov vold. Retten kom til at gjerningspersonen likevel hadde utvist *dolus eventualis* med hensyn til volden. Under bevisvurderingen ble det særlig lagt vekt på at gjerningspersonen hadde anskaffet og forberedt våpenet som ble brukt til å utøve volden.¹⁴⁷

4.2.3.2 Støtte i rettskildene

At gjerningspersonen handlet hensynsløst i forhold til vedkommende gjerningsmoment, er i både teori og praksis trukket frem som relevant ved fastleggelse av positiv innvilgelse.¹⁴⁸ I Rt. 2005 s. 83, en sak som ligner Randommen, ble lagmannsrettens fastleggelse av positiv innvilgelse lagt til grunn. Den bygget hovedsakelig på at gjerningspersonens handlinger var planlagte og målrettede med hensyn til risikoens realisering, samt at hans etterfølgende opptreden viste en «fullstendig neglisjering» av dette.¹⁴⁹ Også i Rt. 2009 s. 750 la Høyesterett lagmannsrettens bevisvurdering til grunn. Her hadde hensynsløshetsbeviset talt i motsatt retning. Det ble nemlig pekt på at gjerningspersonen, før han avfyrte en rekke pistolskudd mot et hus, foretok rekognosering for å undersøke om det befant seg personer i huset.¹⁵⁰ Dette talte for at han *ikke* hadde innvilget den skadefølge at noen i huset ville bli truffet.

4.2.4 Bevisanalyse

Her er det vist at gjerningspersonens demonstrerte aksept av høy risiko for at gjerningsbeskrivelsen oppfylles, er et bevis som stadig benyttes ved fastleggelse av positiv innvilgelse. I det følgende vil det vurderes hvorvidt slik adferd generelt kan kaste lys over dette bevistemaet. For å ta stilling til dette vil de underliggende erfaringssetningene identifiseres og vurderes.¹⁵¹

Bevistemaet er som vist om gjerningspersonen bestemte seg for at han ville handlet også dersom gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles, eller ikke. På den ene siden kan dette indre fenomenet forstås som *ett* bevistema. Spørsmålet er da om gjerningspersonen bestemte seg for dette eller ikke. Basert på inntrykket av praktisk fastleggelse av positiv innvilgelse, kan det imidlertid argumenteres for at bevistemaet kan *faktoriseres* til to underbevistemaer. Det ene bevistemaet er om gjerningspersonen, på gjerningstidspunktet, tok stilling til om han ville handlet også i et hypotetisk scenario hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. Det andre bevistemaet er om gjerningspersonen konkluderte positivt på dette spørsmålet. En alternativ formulering av

¹⁴⁷ LA-2021-83553, det 19. avsnittet i dommens punkt 3.

¹⁴⁸ Stigen (2010) s. 628

¹⁴⁹ Rt. 2005 s. 83 avs. 15-17

¹⁵⁰ Rt. 2009 s. 750 avs. 91

¹⁵¹ Se punkt 3.3.3

sistnevnte er om gjerningspersonen demonstrerte at han ville handlet også om gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. Grøning, Husabø og Jacobsen anbefaler en liknende todelt tilnærming til bevistemaet.¹⁵²

Samtlige bevisanalyser i denne avhandlingen vil deles i to på denne måten. Først behandles hvorvidt det aktuelle beviset kaster lys over om gjerningspersonen viste at han ville handlet på samme måte i det hypotetiske scenario hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. Dette omtales her som *innvilgelsens hypotetiske aspekt*. Deretter behandles hvorvidt gjerningspersonen, på gjerningstidspunktet, faktisk tok bevisst stilling til om han ville handlet også i det hypotetiske scenarioet. Dette omtales her som *innvilgelsens positive aspekt*.

Det er primært to årsaker til at analysene vil deles opp på denne måten. For det første lar innvilgelsens to aspekter seg fastlegge på litt ulike måter. Det vil nemlig bli vist at et bevis som kaster lys over det ene aspektet, ikke nødvendigvis kaster lys over det andre.¹⁵³ For det andre illustrer oppdelingen tydelig hvordan den positive innvilgelsesteori som gjelder i norsk rett, skiller seg fra den hypotetiske innvilgelsesteorien. Som vist er det nemlig innvilgelsens positive aspekt som skiller gjeldende innvilgelsesvilkår fra den avviste hypotetiske innvilgelsesteorien.¹⁵⁴

4.2.4.1 *Det hypotetiske aspektet*

Først vurderes det hvorvidt gjerningspersonens aksept av høy risiko generelt kan kaste lys over innvilgelsens hypotetiske aspekt. Først vurderes det om det er grunnlag for å trekke slutninger fra bevisgruppen til bevistemaet overhode. Deretter vurderes det hvor sikre slutninger det generelt er grunnlag for å trekke.

4.2.4.1.1 *Erfaringsgrunnlag*

En erfaringssetning som kan knytte bevisgruppen til innvilgelsens hypotetiske aspekt er følgende: jo høyere risiko aktøren er villig til å ta, jo mer sannsynlig er det at aktøren ville handlet på samme måte også om det fremstod sikkert at risikoen ville materialiseres.

Det kan argumenteres for at en slik påstand om korrelasjon bygger på sunn fornuft og det allment aksepterte. Som grunnlag for dette vises det for det første til at domstolene trolig stadig trekker slutninger basert på denne påstanden.¹⁵⁵ Dessuten er sannsynlighets- og hensynsløshetsbevisene trukket frem i juridisk teori som relevant ved fastleggelsen av positiv innvilgelse.¹⁵⁶

¹⁵² Grøning (2019) s. 234.

¹⁵³ Se punkt 4.2.4.2 og 4.3.3.2

¹⁵⁴ Punkt 2.2.2.2

¹⁵⁵ Se punkt 4.2.2 og 4.3.3

¹⁵⁶ Stigen (2010) s. 590

Dette taler for at påstanden om korrelasjon mellom fenomenene er allment akseptert. Også undertegnede introspeksjonserfaring og oppfatning av det allment aksepterte resonnerer godt med dette. Jo høyere risiko man er villig til å akseptere, jo mer trolig er det at man også ville akseptert den sikre materialisering av risikoen. Motsetningsvis er det grunn til å tro at en som ikke ville akseptert et gitt utfall, heller ikke ville akseptert en høy risiko for dette. At Kahneman hevder at mennesker generelt er *risikoaverse* og styrer unna selv mindre risikoer for uønskede resultater, underbygger dette.¹⁵⁷ Basert på dette kan det altså argumenteres for at bevis i denne gruppen i prinsippet kan tale i retning av at gjerningspersonen ville ha handlet også dersom det fremstod sikkert at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles.

I denne forbindelse må det gjøres en presisering. Basert på det overnevnte kan det nemlig argumenteres for at gjerningspersons *generelle hensynsløshet* ikke er relevant ved fastleggelsen av positiv innvilgelse. Hensynsløsheten må derimot være knyttet direkte til aktualiseringen av vedkommende gjerningsmoment for at den skal kaste lys over innvilgelsen. Randommen gir et godt eksempel på dette; ved å anskaffe og forberede voldsvåpenet bidro gjerningspersonen nettopp til å øke risikoen for at vedkommende gjerningsmoment, grov vold, ville aktualiseres.

Et eksempel på hensynsløshet som trolig *ikke* knytter seg direkte til aktualiseringen av vedkommende gjerningsmoment, finnes i Knivstikkingdommen. Under fastleggelsen av den subjektive skyld viste retten blant annet til at gjerningspersonen opptrådte insisterende og utspekulert for å lure med seg fornærmede til voldsutøveren.¹⁵⁸ Det kan imidlertid argumenteres for at denne insisterende og utspekulerte opptredenene ikke kan knyttes direkte til vedkommende gjerningsmoment, knivstikkingen. Ved å lure med seg fornærmede på en insisterende og utspekulert måte har gjerningspersonen klart nok bidratt til å øke sannsynligheten for at fornærmede ville utsettes for vold generelt. Adferden har imidlertid ikke økt sannsynligheten for at det ville bli utøvd knivstikking istedenfor mindre alvorlig vold.

I dette delkapittelet er det vist at gjerningspersonens utviste aksept av høy risiko for at gjerningsbeskrivelsen vil oppfylles, kan tale for at han ville handlet også dersom det fremstod sikkert at risikoen ville aktualiseres.

4.2.4.1.2 Erfaringssetningenes styrke

Selv om det er grunnlag for å hevde at det korrelasjon mellom slik demonstrert aksept av høy risiko på den ene siden, og innvilgelsens hypotetiske aspekt på den andre, er det ikke dermed klart at det kan gjøres *sikre* slutninger fra det ene til det andre i enkelttilfeller.¹⁵⁹ Det neste som

¹⁵⁷ Kahneman (2012) s. 334

¹⁵⁸ Tredje siste avsnitt under «Lagmannsrettens vurdering»

¹⁵⁹ Punkt 3.3.3.2

vrderes er erfaringssetningens styrke; med hvor stor sikkerhet kan man slutte fra denne bevisgruppen, til at gjerningspersonen ville handlet på samme måte i et tilfelle hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles? Svaret på dette vil naturligvis variere fra bevis til bevis og fra situasjon til situasjon. Siktemålet her er derfor å knytte noen generelle bemerkninger til denne bevisgruppens overbevisningskraft i *dolus eventualis*-tilfeller.

Som vist i punkt 3.3.2.1 er det de indre fenomenenes tendens til å materialisere seg i adferd som gjør det mulig å fastlegge subjektiv skyld basert på ytre fenomener. Det er altså forutsatt at menneskers oppfatninger og ønsker i situasjonen kan vise seg gjennom gjerningspersonens adferd.¹⁶⁰ Et særtrekk ved bevistemaet her er imidlertid at gjerningspersonens villighet til å handle knytter seg til en hypotetisk situasjon som ikke korresponderer med den faktiske gjerningssituasjonen.¹⁶¹ Med dette menes at gjerningspersonens vilje til å handle ikke knytter seg til den aktuelle situasjonen, men til en annen. Det er altså et *gap* mellom situasjonen bevisbedømmeren må trekkes slutninger fra, til den situasjonen bevistemaet knytter seg til.

Dersom den faktiske situasjonen det trekkes slutninger fra, og den hypotetiske situasjonen det trekkes slutninger til, er svært like, er det omtalte *gapet* lite. Om det er tilfelle, kan det argumenteres for at det kan gjøres nokså sikre slutninger.¹⁶² Dersom det er klart at gjerningspersonen, på gjerningstidspunktet, aksepterte en *svært høy risiko* for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, er det altså relativt god grunn til å tro at gjerningspersonen ville handlet på samme måte også om han anså det som sikkert av gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles. Som vist tidligere er imidlertid situasjonen en annen i *dolus eventualis*-tilfellene. At retten ikke har fastlagt sannsynlighetsforsett, innebærer nemlig at retten ikke har funnet det bevist at gjerningspersonen anså det som sannsynlig at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles.¹⁶³ Til tross for at gjerningspersonen, i eksempelvis Knivstikkingdommen, så voldsutøverens kniv og likevel hentet fornærmede til ham, har altså retten ikke funnet det bevist at gjerningspersonen mente fornærmede sannsynligvis ville knivstikkes. Bevisbedømmeren må dermed trekke slutninger fra gjerningspersons adferd i en situasjon hvor det er usikkert om han i det hele tatt anså det som sannsynlig at knivstikking ville skje, til hans adferd i et hypotetisk scenario hvor knivstikking sikkert ville skje. I *dolus eventualis*-tilfeller vil det dermed alltid være et gap mellom den faktiske situasjonen bevisbedømmeren trekker slutninger fra, til det hypotetiske scenarioet bevistemaet knytter seg til. Det kan argumenteres for at dette poenget generelt svekker bevisgruppens overbevisningskraft.

¹⁶⁰ Punkt 3.3.2.1

¹⁶¹ Stigen (2010) s. 590

¹⁶² Punkt 4.2.4.1.1

¹⁶³ Punkt 2.2.1

Den særlige usikkerheten knyttet til å trekke slutninger fra gjerningspersonens adferd i en situasjon, til hvordan han ville handlet dersom situasjonen var annerledes, er adressert både i forarbeidene og juridisk teori.¹⁶⁴ Under utarbeidelsen av ny straffelov uttalte Straffelovkommissjonen seg blant annet om den *hypotetiske innvilgelsens* bevisbarhet.¹⁶⁵ Kommisjonen påsto der at fastleggelsen av hypotetisk innvilgelse byr på «uvanlig store bevisproblemer».¹⁶⁶ Hovedbegrunnelsen for dette var nettopp de særlige utfordringene knyttet til å fastlegge hva en person ville gjort i et hypotetisk scenario, basert på hans handlinger i en annen situasjon.¹⁶⁷ Stigen tar samme standpunkt og fremholder følgende:

«Hvordan en person har handlet i en gitt situasjon kan fortelle oss mye om hva vedkommende har tenkt og villet. Men når «beslutningsgrunnlaget» (at overtredelsen framstod som sikker) ikke korresponderer med virkeligheten (at overtredelsen bare framstod som en mulighet), blir utledningen mer usikker. Det er begrenset hva man fra en persons atferd i situasjon S1 kan slutte om hva vedkommende ville ha gjort i situasjon S2[...]»¹⁶⁸

Under utarbeidelsen av straffeloven uttalte også Forsvarergruppen av 1977 seg om innvilgelsens bevisbarhet. Gruppen hevdet at gjerningspersonens handlinger ikke gir et «verdifullt bevismessig bidrag» ved fastleggelsen av *dolus eventualis*, i motsetning til ved fastleggelsen av alminnelig forsett.¹⁶⁹ Hvilke argumenter denne påstanden bygger på, fremgår ikke eksplisitt. Basert på argumentasjonen over, er det imidlertid grunn til å tro at den blant annet kan være begrunnet med det omtalte *gapet* mellom den gjerningssituasjonen og scenarioet bevistemmet knytter seg til. Også Skeie adresserer denne problematikken. Han hevdet at om

«*dolus* [skal] konstateres etter en formodning om hvorledes tiltalte ville ha handlet under en annen forutsetning enn den virkelige, må det i alle fall i mange tilfelle skje på grunnlag av en karaktervurdering.»¹⁷⁰

Hvordan generelle karakterbetraktninger kan bidra til en forsvarlig fastleggelse av positiv innvilgelse, kommer jeg tilbake til i punkt 4.3. Poenget her er at også Skeie mente at slutninger fra denne bevisgruppen til positiv innvilgelse er beheftet med stor usikkerhet.

¹⁶⁴ NOU 1992: 23 s. 117 og Stigen (2010) s. 590

¹⁶⁵ NOU 1992: 23 s. 117

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Stigen (2010) s. 590

¹⁶⁹ Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 117

¹⁷⁰ Skeie (1946) s. 225

At gjerningspersonen aksepterte en relativt høy risiko for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, er klart nok klanderverdig. Derfor vil slik hensynsløshet gjerne tale med styrke for at gjerningspersonens eventuelle uaktsomhet er grov.¹⁷¹ At adferden tydelig er svært klanderverdig har imidlertid ikke i seg selv noen betydning for fastleggelsen av forsettet. Her er det argumentert for at slik demonstrert risikoaksept kun i begrenset grad kaster lys over om gjerningspersonen ville handlet på samme måte dersom gjerningsbeskrivelsen sikkert ville materialiseres. Selv om bevisgruppen kan tale i retning av dette, kan det altså argumenteres for at slike bevis alene vil gi et beskjedent bidrag når innvilgelsens positive aspekt skal bevises utover enhver rimelig tvil.

4.2.4.2 *Det positive aspektet*

At gjerningspersonen har vist at han ville handlet på samme måte også om gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles, er som påpekt ikke tilstrekkelig for å konstatere positiv innvilgelse. Dette vil kun innebære hypotetisk innvilgelse.¹⁷² I det følgende vurderes det hvorvidt gjerningspersonens aksept av risiko for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles kan kaste lys over innvilgelsens positive aspekt. Spørsmålet er altså hvordan bevisgruppen kaster lys over om gjerningspersonen, på gjerningstidspunktet, bevisst tok stilling til om han ville handlet på samme måte også i det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. På samme måte som tidligere vurderes det først om det er grunnlag for å trekke slutninger fra bevisgruppen til bevistemaet overhodet. Deretter knyttes det noen bemerkninger til hvor sikre slutninger det generelt er grunnlag for å trekke.

4.2.4.2.1 *Erfaringsgrunnlag*

En erfaringssetning som kan knytte bevis i denne bevisgruppen til innvilgelsens positive aspekt er følgende: jo høyere risiko gjerningspersonen aksepterer, jo mer sannsynlig er det at han tar stilling til hvordan han ville forholdt seg i det hypotetiske scenarioet hvor risikoen sikkert materialiseres.

Det kan argumenteres for også denne påstanden om korrelasjon bygger på sunn fornuft og det allment aksepterte. For det første kan det vises til at denne bevistypen er trukket frem i både rettspraksis og juridisk teori som relevant ved fastleggelsen av positiv innvilgelse.¹⁷³ Det indikerer trolig at folk flest mener at forholdene korrelerer. Dessuten vises det til at undertegnede introspeksjonserfaring tilsier det samme. Jo høyere risiko jeg tar, jo oftere tar jeg stilling til

¹⁷¹ I Rt. 1995 s. 952 ble gjerningspersonen dømt for grov uaktsomhet etter å ha kjørt på en fotgjenger. Ved vurderingen av om uaktsomheten var grov ble det lagt vekt på at gjerningspersonen bevisst hadde akseptert en høy risiko ved å kjøre uforsiktig.

¹⁷² Punkt 2.2.2.2

¹⁷³ Punkt 4.2.3.2

hvordan jeg ville forholdt meg dersom risikoen sikkert aktualiserte seg. Grunnen til det er trolig at jo høyere risikoen er, jo mer *relevant* oppleves scenarioet hvor risikoen sikkert realiseres.

Basert på argumentasjonen over hevdes det her at påstanden om korrelasjon mellom aksept av relativt høy risiko, og positiv innvilgelse, bygger på det fornuftige og allment aksepterte. Bevisgruppen kan dermed tale for positiv innvilgelse. Knivstikkingdommen kan illustrere dette. At gjerningspersonen valgte å hente fornærmede til voldsutøveren etter han hadde sett voldsutøverens kniv, viser at han trolig aksepterte en relativt høy risiko for knivstikking. Dette kan tale i retning av at gjerningspersonen tok stilling til om han ville medvirket også i et tilfelle hvor fornærmede sikkert ville bli knivstukket.

4.2.4.2.2 Erfaringssetningens styrke

Det neste spørsmålet som reiser seg, knytter seg til korrelasjonens styrke. Med hvor stor sikkerhet kan bevisbedømmeren slutte fra aksept av relativt høy risiko til positiv innvilgelse i den enkelte sak? I det følgende pekes det på noen generelle forhold som svekker disse slutningenes sikkerhet.

For det første kan det argumenteres for at mennesker ofte *ikke* positivt innvilger hypotetiske utfall som ikke fremstår svært sannsynlige. Det kan pekes på å to grunnlag for denne påstanden. Det ene er at psykologisk forskning viser at mennesker ofte fatter handlingsvalg på en rask og uoverveid måte, uten å ta tydelig stilling til mulige utfall.¹⁷⁴ I straffelovens forarbeider fremgår det dessuten at «lovbryteren [ofte handler] raskt og impulsivt, og det kan være uklart hva han egentlig forstod og tenkte i den aktuelle situasjonen.»¹⁷⁵ Dette kan tas til inntekt for at også en gjerningsperson som gjennomfører en relativt risikofylt handling, ikke nødvendigvis tar bevisst stilling til risikoens størrelse, mulige utfall og kanskje særlig ikke hypotetiske scenarioer.

Videre kan det argumenteres for at mennesker stort sett forholder seg til situasjonens risiko *slik den faktisk oppfattes i øyeblikket*. Med dette menes at man ofte kun tar stilling til hva man vil gjøre i den faktiske situasjonen man er i, og følgelig ikke til hva man ville gjort om situasjonen var en helt annen. Det påstås at også dette poenget taler for at en gjerningsperson, tross aksept av relativt høy risiko, ikke nødvendigvis tar slik stilling til det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert oppfylles. Også dette kan trolig svekke bevisgruppens overbevisningskraft i det enkelte tilfellet.

For det andre kan det argumenteres for at gjerningspersonens risikofylte adferd i svært begrenset grad kaster lys over om gjerningspersonen har tatt bevisst stilling til om han ville handlet

¹⁷⁴ Kahneman (2011) s. 78

¹⁷⁵ NOU 1992:23 s. 117

også dersom gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. Videre vil jeg argumentere for at innvilgelsens positive aspekt ofte ikke vil materialisere seg i adferd overhodet.

I punkt 4.2.4.1 er det argumentert for at det er vanskelig å fastlegge gjerningspersonens villighet til å handle i en hypotetisk situasjon, basert på hans handlinger i den faktiske situasjonen. En beslektet innvending er relevant her. Gjerningspersonens stillingtaken til hva han ville foretatt seg i en hypotetisk situasjon knytter seg nemlig ikke til hva han ville gjort i den faktiske gjerningssituasjonen. Av den grunn kan det tenkes at denne stillingtakingen i liten grad, om noen, vil materialisere seg i adferd i den faktiske gjerningssituasjonen. Basert på det kan det argumenteres for at det kan være svært vanskelig å fastlegge om gjerningspersonen har tatt slik bevisst stilling til det hypotetiske scenarioet som innvilgelsens positive aspekt krever.

Til støtte for denne argumentasjonen kan det vises til Stigens uttalelser om den positive innvilgelsens bevisbarhet. Han fremholder nemlig at det er begrenset hva man kan si om gjerningspersonens tanker om et hypotetisk scenario, basert på hans adferd i en i annen, faktisk situasjon.¹⁷⁶ Trolig er dette noe av grunnen til at Straffelovkommisjonen hevdet at det er «spesielt vanskelig [...] å bevise at gjerningspersonen bevisst mente at han ville gjort det samme om han hadde ansett følgen for sikker.»¹⁷⁷ Det er grunn til å tro at også Andenæs¹⁷⁸, Bratholm¹⁷⁹, Lund¹⁸⁰ og Stigen¹⁸¹ hadde tilsvarende poeng i tankene da de i ulike ordlag har påstått at det nærmest er «håpløs[t] å bevise sikkert» at gjerningspersonen har tatt slik bevisst stilling basert på ytre adferd.¹⁸²

Også i rettspraksis finnes det uttalelser som antyder at det er vanskelig å slutte fra gjerningspersonens adferd til slik bevisst stillingtaken til et hypotetisk scenario. Et eksempel er LB-2004-51885 hvor retten fant at gjerningspersonen over en lang periode hadde truet samboeren sin. Truslene mot samboeren utgjorde også straffbar tvang overfor samboerens sønn. Retten vurderte om gjerningspersonen hadde utvist dolus eventualis med hensyn til denne tvangen. I den forbindelse ble det uttalt at det er

«fremkommet få og uklare opplysninger om hvilke tanker og forestillinger tiltalte skal ha gjort seg [om risikoens realisering.]»¹⁸³

¹⁷⁶ Stigen (2010) s. 509

¹⁷⁷ Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 116

¹⁷⁸ Andenæs (2016) s. 238.

¹⁷⁹ Bratholm (1980) s. 214

¹⁸⁰ Lund (2020) s. 358

¹⁸¹ Stigen (2010) s. 590

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ LB-2004-51885, under overskriften «Lagmannsretten skal bemerke:»

Uttalelsen knytter seg til en spesifikk bevissituasjon, og kan derfor ikke forstås som en generell problematisering av innvilgelsens bevisbarhet. Det kan likevel argumenteres for at uttalelsen antyder at det generelt kan være utfordrende å fastlegge innvilgelsens positive aspekt basert på gjerningspersonens adferd på gjerningstidspunktet.

Innvendingene over taler for at slutninger fra gjerningspersonens risikohandlinger på gjerningstidspunktet til positiv innvilgelse, er beheftet med særlig stor usikkerhet. At denne usikkerheten skiller seg fra den generelle usikkerheten knyttet til fastleggelse av subjektiv skyld, er det god grunn til å påstå. Det er nemlig vist at det er den positive innvilgelsens unike, hypotetiske karakter som gjør det vanskelig å knytte gjerningspersonens adferd til den. Til sammenlikning kan det vises til at Holter for eksempel påstår at det eksisterer «objektive rasjonalitetskriterier» om hvordan hensiktsforsett materialiserer seg i adferd.¹⁸⁴ Hun hevder med andre ord at det finnes fornuftige og allment aksepterte erfaringssetninger som med høy grad av sikkerhet knytter gjerningspersonens adferd til hensiktsforsett. Argumentasjonen over antyder at det samme ikke er tilfelle for positiv innvilgelse.

4.2.4.3 Delkonklusjon

Hittil er det vist at det i lagmannsrettspraksis stadig trekkes slutninger fra gjerningspersonens aksept av høy risiko, til positiv innvilgelse. Det er argumentert for at denne bevisgruppen kan knyttes til positiv innvilgelse og dermed representerer relevante bevis ved fastleggelsen av dette. Det er imidlertid også argumentert for at slutningene er beheftet med betydelig usikkerhet. For det første er det vist at det er knyttet betydelig usikkerhet til det å slutte fra gjerningspersonens villighet til å ta risiko, til at han også ville ha akseptert risikoens sikre realisering. For det andre er det argumentert for at fastleggelse av innvilgelsens positive aspekt er vel så problematisk. Det er nemlig argumentert for at gjerningspersonens adferd i liten grad, om noen, kaster lys over om han faktisk tok bevisst stilling til det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles eller ikke.

4.3 Bevis som ikke knytter seg til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles

4.3.1 Innledning

Den andre bevisgruppen omfatter de bevisene som ikke kaster lys over den risiko gjerningspersonen var villig til å ta med hensyn til gjerningsbeskrivelsens oppfyllelse. Bevis i denne gruppen kaster på ulike måter lys over gjerningspersonens *generelle tilbøyelighet* til å utføre handlinger som likner vedkommende gjerningsmoment. I eksempelvis LH-2020-115894, *Narkotikadom*

¹⁸⁴ Holter (2020) s. 398.

¹¹⁸⁵, LB-2020-151517, *Narkotikadom 2*¹⁸⁶, LE-2021-35918, *Seksuell omgang-dommen*¹⁸⁷ og LA-2020-126386, *Knivstikkingsdommen*, er det trukket slutninger fra bevis som tilhører denne gruppen. Videre trekkes det frem noen eksempler.

I *Seksuell omgang-dommen*, ble en politibetjent domfelt for å ha skaffet seg seksuell omgang med en mindreårig ved å utnytte hennes særlig sårbare livssituasjon. Retten konkluderte med at politibetjenten utviste *dolus eventualis* med hensyn til den sårbare livssituasjonen og utnyttingen av denne. Ved fastleggelsen av dette ble det vist til at gjerningspersonen noen år tidligere hadde hatt seksualisert Snapchat-kommunikasjon med en 14 år gammel jente etter han hadde fått vite alderen hennes.¹⁸⁸

I *Narkotikadom 1* og *Narkotikadom 2* ble en gjerningsperson straffet for innføring av henholdsvis 5 kg amfetamin og 24 kg kokain til Norge. I begge fant ikke retten at gjerningspersonen anså det som sannsynlig at han fraktet farligere stoffer enn hasj. Retten kom imidlertid til at gjerningspersonen utviste *dolus eventualis* med hensyn til at pakkens faktiske innhold. Det fremgår ikke eksplisitt, men trolig har retten sluttet fra gjerningspersonens villighet til å frakte hasj på gjerningstidspunktet, til at han positivt innvilget innføringen av farligere stoffer. I *Narkotikadom 2* ble det i tillegg vist til at gjerningspersonen to måneder tidligere hadde innført betydelige mengder hasj til Norge.¹⁸⁹ I *Narkotikadom 1* ble det også vist til at gjerningspersonen generelt hadde høy interesse av å gjennomføre oppdraget fordi han var i en presset økonomisk situasjon og hadde behov for betaling.¹⁹⁰

Det siste eksempelet som trekkes frem er hentet fra *Knivstikkingsdommen*. Under rettens fastleggelse av gjerningspersonens positive innvilgelse, bygger retten på følgende bevis; fullt vitende om at fornærmede ville utsettes for vold, hentet gjerningspersonen ham til voldsutøveren.¹⁹¹ Trolig har retten sluttet fra gjerningspersonens villighet til å medvirke til mildere vold, til at han positivt innvilget knivstikkingen.

4.3.2 Støtte i rettskildene

Bevis som ikke knytter seg til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles har mindre støtte i teorien enn bevisgruppen behandlet delkapittel 4.2.¹⁹² I Stigens oppramsing av bevis

¹⁸⁵ LH-2020-115894, tredje siste avsnitt under overskriften «Skyldspørsmålet:»

¹⁸⁶ LB-2020-151517, tredje avsnitt under overskriften «Oppsummering»

¹⁸⁷ Fjerde siste avsnitt under overskriften «Tiltaltes subjektive skyld»

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ LB-2020-151517, tredje avsnitt under overskriften «Oppsummering»

¹⁹⁰ LH-2020-115894, tredje siste avsnitt under overskriften «Skyldspørsmålet:»

¹⁹¹ LA-2020-126386, tredje siste avsnitt under overskriften «Lagmannsrettens vurdering»

¹⁹² Stigen (2010) s. 590

som typisk har relevans for fastleggelsen av positiv innvilgelse, nevnes blant annet ikke gjerningspersonens historikk.¹⁹³ Han uttaler imidlertid at «[g]jerningspersonens holdninger [kan være] relevante i den grad de er kommet til uttrykk i den konkrete handlingen.»¹⁹⁴ Han hevder altså at dersom gjerningspersonen, på gjerningstidspunktet, demonstrerer villighet til å utføre handlinger som likner vedkommende gjerningsmoment, kan dette tale for positiv innvilgelse. Som vist i punkt 4.2.4.1 hevdet dessuten Skeie at fastleggelse av *dolus eventualis* i mange tilfeller må skje «på grunnlag av en karaktervurdering.»¹⁹⁵

Et eksempel fra tidligere praksis hvor et bevis tilhørende denne gruppen er benyttet er LE-2006-111075. Her hadde gjerningspersonen dopet ned fornærmede og deretter ranet henne. Etter neddopingene havnet fornærmede i en tilstand av nedsatt bevissthet. Ved vurderingen av om gjerningspersonen positivt innvilget den nedsatte bevisstheten, ble det vist til at gjerningspersonen hadde dopet ned offeret «for å få tilgang til de økonomiske midler han trengte.»¹⁹⁶ Ifølge retten hadde dermed gjerningspersonen, på gjerningstidspunktet, demonstrert en tilbøyelighet til å strekke seg langt for å få fatt i pengene. Dette talte i retning av at han hadde innvilget skadefølgen.

4.3.3 Bevisanalyse

For å vurdere hvorvidt bevis i denne bevisgruppen generelt kan bidra til en forsvarlig fastleggelse av positiv innvilgelse, vil den underliggende erfaringssetningen identifiseres og vurderes. Som tidligere behandles først innvilgelsens hypotetiske aspekt, deretter innvilgelsens positive aspekt.

4.3.3.1 Det hypotetiske aspektet

4.3.3.1.1 Erfaringsgrunnlag

En generell erfaringssetning som kan knytte bevis i denne gruppen til innvilgelsens hypotetiske aspekt, er følgende: den som antyder eller har antydning av villighet til å gjøre noe, vil trolig også være villig til å gjøre liknende (igjen).

Først vurderes det om det er grunnlag for å påstå at det finnes korrelasjon mellom disse forholdene overhodet. Det kan argumenteres for at en slik påstand om korrelasjon mellom antydning av tilbøyelighet på den ene siden, og innvilgelsens hypotetiske aspekt på den andre, for så vidt bygger på sunn fornuft og det allment aksepterte. For det første kan det vises til at bevistypen har bred støtte i praksis og noe i teori.¹⁹⁷

¹⁹³ Stigen (2010) s. 590

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Skeie (1946) s. 225

¹⁹⁶ LE-2006-111075

¹⁹⁷ Punkt 4.3.1 og 4.3.2

Også undertegnedes introspeksjonerfaring og oppfatning av det allment aksepterte underbygger dette. Det kan argumenteres for at det resonnerer godt med et alminnelig menneskesyn at en som er eller har vært villig til å gjøre noe, ofte også vil være villig til å gjøre liknende (igjen). Et banalt eksempel kan illustrere dette. I forbindelse med en drapsetterforskning avdekket det at to mennesker, i tillegg til offeret, befant seg i området hvor drapet fant sted. For eksempelets skyld vet vi kun følgende om de to mistenkte: den ene har flere drapsdommer på seg, mens den andre har plettfri vandel. Trolig er det ukontroversielt å hevde at det er større sannsynlighet for at det er den drapsdømte som er skyldig, enn at det er personen med plettfri vandel.

Usikkerhetsmomentene og de prinsipielle betenkelighetene knyttet til å fastlegge skyld basert på slike betraktninger, behandles senere. Poenget her er kun å understreke at påstanden om korrelasjon mellom bevistypen og innvilgelsens hypotetiske aspekt, bygger på det fornuftige og allment aksepterte.

Det argumenteres altså for at bevisgruppen i prinsippet er egnet til å kaste lys over om gjerningspersonen ville ha handlet også dersom han visste at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles. Seksuell omgang-dommen kan illustrere dette. At gjerningspersonen tidligere har hatt seksuell relasjon med en jente han visste var mindreårig, kan i prinsippet tale for at han ville skaffet seksuell omgang i inneværende sak også dersom han visste at dette ville utgjøre utnyttning av en særlig sårbar livssituasjon.

4.3.3.1.2 Erfaringssetningenes styrke

Selv om det er grunnlag for å hevde at det generelt er en viss korrelasjon bevistypen og det fenomen bevistemmet representerer, er det som vist ikke dermed klart at det kan gjøres *sikre* slutninger fra det ene til det andre i enkelttilfeller.¹⁹⁸ Det neste som vurderes er erfaringssetningens styrke. Med hvor stor sikkerhet kan bevisbedømmeren generelt slutte fra gjerningspersonens demonstrerte tilbøyeligheter til å utføre handlinger som ligner vedkommende gjerningsmoment, til at gjerningspersonen ville handlet på samme måte også om gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles? Når det gjelder disse generelle tilbøyelighetsbevisene kan det argumenteres for at slutningene er beheftet med stor usikkerhet. Dette underbygges i det følgende.

For det første kan det pekes på at det ofte vil være ulikheter mellom den utviste tilbøyeligheten og vedkommende gjerningsmoment i den aktuelle saken. Dersom det er betydelige ulikheter mellom disse, fremholdes det at slutninger fra gjerningspersonens forsett i tidligere tilfeller, til hans forsett i den aktuelle saken, er særlig usikre. Dette argumentet har klare paralleller til påstanden i punkt 4.2.4.1 om at det er problematisk å trekke slutninger fra adferd i en situasjon,

¹⁹⁸ Punkt 3.3.3.2

til adferd i en annen. Igjen kan Seksuell omgang-dommen benyttes til å illustrere poenget. På den ene siden er det klart at gjerningspersonens Snapchat-relasjon har klare likhetstrekk med vedkommende gjerningsmoment, utnytting av særlig sårbar mindreårig for å få seksuell omgang. Begge gjelder seksuell relasjon med mindreårige. Isolert taler det for at Snapchat-relasjonen i betydelig grad kan være egnet til å kaste lys over om gjerningspersonen ville handlet slik han gjorde på gjerningstidspunktet også om han visste at gjerningsbeskrivelsen med det ville oppfylles.

På den andre siden er det også tydelige ulikheter mellom overtredelsene. En ulikhet er at Snapchat-relasjonen kun bestod av *digital kommunikasjon*, og ikke seksuell omgang. En annen forskjell er at Snapchat-relasjonen ikke var et resultat av *utnytting av en særlig sårbar livssituasjon*. Det er dermed klart at oppfyllelse av vedkommende gjerningsmoment i inneværende sak er en betydelig mer alvorlig overtredelse enn den Snapchat-relasjonen utgjorde. Trolig er det dermed en ikke ubetydelig psykologisk forskjell mellom å gjennomføre de to handlingene. Dette taler for at en slutning fra Snapchat-relasjonen, til at gjerningspersonen trolig ville hatt seksuell omgang med fornærmede også om gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles, er svært usikker.

Den samme innvendingen er i stor grad relevant i Knivstikkingdommen. At gjerningspersonen var villig til å medvirke til mildere fysisk vold, kaster trolig et begrenset lys over om han også ville ha medvirket til knivstikking.

Det kan argumenteres for at samme innvending er aktuell også i narkotikadommene. Ved fastleggelsen av gjerningspersonens innvilgelse av kokain- eller amfetamininnføringen, ble det blant annet bygget på at gjerningspersonen var villig til å innføre tilsvarende mengder hasj.¹⁹⁹ Forskjellen i alvorlighetsgrad mellom å innføre hasj på den ene siden, og kokain eller amfetamin på den andre, er heller ikke ubetydelig. Generelt straffes kokain- og amfetaminlovbrudd betydelig strengere enn hasjlovbrudd i norsk rett.²⁰⁰ Dette svekker sikkerheten til slutningen om at den som er villig til det ene, trolig også ville gjort det andre. På den andre siden er det klart at innføring av både hasj og farligere stoffer i disse mengder er alvorlige narkotikaforbrytelser. I begge tilfeller risikerer man høy fengselsstraff. Muligens gjør det at den psykologiske forskjellen mellom lovbruddene likevel ikke er veldig stor. Dette nyanserer bildet noe.

¹⁹⁹ Punkt 4.3.1

²⁰⁰ Til illustrasjon vises det til følgende. I HR-2021-192-U ble straffnivået for befatning med 60 kg hasj anslått til å være omkring fem år. I Rt. 2013 s. 80 ble det idømt 12 års fengsel for befatning med tolv kg kokain. I HR-2021-312-U ble det idømt omtrent fire års fengsel for medvirkning til innførsel av tre kilo amfetamin.

For det andre kan det pekes på at menneskers tilbøyeligheter kan endre seg.²⁰¹ Dersom det har gått en del tid mellom de to hendelsene som sammenliknes, argumenteres det derfor for at slutningens sikkerhet reduseres. Særlig i seksuell omgang-dommen er denne innvendingen aktuell. Den omtalte Snapchat-relasjonen fant nemlig sted flere år før det aktuelle gjerningstidspunktet. I den grad Snapchat-relasjonen kaster lys over om gjerningspersonen fullt vitende ville skaffet seksuell omgang ved å utnytte en sårbar livssituasjon, er det altså uansett usikkert om gjerningspersonen hadde samme holdning på gjerningstidspunktet, flere år senere.

I narkotikadommene og i Knivstikkingdommen er imidlertid ikke dette en relevant innvending. Der utviste gjerningspersonene villighet til å utføre handlinger som liknet vedkommende gjerningsmoment, *på gjerningstidspunktet*. Trolig er dette poenget noe av grunnen til at Stigen hevder at gjerningspersonens holdninger kun er relevante dersom de er kommet til uttrykk i den konkrete handlingen.²⁰²

For det tredje kan det argumenteres for at det er prinsipielt betenkelig å fastlegge subjektiv skyld basert på slike betraktninger om gjerningspersonens generelle tilbøyeligheter. Som vist i kapittel 3 er det forutsetningen om at den subjektive skyld kan materialisere seg i adferd på gjerningstidspunktet, som gjør den mulig å fastlegge uten en tilståelse. Bevisgruppen behandlet i delkapittel 4.2 knytter seg nettopp til gjerningspersonens tanker om risikoens realisering på gjerningstidspunktet. Inneværende bevisgruppe knytter seg derimot ikke til gjerningspersonens tanker om risikoens realisering, men til hans generelle tilbøyelighet til å utføre liknende handlinger.

Dersom retten i stor grad bygger skyldvurderingen på oppfatninger av gjerningspersonens generelle tilbøyeligheter, er faren stor for at gjerningspersonen langt på vei straffes for sin *karakterskyld*, heller enn sin *episodiske skyld*.²⁰³ Straff for karakterskyld står i tydelig kontrast til vår strafferetts krav om episodisk skyld som innebærer at gjerningspersonen faktisk utviste skyld på gjerningstidspunktet.²⁰⁴ Andenæs advarte mot denne faren og fremholdte at

«den tiltaltes karakter [...] blir [et] moment [...] ved denne bevisvurdering. [...] To personer, hvis aktuelle tanker og forestillinger i forhold til [innvilgelsen] er helt de samme, kan [...] bli bedømt forskjellig fordi svaret på spørsmålet [om karakter og historikk]

²⁰¹ Svartdal (2020)

²⁰² Punkt 4.3.2

²⁰³ Stigen (2010) s. 605

²⁰⁴ *Ibid.*

faller forskjellig ut i de to tilfelle. Og forskjellen i svaret behøver ikke henge sammen med en forskjell med hensyn til gjerningsmannens skyld og farlighet.»²⁰⁵

Jareborg hevder dessuten at det bør utvises stor forsiktighet ved bruk av slike bevis fordi bevisbedømmeren gjerne får en overdreven og forutinntatt antakelse om en forbrytersk karakter når han kjenner til gjerningspersonens tvilsomme historikk.²⁰⁶ Magnussen advarer mot det samme og hevder at bevisbedømmerens slutninger automatisk og ubevisst farges av enkle, stereotypiske forestillinger som ikke er forankret i virkeligheten.²⁰⁷ Også disse poengene taler for at slutninger fra gjerningspersonens generelle tilbøyelighet, til at han ville handlet også i et tilfelle hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles, er beheftet med stor usikkerhet.

Hittil er det vist at gjerningspersonens villighet til å utføre handlinger som ligner gjerningsbeskrivelsen er et relevant bevis ved fastleggelsen av innvilgelsens hypotetiske aspekt. Ulikheter mellom de handlinger som sammenliknes samt tidsaspektet mellom dem, kan imidlertid redusere slutningenes sikkerhet. Det argumenteres imidlertid ikke for at slutninger fra denne bevisgruppen *uansett* er beheftet med stor usikkerhet. I et tenkt tilfelle hvor gjerningspersonen kort tid før gjerningstidspunktet har uført lovbrudd som er likt eller mer alvorlig enn vedkommende gjerningsmoment, er det trolig mulig å trekke relativt sikre slutninger om at gjerningspersonen også ville ha handlet dersom gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. Men her vil den prinsipielle innvendingen knyttet til kravet om episodisk skyld være aktuell. Noe som imidlertid trolig er prinsipielt problematisk, er å trekke slutninger fra slike tilbøyelighetsbetraktninger til at gjerningspersonen tok bevisst stilling til dette på gjerningstidspunktet. Dette leder videre til behandlingen av det positive aspektet.

4.3.3.2 *Det positive aspektet*

Det siste som behandles i dette analysekapittelet er i hvilken grad denne bevisgruppen kan kaste lys over innvilgelsens positive aspekt. I hvilken grad kan gjerningspersonens demonstrerte villighet til å utføre handlinger som ligner vedkommende gjerningsmoment, kaste lys over om han, på gjerningstidspunktet, faktisk tok stilling til det hypotetiske senarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles?

For at bevistypen skal kunne kaste lys over den eventuelle positive innvilgelsen må det som vist være grunnlag for å påstå at det er korrelasjon mellom fenomenene det sluttes fra og til.²⁰⁸ Det vil argumenteres for at det ikke er tilfelle her.

²⁰⁵ Andenæs (1963) s. 118

²⁰⁶ Stigen (2010) s. 605

²⁰⁷ Magnussen (2017) s. 221

²⁰⁸ Punkt 3.3.3.1

I punkt 4.2.4.1 er det vist at gjerningspersonens aksept av høy risiko for at gjerningsbeskrivelsen ville dekkes, antyder at han tenkte på risikoens realisering på gjerningstidspunktet. Inneværende bevisgruppe, at gjerningspersonen har utvist villighet til å utføre liknende handlinger, sier imidlertid ikke noe om hvorvidt gjerningspersonen har tatt stilling til risikoen eller hvordan han ville forholdt seg om den realiserte seg. Bevisgruppen kaster nemlig bare lys over gjerningspersonens generelle villighet til å utføre liknende handlinger, og ikke over hans tanker knyttet til vedkommende gjerningsmoment spesifikt. Det argumenteres altså for at det ikke er grunnlag for å påstå at forholdene korrelerer. Det presiseres at dette likevel ikke innebærer at forholdene ikke *kan* korrelere.

Seksuell omgang-dommen og narkotikadommene kan illustrere dette poenget. Som vist tidligere kan den omtalte Snapchat-relasjonen til en viss grad kaste lys over om gjerningspersonen ville handlet som han gjorde på gjerningstidspunktet også om han visste det ville innebære utnytting av en særlig sårbar mindreårig. Denne generelle tilbøyeligheten kaster imidlertid ikke noe lys over om gjerningspersonen faktisk tok stilling til dette på gjerningstidspunktet. I narkotikadommene er det på samme måte vist at gjerningspersonenes villighet til å frakte hasj kan antyde at de også ville ha fraktet farligere stoffer om det var tilfellet. Villigheten til å innføre hasj antyder imidlertid ikke at gjerningspersonene, på gjerningstidspunktet, tok stilling til deres holdninger til å frakte farligere stoffer.

Muligens kan det argumenteres for at gjerningspersonens generelle tilbøyelighet til å utføre handlinger som likner gjerningsbeskrivelsen derimot kan tale i retning av at han *ikke* har tatt slik stilling. Dersom gjerningspersonen ikke hadde sterke motforestillinger mot at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, og dessuten ikke anså det som svært sannsynlig, hadde han muligens *mindre* oppfordring til å ta slik stilling til hva han ville gjort dersom situasjonen var slik at gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles.

4.3.3.3 Delkonklusjon

Her er det vist at gjerningspersonens generelle tilbøyelighet til å utføre liknende lovbrudd er et bevis som stadig vektlegges ved fastleggelse av positiv innvilgelse. Det er argumentert for at bevistypen kan kaste lys over innvilgelsens hypotetiske aspekt, men at slutningene i praksis ofte vil være usikre. Dessuten knytter det seg generelle betenkeligheter til fastleggelse av skyld basert på slike betraktninger. Når det gjelder innvilgelsens positive aspekt, er det argumentert for at bevistypen ikke gir noe bidrag til fastleggelse overhode.

5 Den positive innvilgelsens generelle bevisbarhet

5.1 Innledning

Basert på bevisanalyse av seks lagmannsrettsdommer, ble det i forrige kapittel presentert og vurdert typiske bevis som i praksis benyttes ved fastleggelse av positiv innvilgelse. Med utgangspunkt i funnene vil det i dette avsluttende kapitlet diskuteres hvorvidt positiv innvilgelse generelt lar seg bevise utover enhver rimelig tvil.

Innledningsvis minnes det om den avgrensning som ble gjort i analysekapitlet. Fordi indre fenomener generelt ikke lar seg iaktta direkte, stiller de seg i en særstilling når det gjelder fastleggelse. Siktemålet er derfor ikke å peke på generell usikkerhet knyttet til fastleggelse av indre fenomener, men på særtrekk ved *dolus eventualis* med positiv innvilgelse som gjør fastleggelse av skyldformen særlig problematisk.

5.2 Funn

I forrige kapittel er det vist at samtlige av bevisene som i dommene er benyttet ved fastleggelsen av positiv innvilgelse på ulike måter kaster lys over bevistemaet. Noen av bevisene kaster i hovedsak lys over innvilgelsens hypotetiske aspekt, altså hvorvidt gjerningspersonen ville handlet dersom det fremstod sikkert at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles. Andre bevis kaster også et visst lys over innvilgelsens positive aspekt, altså hvorvidt gjerningspersonen faktisk tok bevisst stilling til om han ville handlet også om gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. I det følgende vil det pekes på noen sammenhenger mellom funnene og forsøkes å si noe generelt om den positive innvilgelsens bevisbarhet basert på dette. Som hittil i oppgaven vil det skilles mellom innvilgelsens hypotetiske og positive aspekt.

5.2.1 Innvilgelsens hypotetiske aspekt

5.2.1.1 Oppsummering av bevisanalysene

I bevisanalysene er det argumentert for at de underliggende påstandene om korrelasjon mellom de typiske bevisene på den ene siden, og innvilgelsens hypotetiske aspekt på den andre, bygger på sunn fornuft og det allment aksepterte. Det er altså argumentert for at samtlige av bevisene som er benyttet i dommene har relevans for fastleggelsen av om gjerningspersonen ville ha handlet også dersom gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles.

Det er imidlertid argumentert for at erfaringssetningenes styrke generelt er lav og at slutningenes sikkerhet dermed er begrenset. Når det gjelder den gruppen av bevis som knytter seg til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, er det argumentert for følgende. Fordi retten ikke har fastlagt sannsynlighetsforsett, vil det være betydelige gap mellom den faktiske gjerningssituasjonen og det hypotetiske senarioet bevistemaet knytter seg til. Derfor kan

gjerningspersonens handlinger på gjerningstidspunktet, kun i begrenset grad kaste lys over hvordan han ville forholdt seg i et tilfelle hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles.²⁰⁹

Det er argumentert for at også bevisene som knytter seg til gjerningspersonens generelle tilbøyeligheter, er beheftet med usikkerhet. Det er pekt på at ulikheter mellom den demonstrerte tilbøyeligheten og vedkommende gjerningsmoment, samt tidsperioden mellom hendelsene, typisk svekker slutningenes sikkerhet. Også i tilfeller hvor disse innvendingene er mindre aktuelle er det argumentert for at det bør utvises forsiktighet med å trekke slutninger fra generell tilbøyelighet til utvist subjektiv skyld.

5.2.1.2 Vurdering av funn – det hypotetiske aspektet

I forrige kapittel er det argumentert for at samtlige av de slutninger som kan gjøres fra de typiske positiv innvilgelse-bevisene er beheftet med betydelig usikkerhet. At bevisene ikke hver for seg legger grunnlag for sikre slutninger, er imidlertid ikke problematisk i prinsippet. Som presisert i punkt 3.2.1, trenger nemlig ikke hver enkelt slutning fra bevisfaktum om bevistemaet å være sikker for at beviskravet skal kunne oppfylles.²¹⁰ Det er tilstrekkelig at slutningene *samlet* eliminerer enhver rimelig tvil knyttet til bevistemaet.²¹¹ Det er ikke upraktisk at rettsfaktum fastlegges basert på slutninger som alle, hver for seg, er beheftet med betydelig usikkerhet.²¹² Grunnen til at rettsfaktum likevel kan anses bevist utover enhver rimelig tvil er nettopp at slutningene samlet legger grunnlag for tilstrekkelig sikker faktafastleggelse. Typisk vil det forhold at mange slike indisiebevis²¹³ foreligger i *samtidig*, gjøre det mulig å fastlegge faktum med langt høyere sikkerhet enn hvert enkelt bevis hver for seg legger grunnlag for. For det første vil slik kumulering av bevis som antyder det samme, gjerne øke den samlede sikkerhet knyttet til bevistemaet. I tillegg vil ofte de ulike bevisene kunne *demme opp for hverandres svakheter*.²¹⁴ Med det menes her at ett bevis for eksempel kan eliminere alternative forklaringer på et annet bevis. Også dette vil gjøre det mulig å fastlegge faktum med høy grad av sikkerhet, selv om hvert enkelt bevis kun legger grunnlag for relativt usikre slutninger.

Når det gjelder fastleggelsen av innvilgelsens positive aspekt i straffesaker, kan det imidlertid argumenteres for at bevisene som typisk benyttes *også samlet* ofte vil mislykkes med å eliminere enhver rimelig tvil knyttet til bevistemaet. For det første er det i denne oppgaven vist at samtlige av slutningene som kan trekkes fra de typiske bevisene til innvilgelsens positive

²⁰⁹ Punkt 4.2.4.1

²¹⁰ Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14

²¹¹ Løvlie (2014) s. 325

²¹² Se Rt. 2005 s. 1353 avs. 69

²¹³ Indisiebevis er indirekte bevis som i større eller mindre grad sannsynliggjør det forhold som skal bevises. (Strandberg 2022)

²¹⁴ Se Kolflaath (2013) s. 121 flg.

aspekt, er beheftet med betydelig usikkerhet. For det andre, kan det trolig argumenteres for at samtlige av bevisene i varierende grad også er forenelig med følgende forklaring: gjerningspersonen var av ulike grunner *villig til å ta risikoen* for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, men ville ikke handlet dersom dette var sikkert. Siden alle bevisene lider av denne svakheten, den alternative forklaringen om risikovillighet, fremholdes det at bevisene vil mislykkes med å demme opp for denne usikkerhet. Dermed kan det argumenteres for at det vil være svært vanskelig å utelukke at gjerningspersonen kun satset på at det ville gå bra, selv i et tilfelle hvor en lang rekke av de typiske bevisene kan antyde positiv innvilgelse.

Som vist i kapittel 3 følger det av Kolflaaths formulering av beviskravet at gjerningspersonens skyld kun skal fastlegges dersom det finnes en eller flere omstendigheter som er vanskelig å forklare gitt den hypotesen at tiltalte er uskyldig. Basert på argumentasjonen over fremholdes det nettopp at bevisenes eksistens i dolus eventualis-tilfeller sjelden vil være vanskelig å forklare gitt hypotesen om at gjerningspersonen ikke ville handlet dersom han oppfattet det som sikkert at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles.

Det fremholdes altså at innvilgelsens hypotetiske aspekt svært vanskelig lar seg bevise utover enhver rimelig tvil uten en tilståelse.

5.2.2 Innvilgelsens positive aspekt

5.2.2.1 Oppsummering av bevisanalysene

Som argumentert for i bevisanalysene, er ikke fastleggelsen av innvilgelsens hypotetiske aspekt den mest alvorlige kilden til usikkerhet når det gjelder fastleggelse av positiv innvilgelse. Det er nemlig argumentert for at de typiske bevisene i vel så liten grad kaster lys over det positive aspektet, om gjerningspersonen på gjerningstidspunktet faktisk tok bevisst stilling til det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles.

Det er argumentert for at gruppen av bevis som knytter seg til risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, i prinsippet kan knyttes til innvilgelsens positive aspekt. Det er vist at påstanden om at det er en viss korrelasjon mellom aksept av relativt høy risiko på den ene siden, og faktisk positiv innvilgelse på den andre, bygger på sunn fornuft og det allment aksepterte.²¹⁵ Det er imidlertid også argumentert for at slutningene er beheftet med særlig stor usikkerhet. For det første er det pekt på at mennesker ofte fatter raske og uoverveide handlingsvalg, og at det dermed generelt er svært usikkert om gjerningspersonen tok bevisst stilling til hvordan han ville handlet dersom situasjonen var en annen. Dessuten er det argumentert for at innvilgelsens positive aspekt ofte ikke vil materialisere seg i adferd i gjerningssituasjonen. Selv i et tilfelle hvor

²¹⁵ Punkt 4.2.4.2.1

gjerningspersonen faktisk har positivt innvilget, vil det dermed kunne være svært vanskelig, om ikke umulig, å påvise dette basert på hans adferd.²¹⁶

Videre er det argumentert for at bevisene som knytter seg til gjerningspersonens demonstrerte tilbøyeligheter ikke kaster lys over innvilgelsens positive aspekt overhodet. Bevisgruppen kaster nemlig bare lys over gjerningspersonens generelle villighet til å utføre liknende handlinger, og ikke over hans tanker knyttet til vedkommende gjerningsmoment spesifikt.²¹⁷

5.2.2.2 Vurdering av funn – det positive aspektet

Det er argumentert for at slutninger fra samtlige av de typiske bevisene til faktisk positiv innvilgelse, er beheftet med betydelig usikkerhet. At samtlige slutninger som knytter seg til fenomenet isolert sett er usikre, er likevel som nevnt ikke nødvendigvis til hinder for at fenomenet lar seg bevise utover enhver rimelig tvil.²¹⁸

Når det gjelder innvilgelsens positive aspekt, kan det imidlertid argumenteres for at de typiske bevisene også samlet vil mislykkes med å eliminere enhver rimelig tvil knyttet til bevisetemaet. Grunnen til det er, i likhet med i punkt 5.2.2.1, at samtlige av bevisene lider av samme svakhet. Det kan nemlig argumenteres for at alle de typiske bevisene er forenelige med følgende relativt plausible alternative forklaring: gjerningspersonen tok kun stilling til risikoens størrelse slik han oppfattet den, og baserte sitt handlingsvalg utelukkende på dette.

Som vist i punkt 3.2.1 skal gjerningspersonens skyld kun fastlegges dersom det finnes en eller flere omstendigheter som er vanskelig å forklare gitt den hypotesen at tiltalte er uskyldig. Basert på argumentasjonen over fremholdes det nettopp at bevisenes eksistens i dolus eventualis-tilfeller *ikke* er vanskelig å forklare gitt hypotesen om at gjerningspersonen *ikke* tok bevisst stilling til om han ville handlet også i det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles.

5.2.3 Konklusjon

Basert på argumentasjonen over knyttet til innvilgelsens *hypotetiske aspekt*, fremholdes det at samtlige av de typiske bevisene som benyttes ved fastleggelse av dolus eventualis ofte vil være forenelige med følgende narrativ: gjerningspersonen aksepterte kun risikoen for at gjerningsbeskrivelsen ville oppfylles, og satset på at det skulle gå bra. Han tenkte at han ikke ville handlet i det hypotetiske scenarioet hvor gjerningsbeskrivelsen sikkert ville oppfylles. Det påstås

²¹⁶ Punkt 4.2.4.2.2

²¹⁷ Punkt 4.3.3.2

²¹⁸ Punkt 5.2.1.2

dermed at innvilgelsens hypotetiske aspekt svært vanskelig lar seg bevise utover enhver rimelig tvil uten en tilståelse.

Basert på argumentasjonen over knyttet til innvilgelsens *positive aspekt*, fremholdes det videre at samtlige av de typiske bevisene som benyttes ved fastleggelse av *dolus eventualis* i de aller fleste tilfeller vil være forenelige med følgende narrativ: gjerningspersonen forholdt seg kun til situasjonen og dens risiko slik den faktisk fremstod på gjerningstidspunktet, og fattet sitt handlingsvalg utelukkende basert på dette.

Det påstås dermed at de typiske bevisene som i praksis benyttes ved fastleggelse av positiv innvilgelse ikke er vanskelige å forklare gitt hypotesen om at gjerningspersonen *ikke* positivt innvilget gjerningsbeskrivelsen. Konklusjonen er dermed at *dolus eventualis* med positiv innvilgelse svært vanskelig, om i det hele tatt, lar seg bevise utover enhver rimelig tvil uten tilståelse.

Fordi den mest alvorlige usikkerheten knytter seg til fastleggelsen av innvilgelsens *positive aspekt*, er det muligens grunn til å spørre seg om retten i beste fall kun har lyktes med å fastlegge hypotetisk innvilgelse i de tilfeller *dolus eventualis* er anvendt. Dette til tross for at den hypotetiske innvilgelsesteorien *ikke* representerer gjeldende rett.

6 Kildeliste

6.1 Litteratur

- Andenæs, Johs *Alminnelig strafferett*, 6. utg. ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget AS 2016.
- Andenæs, Johs «Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten» i *Förhandlingarna å det tjugoandra nordiska jurismötet i Reykjavik*, 11-13.081960, København, 1963
- Andersen, Kjell *Dolus Eventualis - tolv år etter*, Jussens venner vol. 44, (2009) s. 155–180 (Lest i idunn.no).
- Bratholm, Anders *Strafferett og samfunn*, 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 1980.
- Eckhoff, Torstein *Tvilsrisikoen*, Forlagt av Johan Grundt Tanum, Oslo 1943.
- Frøberg, Thomas *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, 2. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2020.
- Grøning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen: Fagbokforlaget, 2015.
- Holter, Katrine *Forsett uten tanke?*, Tidsskrift for strafferett vol. 22, 3, (2022) s. 238-262. (Lest i idunn.no)
- Holmen, Heine Alexander «Epistemologi», Store norske leksikon (27.12.2021) <https://snl.no/epistemologi> 23.04.2023
- Holter, Katrine *Hensikt – og omkringingliggende begreper i strafferetten*, Oslo: Karnov Group Norway AS, 2020.
- Khaneman, Daniel *Thinking, Fast and Slow*, London: Penguin Books, 2012.

- Jahre, Hans-Petter *Forsettets nedre grense – innvilgelse eller likegyldighet*, Tidsskrift for strafferett, årgang 18, nr. 1, (2018), s. 8–25. (Lest i Idunn.no)
- Jerkø, Markus *Rettslig bevisvurdering – Om dens rammer, redskaper og grensene for vår erkjennelse*, Juridisk Fakultet ved Universitetet i Oslo, 2015.
- Kjelby, Gert Johan «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker» i *Bevis i straffesaker*. Aarli, Ragna, Hedlund, Mary-Ann, Jebens, Sverre Erik (red.). 1. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015, s. 79-152.
- Kolflaath, Eivind *Bevisbedømmelse i praksis*, Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2013.
- Lund, Christian *Dolus eventualis i rettspraksis – og anvendelsen i alvorlige voldssaker*, Lov og rett, vol. 59, 6, (2020), s. 349–367, (Lest i Idunn.no)
- Løvlie, Anders *Rettslige faktabegreper*, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2014.
- Løvlie, Anders «Sakkyndigbeviset» i *Bevis i straffesaker*. Aarli, Ragna, Hedlund, Mary-Ann, Jebens, Sverre Erik (red.). 1. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015, s. 537-560.
- Løvlie, Anders «Kapittel 5, Fakta og juss» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyerhagen Sunde (red.). Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 135-171.
- Magnussen, Svein *Vitnepsykologi 2.0*, 2. utgave, Oslo: Abstrakt forlag AS, 2017.
- Poulsen, Thomas Chr. «Sløret forsett» eller «passiv kunnskap»? Tidsskrift for strafferett, vol 21, 3, (2021) s. 211-245. (Lest i idunn.no)

- Robberstad, Anne *Sivilprosess*, 3. utgave, Oslo: Fagbokforlaget, 2015.
- Skeie, Jon *Den norske strafferett*, 2. utgave, Oslo: Olaf Norlis Forlag, 1946
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Stigen, Jo *Forsettets nedre grense – dolus eventualis eller hva?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 123, 4 og 5, (2010) s. 573-636 (Lest i idunn.no).
- Strandberg, Magne «Indisiebevis», Store norske leksikon (21.06.2022) <https://snl.no/indisiebevis> hentet 23.04.2023
- Strandbakken, Asbjørn *UskylDSPresumsjonen, «In dubio pro reo»*, Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2003.
- Svartdal, Frode «Endring av holdninger», Store norske leksikon, (03.11.2020) https://snl.no/holdning#-Endring_av_holdninger hentet 23.04.2023
- Svartdal, Frode «Bekreftelsestendens», Store norske leksikon, (17.12.2019) <https://snl.no/bekreftelsestendens> hentet 23.04.2023.
- Øyen, Ørnulf *Straffeprosess*, 1. utgave, Oslo: Fagbokforlaget, 2016.

6.2 Lov

- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 1992 Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler m.v. (legemiddeloven)

1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25. om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1915	Lov 13. mai 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

6.3 Forarbeider

Ot. prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot. prp. nr. 78 (1992–93)	Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v
NOU 1992: 23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser, Straffelovkommisjonens delutredning V

6.4 Rettsavgjørelser

HR-2020-2117-A	LG-2022-105927
Rt. 2013 s. 323	LA-2021-83553 (<i>Randommen</i>)
Rt. 2011 s. 1104	LE-2021-35918 (<i>Seksuell omgang-dommen</i>)
Rt. 2011 s. 654	LH-2020-115894 (<i>Narkotikadom 1</i>)
Rt. 2009 s. 1439	LB-2020-151517 (<i>Narkotikadom 2</i>)
Rt. 2009 s. 750	LA-2020-126386 (<i>Knivstikkingdommen</i>)
Rt. 2005 s. 1353	LB-2019-172918 (<i>Drapsforsøksdommen</i>)
Rt. 2005 s. 104	LB-2019-141384
Rt. 2005 s. 83	LE-2006-111075
Rt. 2001 s. 58	LB-2004-51885
Rt. 1998 s. 1945	

Rt. 1995 s. 952

NJA 2002 s. 449 (Högsta domstolen i Sverige)

Rt. 1992 s. 64

Rt. 1991 s. 600

Rt. 1991 s. 95

Rt. 1980 s. 979

Rt. 1974 s. 382