

Forsettskravet i straffeloven § 281

- et innblikk i forsettskravets periferi

Kandidatnr: 210

Veileder: Ståle Eskeland

Leveringsfrist: 250403

Til sammen 17925 ord

Dato 24. april 2003

Innholdsfortegnelse

<u>1. INNLEDNING.....</u>	1
1.1 EMNE OG PROBLEMSTILLING	1
1.2 STRAFFBARHETSVILKÅRENE	2
1.3 DEN VIDERE FREMSTILLING OG AVGRENSNING	2
1.4 EN BEGREPSAVKLARING	3
1.5 SKYLDKRAVETS BEGRUNNELSE.....	4
1.6 HENSYN BAK STRAFFELOVEN § 281	4
1.7 LEGISLATIVE HENSYN BAK VALG AV SKYLDFORM I STRL § 281.....	5
<u>2. DEN GENERELLE FORSETTSLØRE</u>	5
2.1 VISSHETSFORSETT	6
2.2 SANNSYNLIGHETSFORSETT	6
2.2.1 SANNSYNLIGHETSFORSETTETS GRENSE NEDAD.....	7
2.2.2 KREVES DET I NOEN TILFELLER ET SKJERPET KRAV TIL SANNSYNLIGHET?	8
2.2.3 AKSEPTERES SANNSYNLIGHET PÅ, EVENTUELT UNDER 50%?	10
2.3 HENSIKTSFORSETT - DOLUS DETERMINATUS.....	11
2.4 DOLUS EVENTUALIS	11
2.4.1 GRUNNVILKÅRET: HANDLINGEN / FØLGEN FREMSTÅR SOM MULIG	11
2.4.2 TILLEGGSVILKÅRET: DEN HYPOTETISKE KOMPONENT	12
2.5 SÆRSKILTE FORSETTSKRAV	14
2.6 STRAFFELOVKOMMISSJONENS FORSLAG TIL NY STRAFFELOV.....	14
<u>3. SKYLD SOM VILKÅR FOR STRAFFANSVAR</u>	15
3.1 DEKNINGSPRINSIPPET	16
3.2 FAKTISK VILLFARELSE.....	16
3.3 RETTSVILLFARELSE	16
<u>4. FORSETTSKRAVET I STRAFFELOVEN § 281.....</u>	17
4.1 RETTSKILDER.....	17
4.1.1 LOVTEKST - FORHOLDET TIL LOVSPRINSIPPET	17
4.1.2 RETTSKILDEFAKTORENE	18

4.2 FORSETTET I RELASJON TIL DE ENKELTE OBJEKTIVE MOMENTER I § 281.....	20
4.3 § 281 FØRSTE LEDD	20
4.3.1 AKTIVAUNNDRAGELSE - DEN STRAFFBARE AKTIVITETEN	21
4.3.2 HVILKE AKTIVA SOM OMFATTES.....	24
4.3.3 FARETILLEGGET - REDUSERT DEKNINGSMULIGHET FOR KREDITORENE	28
4.3.4 § 281 FØRSTE LEDD ANNET ALTERNATIV. UNNDRAGELSE VED OPPLYSNINGSSVIKT OM BOETS PASSIVA.....	30
4.4 § 281 ANDRE LEDD.....	33
4.4.1 UNDERBALANSE.....	35
4.4.2 BETALINGSUDYKTIGHET.....	37
4.4.3 STRAFFVERDIGHET, LOVBRUDDETS GROVHET.....	39
4.4.4 HENSynet TIL PREVENsjON.....	43
4.4.5 BEHOVET FOR EN REDUSERT SANNSYNLIGHETSGRENSE	44
4.4.6 SPRÅK, TRADISJON OG HENSIKTMESSIGHETSBETRAKTNINGER.....	48
4.4.7 RETTSSIKKERHET	51
4.4.9 TOLKNINGSRESULTAT	52
<u>5. AVSLUTNING.....</u>	<u>53</u>
<u>LITTERATURLISTE MED FORKORTELSER.....</u>	<u>55</u>

1. Innledning

1.1 Emne og Problemstilling

Problemstillingen i denne fremstillingen er om forsettskravet i Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 § 281 avviker fra det som antas å følge av den generelle forsettslære.

Straffeloven § 281 gjelder svikaktig boforringelse.

Etter første ledd må skyldneren være ”under konkurs, offentlig akkordforhandling eller annen forhandling om gjeldsordning”.

Den straffbare handling går ut på å forringe kreditorenes dekningsadgang i sin alminnelighet enten ved å redusere aktiva eller ved å forøke passiva.

Etter annet ledd er det en forutsetning at skyldneren ”ikke vil kunne tilfredsstille alle fordringshavere”. Den straffbare handling består, som i første ledd første alternativ, i at skyldneren ”søker å unndra noen av sine eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne”.¹

Slettet: ¶

Skyldkravet i § 281 er forsett, jfr strl § 40.

En tolkning av forsettskravet i strl § 40 har, i et samspill mellom teori og rettspraksis, ført til at man i strafferetten opererer med en nærmere forståelse av hva som ligger i begrepet forsett. Man kan dermed si at det gjelder en generell forsettslære i norsk rett. Det følger av denne læren hva som vanligvis ligger i kravet til forsett.

En forutsetning for at innholdet i forsettskravet kan diskuteres er at det kreves forsett i relasjon til det aktuelle moment i § 281. Selv om skyldkravet i bestemmelsen i utgangspunktet er forsett, kreves ikke nødvendigvis forsett i relasjon til alle objektive momenter. En side av problemstillingen blir derfor hvor mye som kreves mht forsettets dekning i § 281, herunder hvilke følger det får at gjerningspersonen befinner seg i uvitenhet om rettsregler utenfor straffebudet selv.

¹ Andenæs (1996) s. 152, 158

Forsettslæren inneholder gråsoner og uavklarte grensespørsmål. De problemstillinger som her reises dreier seg om gråsonene og grensene mellom forsett og uaktsomhet. Det er forsettskravet som behandles, følgelig de nedre grensene for dette.

Hvordan innholdet i forsettsbegrepet tolkes vil få avgjørende betydning der uaktsomme handlinger ikke er kriminalisert. I følge strl § 283 rammes også grovt uaktsomme overtredelser av § 281. Det medfører at straffansvaret ikke står og faller med om forsettsbegrepet kan anvendes. Drøftelsen får dermed et noe teoretisk preg. Som teoretisk problem er imidlertid forsettsbegrepets grenser i seg selv interessant. Tolkningen av forsettsbegrepet vil også få avgjørende betydning der omstendigheter ved handlingen gjør det ønskelig å straffe for forsettlig overtredelse av § 281. Dette fordi strafferammen i § 283 er vesentlig lavere, og man ved å anvende forsettskarakteristikken får frem det straffverdige ved handlingen.

1.2 Straffbarhetsvilkårene

I strafferetten oppstilles fire grunnleggende vilkår for at noen skal kunne straffes for sin handlemåte. Det kreves for det første at det foreligger et straffebud som passer på handlingen jfr Grl § 96. En betingelse for straffansvar er også at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn f eks nødrett eller nødverge. Videre må handlingen være foretatt av en tilregnelig person. Disse betingelsene er alle nødvendige, men ikke tilstrekkelige for å idømme straffansvar. I tillegg kreves at gjerningspersonen har utvist skyld.²

I denne fremstillingen er det straffbarhetsvilkåret skyld som står sentralt. Innenfor dette komplekse vilkåret skal skyldformen forsett behandles. De øvrige betingelser for straff skal ikke behandles nærmere.

1.3 Den videre fremstilling og avgrensning

Fremstillingen deles opp i to. Jeg vil først fremstille den generelle forsettslære de lege lata. Hovedvekten legges der på forsettstypene sannsynlighetsforsett og dolus eventualis, da det er disse som danner den nedre del av forsettsbegrepet. Deretter vil jeg tolke § 281 for å finne frem til hvor langt forsettet må rekke i relasjon til denne

² Andenæs (1997) s. 95

bestemmelsen, og hvilket innhold forsettskravet har. Jeg vil med andre ord finne frem til den rettsregelen som fremkommer etter en tolkning av § 281.

Skyldformen forsett reiser et mangfold av spørsmål. Flere sider av dette spørsmålet vil ikke bli behandlet her, selv om det gjelder tilgrensende rettslige spørsmål.

Forsettskravet for medvirkningshandlinger og forsøkshandlinger vil derfor ikke behandles nærmere. Det er det teoretiske forsettskrav som skal fremstilles, ikke den praktiske anvendelsen av dette. Bevis for forsett faller derfor utenfor fremstillingen, og vil bare bli drøftet der dette har relevans for det teoretiske innholdet i forsettskravet.

Ved tolkningen av § 281 behandler jeg de enkelte ledd og vilkår fortløpende. Jeg har imidlertid valgt å knytte drøftelsen opp mot enkelte elementer i gjerningsbeskrivelsen. Andre vilkår behandles mer overfladisk. En detaljert tolkning av alle vilkår ville ført til mye gjentakelse, og sprengt rammene for denne fremstillingen. I første ledd, vilkåret om skyldnerens økonomiske situasjon, behandles av den grunn bare konkurs. Offentlig akkordforhandling eller annen forhandling om gjeldsordning vil ikke behandles nærmere. De øvrige vilkår er gjenstand for tolkning. I annet ledd behandles kun vilkåret om skyldnerens økonomiske situasjon. Det avgrenses således mot de øvrige momenter i annet ledd.

1.4 En begrepsavklaring

Enkelte steder i fremstillingen anvendes begrepet ”økonomisk kriminalitet” som en betegnelse på en kriminalitetsgruppe strl § 281 faller inn under.

Begrepet er imidlertid upresist, og det er ikke i seg selv klart at strl § 281 omfattes av dette. Kjernen i begrepet blir ofte definert som:

” kriminalitet begått i tilknytning til en organisert økonomisk virksomhet som i seg selv er, eller gir seg ut for å være lovlig.”³

Det er alminnelig antatt at bestemmelsene i straffelovens gjeldskapittel faller innenfor begrepet ”økonomisk kriminalitet”.⁴

³ Oftedal Broch (1994) s. 24

⁴ NOU 1999:23 s. 11, Kriminalstatistikken 1998 s. 112

1.5 Skyldkravets begrunnelse

I dag fremstår kravet om at gjerningspersonen må ha utvist skyld for å kunne straffes som en selvfølgelighet. Dersom staten kunne straffe uten at gjerningspersonen var å bebreide ville det bli oppfattet som urettferdig og inhumant. Tidligere tiders germanske og romerske rett bygget imidlertid på et objektivt straffansvar. Utgangspunktet ble da tatt i den forurettedes standpunkt og den objektive krenkelse, slik at gjerningspersonens subjektive forhold ble av mindre betydning. Tanken om moralsk gjengjeldelse viser seg i dagens forhold mellom stat og individ. Staten har ikke noen ”rett” til å straffe dersom ingen er å bebreide. De internasjonale menneskerettigheter bygger også på et slikt grunnsyn.⁵

Skyldkravets preventive virkning er også anført som begrunnelse for dets eksistens. En straffetrussel kan ikke virke preventivt ovenfor den som ikke vet, og ikke kan vite at han gjør seg skyldig i en rettskrenkelse.⁶

1.6 Hensyn bak straffeloven § 281

Straffansvaret for konkursdebitors kreditorskadelige handlinger fremstår som et vern for kreditor. Det sentrale formål bak reglene er å hindre debitor i å tømme boet for midler med den følge at kreditorene ikke får dekning for sine krav

Det er på det rene at det foreligger straffbare handlinger i et stort antall konkurser. Overtredelse av en eller flere bestemmelser i straffelovens gjeldskapittel antas å foreligge i mer enn 60% av konkursboene.⁷ Dette tilsier at denne type kriminalitet er svært aktuell. I straffelovrådets mandat om forbrytelser i gjeldsforhold fremkommer det at:

” Økonomisk kriminalitet representerer et stort og økende problem for samfunnet og rettsstaten. Bekjempelse av økonomisk kriminalitet generelt og konkurs kriminalitet spesielt er derfor et særlig satsingsområde for regjeringen...Hensiktsmessige og effektive straffebestemmelser er et viktig virkemiddel i kampen mot denne typen kriminalitet.”⁸

⁵ Eskeland (2000) s. 256

⁶ Andenæs (1997) s. 194

⁷ Konkusrådet (2000) s. 180

⁸ NOU 1999:23 s. 11

1.7 Legislative hensyn bak valg av skyldform i strl § 281

Rettferdighetsbetraktninger tilsier at det må kreves den form og type skyld som fremstår tilstrekkelig straffverdig i forhold til gjerningsbeskrivelsen i § 281, og de potensielle skadevirkningene bestemmelsen representerer. Straffverdighet et sentralt vurderingstema når lovgiver vurderer hvilken skyldform som bør kriminaliseres.

Forsett er den mest klanderverdige form for skyld. Kommisjonen fremhever at det bør vises tilbakeholdenhet med bruk av straff, og at uaktsomme overtredelser er vesentlig mindre straffverdige enn forsettlig overtredelser.⁹ Straffelovrådet vurderte om simpel uaktsomhet burde kriminaliseres, men konkluderte med at ”straff for uaktsomme handlinger vil føre for langt”. Videre at ” det kan også bli forekomme at skyldneren er uaktsomt uvitende om en forpliktelse som gjør at han er eller står i påtakelig fare for å bli insolvent. Det synes mindre rimelig å kriminalisere slike handlinger.”¹⁰

Etter dette kan bare den klart straffverdige skyldutøvelse begrunne straffansvar etter § 281. Straffverdigheten får derfor også betydning når innholdet i forsettet skal klarlegges.

2. Den generelle forsettslære

Forsett er hovedregelen i straffeloven jfr straffeloven § 40. Hvert straffebed må imidlertid alltid tolkes for finne frem til hvilken skyldform som der er et vilkår for straffansvar. Det nærmere innhold i forsettskravet er ikke definert i straffeloven. En alminnelig forståelse av ordlyden i strl § 40 fører ikke særlig langt. Noe om forsettskravet er sagt i forarbeidene¹¹, men det er først og fremst rettspraksis og relativt rikholdig teori som trekker opp linjer og grensedragninger for forsettskravets innhold.

Forsettet innebærer grovt sagt at gjerningspersonen har vært seg bevisst overtredelsen av gjerningsbeskrivelsen i et straffebed. Gjerningsmannen har med en viss viljesretning

⁹ NOU 2002:4 s. 87

¹⁰ NOU 1999:23 s 58

¹¹ SKM 1896 s. 57-58 jfr Eskeland (2000) s. 258

og en viss viten utført den kriminaliserte handling.¹² Dette er dog kun et utgangspunkt. At forsettet også kan inneholde en mer eller mindre konstruert bevissthet vil jeg komme tilbake til nedenfor. Når gjerningsmannens handling er forsettlig er dette et bilde på de tanker og valg som han tok i gjerningsøyeblikket. Forsettet anses som den mest klanderverdige, groveste, og mest straffverdige skyldform. Teorien deler forsettsformen inn i ulike typer etter hvilke tanker gjerningsmannen gjorde seg mht gjerningsbeskrivelse og eventuelle følger.

2.1 Visshetsforsett

Gjerningsmannen har handlet med visshetsforsett når han har sikker viten om at alle elementene i gjerningsbeskrivelsen blir oppfylt ved handlingen. Visshetsforsettet bygger på en todelt prosess; kombinasjonen innsikt og beslutning.¹³ Forsett bygget på sikker kunnskap kan teoretisk bare foreligge ved handlingsdelikter. Når det gjelder følgedelikter vil det alltid kunne tenkes at handlingsforløpet blir annerledes enn det gjerningspersonen holdt for sikkert. I praksis vil en ofte allikevel si at følgen er sikker.¹⁴ Dette er det klare forsettet, som ikke skaper de store problemer.

2.2 Sannsynlighetsforsett

Sannsynlighetsforsettet forutsetter en vurdering av hvor sannsynlig gjerningsmannen fant handlingsforløpet. I motsetning til ovenfor har vi her å gjøre med kombinasjonen sannsynlighetsbedømmelse og beslutning. Det følger av rettspraksis, teori, og NOU 2002:4 at gjerningsmannen må ha handlet med bevissthet om at gjerningsbeskrivelsen i et straffebud sikkert eller overveiende sannsynlig vil inntre.¹⁵

Sannsynlighetsforsettet forutsetter at handlingen eller følgen ”overveiende sannsynlig” vil inntre. Hva ligger så i dette kravet? Det skal innledningsvis presiseres at det nærmere innhold i dette kravet er meget teoretisk. Nivået for innsikt og viten kan vanskelig uttrykkes i en prosentsetning.¹⁶ I praksis er det ikke mulig å tallfeste nøyaktig hvor stor sannsynlighet det er for at en handling eller følge vil inntre. Prosentangivelsen blir et

¹² Røstad (1993) s. 116

¹³ Andorsen (1996) s. 118

¹⁴ Eskeland (2000) s. 261

¹⁵ Eks Rt 1945 s. 273, Rt 1969 s. 941 jfr Andenæs (1997) s. 217

¹⁶ Røstad (1982) s. 284

hjelpemiddel for tanken.¹⁷ Hvor grensen for sannsynlighetsforsettet går er allikevel avgjørende for hva som omfattes av det rettslige forsettsbegrepet.

2.2.1 Sannsynlighetsforsettets grense nedad

I forarbeidene til straffeloven brukes uttrykket ”ganske overveiende sannsynlig”. Gradsadverbet ”ganske” manglet i det utkast kommisjonens formann la frem i 1887, og det er ikke konsekvent tatt med i alle forbindelser i utkastet av 1896. Ordvalget må imidlertid berettige til å hevde at kommisjonen regnet med en sannsynlighet som lå nær opp til visshet.¹⁸ Dette kravet til særdeles høy grad av sannsynlighet ble imidlertid modifisert allerede før straffeloven trådte i kraft. I Rt 1902 s 206 godtok Høyesterett en rettsbelæring hvor lagmannen hadde uttalt at det måtte være nok til å anse en drapshandling utført med forsett ” at den handlende har forutsatt virkningenes inntreden for overveiende sannsynlig.”

Rent språklig krever ”overveiende sannsynlig” bare en overvekt av sannsynlighet. I årene etter 1902 har sannsynlighetskriteriet vært anvendt i en rekke dommer. Mye kan tyde på at rettspraksis etter hvert har slått noe av på kravet til overvekt.¹⁹ Sannsynlighetsforsettet forutsetter imidlertid en overvekt av sannsynlighet, slik at følgen må ha fremstått som mer sannsynlig enn det motsatte resultat. Forsettskravet er dermed oppfylt hvis det er mer enn 50% sikkerhet for at følgen skulle inntre.²⁰ Er sannsynligheten lavere vil skylden karakteriseres som bevisst uaktsomhet eller forsettstypen *dolus eventualis*.²¹

Til dette gjøres det i Rt 1966 s 698 en tilføyelse; det er ikke tilstrekkelig til fellelse for en følge at denne virkning etter rettens mening vil være overveiende sannsynlig. ”Det må i tilfelle kreves at gjerningsmannen har regnet med en slik sannsynlighet”. Denne tilføyelsen følger imidlertid også av forsettskravet selv og reglene om villfarelse. Det er selvsagt gjerningspersonens oppfatning av den faktiske situasjon som skal legges til grunn.

¹⁷ Eskeland (2000) s. 263

¹⁸ Røstad (1982) s. 283

¹⁹ Røstad (1982) s. 284

²⁰ Røstad (1993) s. 129, Eskeland (2000) s. 262 m. Fl.

²¹ Eskeland (2000) s. 262

2.2.2 Kreves det i noen tilfeller et skjerpet krav til sannsynlighet?

Teorien utelukker ikke at terskelen kan variere noe med hensyn til de ulike lovbrudd.²² Dersom kravet til sannsynlighet skulle variere, har det blitt hevdet at et relevant moment vil være alvorlighetsgraden av forbrytelsen, og hvor stemplet gjerningsmannen vil bli ved en eventuell domfellelse.

Problemstillingen blir berørt i NOU 1992:23 der kommisjonen fremhever at kravet om sannsynlighetsovervekt i utgangspunktet bør gjelde likt ved alle typer lovbrudd. Men jo mer alvorlig lovbruddet er jo mer forsiktig bør man være med å la sannsynlighetsgrader ned mot 50% være tilstrekkelig. Det ser her ut til at kommisjonen aksepterer at kravet til sannsynlighetsovervekt kan være forskjellig for ulike typer lovbrudd.²³

Andersen hevder at det ved mindre alvorlige forgåelser neppe kreves mer enn simpel sannsynlighetsovervekt, mens det nok kreves en større grad av sannsynlighet ved de alvorligste.²⁴

Andenæs finner ikke noe støtte for et skjerpet sannsynlighetskrav i rettspraksis, og fremhever at det er vanskelig å se noen reale grunner for en slik løsning. Hensynet til enkelhet og oversikt taler for å legge til grunn et generelt kriterium.²⁵

Waaben fremhever i sin doktoravhandling at det er vanskelig å godtgjøre at forsettsgrensen i dansk rett ligger høyere ved noen forbrytelser enn ved andre. Allikevel forholder det seg rimeligvis slik. Grensen bestemmes, i følge Waaben, ved et samspill mellom tradisjon, reelle hensyn og umiddelbare fornemmelser som gjør seg gjeldende innenfor de enkelte gjerningstyper. I mangel av sikre holdepunkter må man nøye seg med formodninger. Waaben antyder at sannsynlighetsgrensen nok ligger relativt høyt ved falsk forklaring og drap, lavere ved heleri, og kanskje enda lavere ved kjønnslig forhold til personer under 18 år.²⁶

Det synes etter dette som om de ulike teoretikere heller mot at det kan tenkes et skjerpet forsettskrav ved alvorlige forbrytelser. Fraværet av rettspraksis til støtte for et skjerpet

²² Røstad (1993) s. 129, Andersen (1996) s. 119

²³ NOU 1992:23 s. 117

²⁴ Andersen (1996) s. 118

²⁵ Andenæs (1997) s. 217

²⁶ Waaben (1973) s. 352

sannsynlighetskrav kan kanskje forklares ved at en domstol i sine premisser vanskelig kan gi en nærmere gradering av sannsynligheten.²⁷ Det er allikevel påfallende at vi overhodet ikke finner støtte for et slikt tolkningsresultat i rettspraksis. Dersom en ser på utviklingen av kravet til sannsynlighet de siste hundre år, ser det heller ut som om utviklingen i retning av et lavere krav (fra nærmere visshet til overvekt av sannsynlighet) har vært uavhengig av alvorligheten av lovbruddet. Dommen fra 1902, som var den første dommen der kravet til ”overveiende sannsynlig” kvalifiserte til forsettlig overtredelse, gjaldt to personer tiltalt for vanskjøtsel og drap av barn.

I Rt 1999 s 220 fremkommer uttalelser om grensene for sannsynlighetsforsettet.²⁸ Domfelte var her funnet skyldig i å ha forvoldt en annens død for å lette eller skjule en annen forbrytelse. Faktum i saken var kort at han tok seg inn på soveværelse til offeret for å lete etter penger. Da hun våknet og skrek, kastet han seg over henne, slo løs på henne med nevene og dunket hodet hennes flere ganger i gulvet. Høyesterett sier:

”når det gjelder de subjektive vilkår, har lagmannsretten lagt til grunn at tiltalte, i hvert fall dersom han hadde vært edru, ville innsett dødsfølge som mer sannsynlig enn at offeret ville overleve. Domfeltes skyld er ansett å ligge i det nedre området av forsettsbegrepet”.

Den rettsregelen som retten her anvender er at forsettskravet er oppfylt dersom det fremsto som mer sannsynlig for tiltalte at følgen ville inntreffe enn at den ikke ville det. Språklig sett synes dette som om grensen settes på 51%. Høyesterett fremhever det ”gruoppvekkende” ved handlingen, allikevel er sannsynlighetsgrensen på ” den nedre del av forsettsbegrepet”. Når det gjelder det konkrete spørsmål Høyesterett tok stilling til, kravet til sannsynlighet ved drap, må avgjørelsen sies å gi uttrykk for gjeldende rett. I denne sammenheng kan man derfor ikke legge til grunn at sannsynlighetskravet ligger høyere for drap enn mindre alvorlige forbrytelser.

²⁷ Andenæs (1997) s. 217

²⁸ Kjennelsen gjelder straffutmålingen.

2.2.3 Aksepteres sannsynlighet på, eventuelt under 50%?

Andenæs reiste i sin første utgave²⁹ av Alminnelig strafferett spørsmålet om det i de senere år har vært en tendens til å nøye seg med lavere sannsynlighetsgrader. Bratholm har under henvisning til Andenæs uttalt at det har vært avsagt en del dommer som tyder på at det har vært tilstrekkelig med mindre enn 50% sannsynlighet for å konstatere forsett, men dommene er ikke helt klare. Rt 1946 s. 769 er blant de avgjørelser som anføres. Den utvidede lagmannsrett kjente gjerningsmannen skyldig i forsettlig drap i det tiltalte var ”klar over at det var en *nærliggende mulighet* for at RO ved den usedvanlige mishandlingen kunne dø.” I Rt 1946 s. 1140 som gjelder fellelse etter § 223 ble det uttalt at tiltalte ”må ha vært klar over at hans anmeldelse *kunne føre til* frihetsberøvelse for den anmeldte.” I en avgjørelse inntatt i R.Mbl. 25 s. 88 fant Høyesterett at lagmannsretten hadde gitt tilstrekkelig klart uttrykk for at tiltalte hadde handlet med forsett når de uttalte at ”tiltalte har forstått at hans angiveri av S sannsynligvis ville føre til ulovlig frihetsberøvelse av han”.

Røstad kommenterer til disse avgjørelsene at det vel har vært ordbruken som har vært mindre heldig.³⁰

Waaben reiser spørsmålet om det ved noen typer berikelsesforbrytelser er tilstrekkelig til domfellelse med mindre enn 50% sannsynlighet for formuestap, slik at det mer blir tale om et kvalifisert fareforsett enn et sannsynlighetsforsett. Forfatteren konkluderer imidlertid ikke på dette spørsmålet.³¹

Kommisjonen fremhever i NOU 1992:23 at det, utenom *dolus eventualis* tilfellene, aldri bør aksepteres sannsynlighetsgrader under 50% som sannsynlighetsforsett.³² Videre sies det at dersom man fjerner *dolus eventualis* ”kan praktiske behov medføre at man vil la mindre sannsynlighetsgrader enn 50% være tilstrekkelig og dermed dømme for forsett også når lovbrøyteren så følgen bare som en mulighet”.³³ Begrunnelsen brukes her som et argument for å opprettholde *dolus eventualis*. Som det redegjøres for nedenfor er denne typen forsett nå foreslått opphevet i NOU 2002:4, uten at behovet for en redusert

²⁹ I Annen , tredje og fjerde utgave har han føyd til reservasjonen ”etter formuleringen å dømme”, Andenæs (1997) s. 217

³⁰ Røstad (1982) s. 284

³¹ Waaben (1973) s. 352

³² NOU 1992:23 s. 117

sannsynlighetsgrense kommenteres ytterligere.³⁴ Dette gir følgelig aktualitet til problemstillingen om forsettsgrensen i noen tilfeller kan senkes under 50%.

2.3 Hensiktsforsett - dolus determinatus

En handling er også forsettlig dersom den er tilstrebet. Gjerningspersonen har da hatt som ønske å fremkalle det bestemte resultat ved sin handlemåte. Sannsynligheten for at resultatet skal inntre eller ikke har ingen betydning, forutsatt at grensen mot ”dagliglivets alminnelige risiko” er overskredet. Tanken er at ønsket om å opptre i strid med straffebudet gir grunnlag for så store bebreidelser at det er rimelig å karakterisere tilfellene i den strengeste kategorien av skyld, forsettet.³⁵

Tradisjonelt har dette vært ansett som en av de sikreste former for forsett.

2.4 Dolus eventualis

Forsettet omfatter også tilfeller der gjerningspersonen bare holder handlingen / følgen som mulig, altså der sannsynligheten er lavere enn 50%. Ved å holde følgen for mulig foreligger også her en viss form for bevissthet og innsikt, men det må kreves noe mer for å statuere et mer klanderverdig forhold enn bevisst uaktsomhet. Forsettsformen inneholder to komponenter. I tillegg til å holde følgen som mulig må gjerningspersonen ha tatt det standpunkt å ville foreta handlingen selv om det resultat som gjerningspersonen bare holdt som mulig, faktisk skulle inntre.³⁶

2.4.1 Grunnvilkåret: Handlingen / følgen fremstår som mulig

Gjerningspersonen må ha innsett muligheten for at følgen vil inntre ved handlingen. Gjerningspersonen foretar en sannsynlighetsvurdering der sannsynligheten for følgens inntreden er under 50%. Spørsmålet blir hvor lav sannsynlighet som er kvalifiserende etter denne forsettstypen, hvor langt under 50% sannsynlighet kan man gå.

Andersen hevder at det må kreves det man kan kalle en praktisk mulighet, - en mulighet som folk flest ville vært oppmerksom på og regnet med. Videre hevder han at når dolus eventualis skal anvendes i praksis, med de svakheter denne forsettsformen har, kan det

³³ NOU 1992:23 s. 118

³⁴ Se pkt 4.4.5

³⁵ Eskeland (2000) s. 264

³⁶ NOU 2002:4 s. 225

være grunn til å kreve en noe høyere sannsynlighetsgrad enn om skyldformen var bevisst uaktsomhet.³⁷

2.4.2 Tilleggsvilkåret: Den hypotetiske komponent

Gjerningspersonens tankeprosess må også omfatte det element at hvis følgen skulle inntre, så ville han allikevel gjennomføre handlingen. Dette er den positive innvilgelsesteori. Det faktiske bevissthetsinnholdet omfatter tilleggsvilkåret. Det hypotetiske ved tilleggsvilkåret er at gjerningsmannen har tenkt seg en konstruert situasjon; hva hvis... Det er denne formen for *dolus eventualis* som er anerkjent i norsk rett, og som ble foreslått av straffelovkommisjonen i NOU 1992:23.

Den andre typen *dolus eventualis* er den hypotetiske innvilgelsesteori. Det er der dommeren som settes i fokus, og dommeren som oppstiller hypotesen; hva ville gjerningspersonen ha besluttet dersom han hadde vært seg bevisst at følgen ville inntre. I følge denne teorien har vurderingen av hvilken beslutning han ville tatt hvis følgen skulle inntre overhodet ikke vært en del av gjerningsmannens tankeprosess.

Den grunnleggende dom om *dolus eventualis* finner man i Rt 1991 s 600. Saken gjaldt straffeloven § 162. Domfelte hevdet at han ikke kjente til at det nettopp var heroin han innførte til landet, og heller ikke at narkotikapartiet var så stort som det faktisk var. I den protokollerte rettsbelæring heter det: ” Det er også forsett dersom tiltalte ikke visste at han hadde med seg narkotika av den art, og i det omfang han hadde, såfremt lagretten finner det bevist at han ville ha gjennomført innførselen dersom han hadde visst eller regnet det som sannsynlig at det var et slikt parti han hadde med seg.” Høyesterett mente at dette ga uttrykk for den hypotetiske innvilgelsesteori og formulerte selv den godtagbare positive teorien slik på det avgjørende punktet: ”Finner retten det bevist at tiltalte har tatt en slik beslutning, skal retten legge til grunn at det foreligger forsett.”³⁸

Spørsmålet blir så hvilken grad av sannsynlighet det, etter den positive innvilgelsesteori, må stilles til gjerningspersonens tanker om at følgen ville inntre. De lege lata kreves det til fellelse for forsett at gjerningspersonen ville ha foretatt handlingen selv om følgen *mest sannsynlig* ville inntre. Straffelovkommisjonens forslag inneholder formuleringen

³⁷ Andorsen (1996) s. 123

”vil bli oppfylt”. Med det er det søkt uttrykt et krav om sikkerhet.³⁹ Dette ville innebære en innskrenkning i forhold til gjeldende rett. Endringen begrunnes ut fra de betenkeligheter som kan reises mht berettigelsen av skyldformen *dolus eventualis*. Innstramningen møtte kritikk, blant annet fra Oslo politikammer som foreslo en lovfesting av kravet til sannsynlighetsovervekt. Det ble hevdet at innstramningen ville medføre ytterligere bevismessige problemer, og kanskje dermed føre til at det åpnes for lavere sannsynlighet enn 50% under sannsynlighetsforsettet.

I NOU 2002:4 tas igjen opp til vurdering de argumenter som er anført mot forsettsformen *dolus eventualis*. Et flertall i kommisjonen ser ikke grunn til å beholde skyldformen. De fremholder det prinsipielt betenkelige ved skyldformen, især det forholdet at også den positive innvilgelsesteori inneholder et hypotetisk element, de betydelige bevisproblemer som ofte oppstår, og de store vansker man har hatt med å formulere temaet. Det fremholdes at denne forsettsformen samlet sett representerer så store rettssikkerhetsproblemer at denne bør oppgis.

Dette medførte at forslaget til definisjoner av skyldformer i NOU 2002:4 ikke inneholder skyldformen *dolus eventualis*.⁴⁰

Det må antas at straffelovkomiteens innstilling vil bli vedtatt. Johs Andenæs har kommentert noen av de kontroversielle endringene kommisjonen har fremsatt. Hans synspunkt er at kommisjonens argumentasjon for å gå bort fra forsettsformen *dolus eventualis* virker overbevisende.⁴¹

³⁸ Andorsen (1996) s. 132

³⁹ NOU 1992:23 s. 118

⁴⁰ NOU 2002:4 s. 224

⁴¹ Andenæs (2002) s. 164

2.5 Særskilte forsettskrav

Noen ganger vil det være særskilte holdepunkter i ordlyd, forarbeider eller rettspraksis til å tolke det enkelte straffebud slik at det kreves en bestemt forsettstype.

En forholdsvis vanlig type forsett er kravet til hensikt. Med dette menes at gjerningspersonen må ha handlet med det formål å oppnå en bestemt følge.⁴²

I disse tilfellene er det ikke nok at det foreligger forsett etter den generelle lære. Det kreves noe mer.

Overlegg er en annen forsettstype. Her kreves tid og anledning til å overveie om man skal foreta handlingen eller ikke. Dersom dette er tilfelle og gjerningspersonen velger å handle foreligger forsett i form av overlegg.

Noen straffebud krever at forsettet er kvalifisert, altså betydelig høyere sannsynlighet enn 50%. Et eksempel er straffeloven § 139, som setter straff for den som ikke anmelder at noen forbereder, eller har gjennomført nærmere bestemte forbrytelser. Et vilkår er at gjerningspersonen har ”pålitelig kunnskap” om dette. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det bør kreves ganske høy grad av sannsynlighet for gjerningspersonens kjennskap til forbrytelsen. Dette støttes også av reelle hensyn, herunder hensynet til straffverdighet; det er lite straffverdig ikke å anmelde en forbrytelse som man ikke er rimelig sikker på at er, eller vil bli begått.⁴³

2.6 Straffelovkommisjonens forslag til ny straffelov.

Det foreligger nå forslag til definisjon av forsettskravet i NOU 2002:4. I forslaget § 3-9 fremkommer det at

”Forsett foreligger når noen

1. handler med hensikt å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, eller
2. handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.

For forsett kreves det ikke at gjerningspersonen er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 3-13.”⁴⁴

⁴² Eskeland (2000) s. 266

⁴³ Eskeland (2000) s. 268

⁴⁴ NOU 2002:4 s. 476

Med dette vil hovedprinsippene i skyldkravet bli lovfestet. Det nærmere innhold må fremdeles klarlegges gjennom en tolkning.

Det kan spørres om disse formlene som har utviklet seg gjennom praksis og teori, og nå er foreslått lovfestet, er uttømmende. Dette har betydning bl a for sannsynlighetsforsettets grense nedad. Andenæs reiser spørsmålet og viser til nyere dansk teori. Det har der vært en tendens til å betone at forsettsbegrepet ikke kan uttømmes ved faste formler, men at dommeren bør gis en betydelig skjønnsmyndighet til å vurdere hva som bør kreves i det konkrete tilfellet. Andenæs er et stykke på vei enig med resonnementet, og sier at man kanskje ikke bør legge for stor vekt på teori og praksis der andre hensyn gjør seg gjeldende. Det har allikevel sin store verdi i at det i teori og praksis utformes regler som domstolene kan holde seg til.⁴⁵

Et mindretall i kommisjonen fremhevet at selv om forslagets § 3-9 er ment å favne alle de ulike forsettsformene man finner i praksis, kan det ikke sees helt bort fra at det unntaksvis vil kunne bli tale om å konstatere forsett også i tilfeller som faller utenfor disse definisjonene. Flertallet tar ikke opp denne problemstillingen.⁴⁶

3. Skyld som vilkår for straffansvar

Det eksisterer to former for skyld i norsk rett: forsett og uaktsomhet jfr strl § 40. Det er en nesten unntaksfri regel at det for straffbarhet kreves subjektiv skyld hos den handlende.

Før forsettskravet i § 281 skal fremstilles, er det noen begreper og utgangspunkter som fortjener omtale. Dette fordi de er helt sentrale i fremstillingen. Jeg vil derfor helt kort redegjøre for enkelte sentrale elementer i straffbarhetsvilkåret skyld. Siktemålet er å anvende disse elementer ved tolkningen av § 281.

⁴⁵ Andenæs (1997) s. 220

⁴⁶ NOU 2002:4 s. 225

3.1 Dekningsprinsippet

Skylden må dekke alle de objektive momenter i § 281, jfr strl §§ 40 og 42.

Hovedregelen er at samme skyldform gjelder for alle elementene i gjerningsbeskrivelsen. Dette beror etter vanlig oppfatning på en tolkning av begrepet forsett i strl § 40.⁴⁷ Dette er dog ikke mer enn et utgangspunkt. Det kan tenkes at det etter en tolkning fremkommer at det kreves forskjellig skyldform eller skyldgrad i tilknytning til de ulike momenter i ett og samme straffebud. Dersom gjerningsmannen ikke har utvist den skyld som kreves for det aktuelle objektive moment, kan han ikke straffes. Dette gjelder både de følger straffebudet nevner og de øvrige ledd av straffebudets beskrivelse av den straffbare handling.

3.2 Faktisk villfarelse

Det følger av forsettskravet, dekningsprinsippet, og er slått fast i strl § 42 at den som har vært i villfarelse om et moment som ”betinging straffbarheten”, ikke kan straffes. Dette innebærer at enhver skal bedømmes etter sin egen oppfatning av den faktiske situasjon. Høyesterett har også slått fast at det gjelder et generelt ulovfestet prinsipp av et slikt innhold i norsk strafferett.⁴⁸

Det følger av det aktuelle straffebud hvilke objektive momenter som der betinger straffbarheten. Inn under formuleringen i § 42 faller også straffrihetsgrunnene.⁴⁹

3.3 Rettsvillfarelse

Rettsvillfarelse foreligger der gjerningsmannen har vært uvitende om handlingens ulovlighet. Hans tanker og valg mangler i mange tilfeller da det element av bebreidelse som er avgjørende for skyldspørsmålet. Rettsvillfarelsens betydning for straffbarheten reguleres i utgangspunktet av strl § 57. I rettspraksis er det nå en helt fastslått setning at det også ved forsettlig rettsbrudd bare krever uaktsomhet med hensyn til rettsnormen. Forsettskravet innebærer dermed ikke at det for domfellelse kreves kjennskap til at handlingen er ulovlig, forsettet må ikke dekke dette element.

Ikke enhver rettsvillfarelse bedømmes etter §57. Med støtte i forarbeidene går visse former for rettsvillfarelse inn under § 42. Grensen mellom de to typer villfarelse, gjerne

⁴⁷ Eskeland (2000) s. 290

⁴⁸ Slettan, Øie (1997) s. 195 jfr Rt 1983 s. 1268

betegnet som egentlig og uegentlig villfarelse, lar seg ikke trekkes etter klare kriterier. Grensen må trekkes utfra en tolkning av det enkelte straffebud. Når straffebudet krever forsett vil det være avgjørende om villfarelsen bedømmes etter § 42 eller § 57. Dersom den bedømmes etter § 42, vil man kreve forsett med hensyn til lovkunnskapen. Dersom gjerningspersonen har vært i villfarelse, vil forsettskravet ikke være oppfylt. Han blir dermed å frifinne for sin uvitenhet. Dersom man bedømmer rettsvillfarelsen etter § 57, kreves bare uaktsomhet. Gjerningspersonens uvitenhet vil da sjelden føre til frifinnelse.

Forståelse av strl § 281 forutsetter kunnskap om rettsregler utenfor straffebudet selv. Distinksjonen mellom de to villfarelsesbestemmelser kan derfor vise seg å være av avgjørende betydning for kravet til forsettsdekning etter denne bestemmelsen. Dette tolkningsspørsmål blir dermed en viktig del av drøftelsen under pkt 4, forsettskravet i strl § 281.

4. Forsettskravet i straffeloven § 281

4.1 Rettskilder

Ved tolkningen av § 281, vil jeg naturligvis anvende alminnelig rettskildelære. Noen fremstilling av rettskildelæren hører ikke hjemme i denne fremstillingen. Jeg vil imidlertid knytte noen bemerkninger til den rettskildesituasjonen jeg står overfor ved tolkningen av §281.

4.1.1 Lovtekst - forholdet til lovsprinsippet

Utgangspunktet ved tolkning av straffebud er den naturlige forståelsen av bestemmelsen etter vanlig språkbruk.⁴⁹ Ordlyden i § 281 vil selvsagt tolkes i samsvar med dette. At skyldkravet i § 281 er forsett følger av strl § 40. Lovteksten i strl § 40 får derfor også betydning. Noen alminnelig forståelse av ordlyden i § 40 gir lite. Denne fremstår således som meget vag og upresis.

⁴⁹ Eskeland (2000) s. 295 jfr Rt 1974 s. 841.

⁵⁰ Andenæs (1997) s. 105

Av Kongeriget Norges Grunnlov av 17. mai 1814 § 96 følger et krav om presisjon, og det kan spørres om strl § 40 tilfredsstiller dette kravet. Lovprinsippet gjelder imidlertid ikke like strengt for alle straffbarhetsvilkår, og det kreves ikke at det nærmere innhold i skyldkravet fremkommer av loven.⁵¹ Videre har det tradisjonelt vært hevdet at man ved tolkningen av straffebudet bør legge større vekt på ordlyden enn på andre rettsområder.⁵² Den tradisjonelle holdningen har blitt modifisert i rettspraksis og teori⁵³, og det er heller usikkert om et slikt skjerpet hjemmelskrav kan opprettholdes i dag. Når den alminnelige språklige forståelsen ikke gir noe, kan man heller ikke trekke slutninger om forsettskravets innhold fra ordlyden. Ordlyden kan da naturligvis ikke tillegges stor vekt. I fravær av lovgivning må fremstillingen nødvendigvis forankres i de øvrige rettskildefaktor.

4.1.2 Rettskildefaktorene

Det foreligger lite Høyesterettspraksis som direkte gjelder de tolkningsspørsmål som står sentralt i denne fremstillingen. Den praksis som finnes, som kan gi argumenter i tolkningsprosessen, vil selvsagt tillegges vekt.

Høyesterettspraksis om forsettskravets innhold begrenser seg i stor grad til generelle formuleringer innenfor den alminnelige lære. Dette gir følgelig ikke mye til det nærmere teoretiske innhold i forsettskravet. Dette kan delvis forklares ved at forsetts spørsmålet er utpreget teoretisk, og at den tankeoperasjon som foregår i praksis ikke alltid kommer til uttrykk i dommen. Dette medfører at tolkningen av forsettskravets innhold i § 281 må støttes på andre rettskildefaktorer enn Høyesterettspraksis.

Forarbeidene er generelt en rettskildefaktor av stor vekt. Straffelovens forarbeider er gamle, og til dels ufullstendige. Når disse heller ikke sier noe av betydning for forsettskravet, blir den spesielle vekt som argumentbærer tilsvarende liten. Der det foreligger uttalelser som kan gi noe til drøftelsen vil disse selvsagt anvendes.

⁵¹ NOU 1992:23 s. 73 og s. 115

⁵² Andreassen (2000) s. 37

⁵³ Eksempelvis Eskeland (2000) s. 104 og s. 500, Røstad (1993) s. 76

Det foreligger omfattende dokumenter i tilknytning til arbeidet med ny straffelov. Før det vedtas ny straffelov vil disse bli rubrisert under rettskildefaktoren ” lovens etterarbeider ”. Generelt er ikke denne en faktor av særlig vekt. Det hører med til sjeldenhetene at Høyesterett ved tolkningen av straffebud viser til etterarbeider.⁵⁴ I denne fremstillingen vil dokumentene og drøftelsene der anvendes i den grad de gir argumenter ved tolkningen av forsettskravet i strl § 281. I prinsippet er disse dokumentene ikke annet enn juridisk teori. Det kan stilles spørsmålsteget ved om den generelle vekten som rettskildefaktor blir annerledes enn annen teori i det de kommer til uttrykk i et offentlig dokument. Kan hende kan de til en viss grad tas til inntekt for allment aksepterte meninger. Noe stor vekt kan man imidlertid ikke legge på dette. Meningene må derfor anvendes i den utstrekning de synes godt begrunnet og fremstår som gode rettslige argumenter.

Det foreligger noe juridisk litteratur om forsettskravet i strl § 281. Videre finnes noe litteratur om forsettets gråsoner som kan gi relevante argumenter ved tolkningen av § 281. I prinsippet er ikke juridisk teori noe annet enn meninger om hvordan en straffebestemmelser bør fortolkes. Høyesterett viser fra tid til annen til juridisk litteratur i sin argumentasjon. Dette kan ha betydning for avgjørelsens legitimitet, om de blir oppfattet som rimelig og rettferdig.⁵⁵ Juridisk litteratur er imidlertid ofte skrevet av erfarne og anerkjente jurister, hvis juridiske argumentasjon antas å være godt forankret og begrunnet. For denne fremstillingen er juridisk litteratur, i fravær av øvrige rettskildefaktorer, en naturlig kilde til argumenter. Men det er også i den betydning litteraturen vil anvendes. Argumentene vil bare gis vekt dersom de fremstår som gode og velbegrunnede.

Etter dette ser vi at rettskildesituasjonen, ved tolkningen av § 281, er den at det foreligger noen, men få skriftlig nedtegnede rettskildefaktorer. Drøftelsen tufter seg dermed i stor grad på faktoren reelle hensyn. Reelle hensyn kan karakteriseres som verdier som det kan eller skal legges vekt på for å komme fram til et godt tolkningsresultat.⁵⁶ Man står imidlertid ikke fritt ved valg av hvilke verdier man skal legge vekt på. Når det fremsettes ulike hensyn for og imot et tolkningsresultat kan

⁵⁴ Eskeland (2000) s. 121

⁵⁵ Eskeland (2000) s. 145

⁵⁶ Eskeland (2000) s. 125

argumentasjonen få preg av en personlig synsing, og fort få et ”friretslig preg”. Dette søkes det her i størst mulig grad å unngå. De reelle hensyn som anvendes er ikke tilfeldig valgt. Jeg anvender reelle hensyn som anføres i teorien og vektlegger de i den grad de fremstår som gode argumenter ved tolkningen av forsettskravet i § 281. At reelle hensyn er en relevant rettskildefaktor i norsk rett er på det rene. Når lovtekst, forarbeider og rettspraksis etterlater tvil om tolkningsresultatet må reelle hensyn få avgjørende betydning for straffebestemmelers rekkevidde.⁵⁷

Spørsmålet videre blir hva rettskildefaktorene tilsier om kravet til forsettets dekning av de ulike elementer i § 281. Dersom det kreves forsett for det aktuelle moment, blir spørsmålet om rettskildefaktorene gir anvisning på et annet, eller mer nyansert forsettskrav enn det som fremkommer av den generelle forsettslære. Dersom man ikke har rettskildemessige holdepunkter for en annen forståelse vil man legge den generelle forsettslære til grunn.⁵⁸

4.2 Forsettet i relasjon til de enkelte objektive momenter i § 281

Ordlyden i § 281 sier ikke noe om skyldkravet i denne bestemmelsen. I utgangspunktet gjelder da et krav om forsett jfr § 40. Hovedregelen er da at det kreves forsett for alle elementene i gjerningsbeskrivelsen. Dette er som sagt bare et utgangspunkt.⁵⁹ Strl § 281 må dermed tolkes for å finne frem til om det kreves forsett, og i tilfellet hva som kreves av forsettet i relasjon til de enkelte objektive momenter.

4.3 § 281 første ledd

Ifølge § 281 første ledd må skyldneren ha hatt innsikt i at det var åpnet konkurs i hans bo. Ifølge den generelle forsettslære kan han ha denne innsikt i form av visshetsforsett, hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett eller dolus eventualis. Konkurslovens regler om behandling av konkursbegjæring og regler om meddelelse av skifterettens kjennelse medfører at det sjelden vil være tilfeller der debitor ikke har vist forsett med hensyn til denne omstendigheten.

⁵⁷ Eskeland (2000) s. 480

⁵⁸ Eskeland (2000) s. 266.

⁵⁹ Se pkt 3.1 ovenfor

4.3.1 Aktivaunndragelse - den straffbare aktiviteten

Forsettet må videre omfatte ”unndragelse” av aktiva ved ”fortielse, uriktige opplysninger eller på annen måte”. Språklig sett innebærer ”unndragelse” en handling der eiendeler tas bort eller trekkes vekk fra den masse som skulle tilfalt kreditorfellesskapet. At eiendeler tas bort fra, eller holdes utenfor den masse kreditorene kan søke dekning i, vil debitor som oftest være klar over. Forsettet skaper således ikke de store problemene i den sammenheng. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvilken virkning det har at debitor mener seg berettiget til en slik unndragelse p.g.a. manglende kunnskap om det rettslige innhold i konkurslovens bestemmelser. Han har kanskje den (uriktige) oppfatning at enkelte eiendeler ikke omfattes av rådighetsforbudet, og dermed ikke skulle tilfalt kreditorfellesskapet. Skyldneren befinner seg da i rettsvillfarelse.

Konkursåpning utløser flere sett av rettsvirkninger. Det sentrale spørsmål blir om det kreves forsett med hensyn til rettsvirkningene av at det er åpnet konkurs. Spørsmålet blir dermed hvilke krav som stilles til forsettets dekning av rettsregler utenfor § 281.

Her velger jeg å se nærmere på villfarelse med hensyn til rådighetsforbudet etter konkursloven, dets eksistens og innhold. Ifølge konkursloven av 8. juni 1984 nr 58 (heretter kkl) § 100 er debitor uberettiget til å forføye over boets eiendeler etter boåpning. Det vesentligste av hans eiendeler blir beslaglagt og rådigheten over det beslaglagte går over til boet ved bobestyrer. Debitor beholder imidlertid eiendomsretten. Unntak fra beslagsretten og rådighetsforbudet følger av Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) § 2-2 flg.⁶⁰ Villfarelse mht disse regler kan blant annet gå ut på innholdet i og tolkningen av reglene om hvilke formuesgoder som er beslagsfrie.

Dersom debitor forføyer over eiendeler som han uriktig trodde var omfattet av unntakene fra rådighetsforbudet, vil han objektivt sett ha utført en unndragelseshandling som omfattes av strl § 281. Han er imidlertid ikke klar over at han unndrar eiendeler som skulle tilfalt kreditorene, slik at forsettet ikke dekker denne del av gjerningsbeskrivelsen. Hans tanker og valg vil da kunne fremstå som lite klanderverdig.

⁶⁰ Elstad (1996) s. 2222 note 100

Det konkrete tolkningsspørsmål som reiser seg er hvordan en slik villfarelse skal bedømmes. Spørsmålet blir om rettsvillfarelsen skal bedømmes som en egentlig villfarelse etter § 57, eller en uegentlig villfarelse etter § 42. Dersom strl § 42 får anvendelse, må forsettet også omfatte eksistensen av og innholdet i konkursrettslige reglene.⁶¹

Avgrensningen mellom de to bestemmelser kan, etter tradisjonell lære, ikke skje etter noen generell formel, men ved tolkning av det enkelte straffebud. Det tolkningsresultat man kommer frem til blir avgjørende for forsettskravet i § 281 og således hvilken virkning denne villfarelsen har for straffansvaret.

Utgangspunkt for tolkningen må tas i strl § 281.⁶² Ordlyden gir imidlertid ikke noe argument i denne sammenheng.

Når gjerningsmannen mangler innsikt i slike rettsregler utenfor straffebudet selv, betegnes gjerne villfarelsen som uvitenhet om prejudisielle forhold. Vedkommende er ikke nødvendigvis uvitende om selve straffebudet, men at handlingen strider mot regler utenfor selve straffebudet, her kkl § 100, og dermed omfattes av dette. En slik villfarelse om eksistensen av den rettighet eller regel som straffebudet skal beskytte blir etter praksis som regel å bedømme etter strl § 42, ikke etter § 57.⁶³ Praksis er imidlertid ikke helt konsekvent. I Rt 1980 s 1546 hadde herredsretten frikjent for overtredelse av merverdiavgiftsloven § 72 under henvisning til at tiltalte var i villfarelse om at han hadde fått utsettelse på betalingen fra innkrevningsmyndighetene. Villfarelsen var bedømt etter § 42. Dommen ble enstemmig opphevet i det villfarelsen skulle ha vært bedømt etter § 57, og ved denne vurderingen la retten vekt på ” hensynet til en effektiv og lik rettshåndhevelse”.⁶⁴

I Rt 1991 s 741 påberopte to tiltalte seg å være i villfarelse om at banksertifikater og at rentene på disse var skattepliktig inntekt, slik at de ikke kunne dømmes for overtredelse av likningsloven. Herredsretten hadde bedømt villfarelsen etter § 42, og dette var Høyesterett enig i. Høyesterett sier videre: ” forutsetningen for domfellelse etter

⁶¹ Andreassen (2000) s. 212, se avsnitt 3.3 ovenfor.

⁶² At utgangspunkt må tas i den aktuelle straffebestemmelse kommer klart til uttrykk i Rt 1984 s. 1225

⁶³ Andenæs (1997) s. 249

ligningsloven § 12-1 nr 1 er således at det er utvist forsett med hensyn til at den ikke oppgitte formue eller inntekt var skattepliktig.” Høyesterett viser her klart hvordan de først vurderer om forsettet må omfatte det aktuelle moment, for så å vurdere om forsettet i tilfellet var oppfylt.⁶⁵ At gjerningsmannens villfarelse knytter seg til prejudisielle rettsforholds innebærer altså ikke i seg selv at det må bedømmes etter § 42. Utgangspunktet blir en tolkning av straffebudet herunder en avveining av hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

Andenæs anfører som begrunnelse for særbehandlingen av prejudisielle rettsforhold for det første at handlingen får en helt annen karakter enn ellers når gjerningsmannen p.g.a. villfarelse krenker en interesse som han ikke er klar over eksisterer. Med andre ord fremstår handlingen som lite klanderverdig. Spørsmålet blir så om dette reelle hensyn gjør seg gjeldende i vårt tilfelle. Sett at gjerningsmannen, som eksempel, hevder å ha trodd at han hadde en viss rett til å råde over konkursboets midler til personlig underhold. Han bygget denne tro på en misforståelse av reglene i dekningsloven § 2-2 følgende, slik at han var berettiget til underholdsbidrag av boets midler uten at dette betinget å søke skifteretten. Ved konkursåpning fratras eieren enhver rådighet. Konkurslovgivningen står da meget sentralt. Det er i den situasjon rimelig å stille opp en aktsomhetsnorm for konkursdebitor. Det må kreves at han setter seg inn i de plikter og rettigheter han har etter konkurslovgivningen. Når debitor begrunner overtredelse av gjerningsbeskrivelsen med uvitenhet om konkursrettslige regler vil dette lett kunne bebreides gjerningsmannen.⁶⁶ Hensynet til at handlingen får en annen karakter og er lite klanderverdig slår dermed ikke til i tilstrekkelig grad her.

Et annet hensyn som taler for en mildere behandlingen av prejudisielle rettsforhold er hensynet til straffebudets effektivitet. Hensynet gjør seg ikke gjeldende i samme grad for rettsregler som bare har perifer betydning for straffebudets rekkevidde.⁶⁷ Dersom det ikke kreves at forsettet dekker kunnskap om rådighet etter konkurslovgivningen, slik at villfarelse medfører frifinnelse etter § 42, vil straffansvaret lett kunne bli uten virkning. Konkurslovgivningen er som sagt sentral når debitor går

⁶⁴ Andreassen (2000) s. 214

⁶⁵ Dommen ble her opphevd fordi herredsretten ikke hadde drøftet alternative former for forsett, sannsynlighetsforsett og dolus eventualis.

⁶⁶ Andreassen (2000) s. 215 jfr Rt 1984 s. 1225 der et slikt synspunkt ble tillagt vekt

⁶⁷ Andenæs (1997) s. 249

konkurs, og er ikke av perifer betydning. Straffebudets effektivitet tilsier da at villfarelsen bedømmes etter § 57.

Hovedregelen er at skyldkravet med hensyn til handlingens ulovlighet er uaktsomhet, jfr ovenfor under pkt 3.4. Etter en tolkning av § 281 kan det ikke sees å gjøre unntak fra hovedregelen, selv om villfarelsen gjelder prejudisielle rettsforhold. Tolkningsresultatet er at villfarelsen bedømmes som egentlig rettsvillfarelse etter strl § 57. Det kan dermed ikke utledes et krav om at gjerningsmannen må ha hatt innsikt i at han var fratatt retten til å råde over egne eiendeler ved konkursåpning, og innholdet i denne fratatte retten.

4.3.2 Hvilke aktiva som omfattes

Hvilke aktiva som omfattes beror på en tolkning av ordene ”sine eiendeler”. Etter en alminnelig forståelse må dette innebære at skyldneren er eier av eiendelene. Normalt vil man være klar over om man selv er eier av en ting eller om den tilhører en annen. Uttrykket ”sine eiendeler” må imidlertid knyttes opp mot de konkursrettslige regler om beslag. Disse reglene viser seg at ikke alltid er like lett å praktisere. Det vil dermed heller ikke alltid fremstå som klart for skyldneren hvilke eiendeler som omfattes av straffansvaret.

Forarbeidene til § 281 påpekte sammenhengen mellom tolkningen av ”sine eiendeler” og de konkursrettslige bestemmelser om boets beslag. Her fremkommer det at ”sine eiendeler” ”...må antas å omfatte de eiendeler som hører til konkursmassen”. Begrepet konkursmassen ble brukt i daværende lov av 1863 § 37. Med boets masse må straffelovkomiteen dermed ha siktet til boets beslag slik begrepet anvendes i dekningsloven i dag.⁶⁸ Hovedregelen om omfanget av boets beslagsrett er dekningsloven § 2-2. Det sentrale er at formuesgode må ”tilhøre skyldneren på beslagstiden”. Dersom en rettighet faller innenfor boets beslag vil det også kunne være gjenstand for en unndragelseshandling.

Spørsmålet om et formuesgode er omfattet av beslag eller ikke er ofte avhengig av hvem som har rettsvern for sin rettighet. Deknl § 2-2 må følgelig tolkes på bakgrunn av

⁶⁸ Ot prp nr 75 (1948) s. 44 jfr Andreassen (2000) s. 122

reglene om rettsvern. Dette har avgjørende betydning der flere parter hevder å ha rett til samme formuesgode.

Sett at flere personer hevder å ha avledet rettighet til formuesgodet fra debitor, såkalt dobbeltsuksjonskonflikt, og konkursboet (B) er den ene part i denne konflikten. Den andre part (S) har ervervet rett til eiendelen fra debitor. Konkursboet hevder at eiendelen omfattes av boet beslag etter dekl § 2-2.

I utgangspunktet gjelder regelen om at den som først stifter retten vinner frem, gjerne uttrykt som prinsippet om ”først i tid best i rett.” Prinsippet kommer til uttrykk i flere bestemmelser, herunder Lov om gjeldsbrev av 17. februar 1939 nr. 1 § 25 for fordringer. Etter denne hovedregelen vil eiendomsretten gå over til den som først erverver rett til formuesgodet. Dette innebærer at dersom S først ervervet retten til eiendelen, er denne ikke lenger omfattet av boets beslagsrett jfr dekl § 2-2.⁶⁹ Tingen er ikke lenger debtors eiendel, og unnlatt opplysninger om den kan ikke straffes etter § 281.

I visse tilfeller fravikes imidlertid denne hovedregelen. Selv om en annen først har ervervet rett til formuesgodet kan konkursboet vinne konflikten. Man snakker da om kreditorekstinksjon. De rettslige konsekvenser blir dermed andre enn de materielt underliggende forhold. Om konkursboet kan beslaglegge eller ikke er avhengig av om erververen har skaffet seg vern for sin rettighet. Hvordan rettsvern oppnås avhenger av hvilken type formuesgode han har ervervet. For fast eiendom følger det av Lov om tinglysning av 7. juni 1935 nr. 2 § 23 at erververen må ha tinglyst sin rettighet senest dagen før konkursåpning dersom han skal få beholde sin rett. For løsøre må han også ha skaffet seg rettsvern. I utgangspunktet gjelder der et krav til overlevering.⁷⁰ Overlevering er tilstrekkelig for rettsvern, men det er ikke alltid nødvendig. Der erververen har betalt, men ikke overtatt besittelsen kan rettsvern i noen tilfeller allikevel være oppnådd. På bakgrunn av to eldre høyesterettsdommer er det i teorien oppstilt en interesselære. Rettsvern er da, grovt sagt, avhengig av i hvem sin interesse formuesgodet er hos debitor.

Merknad: GG hun eller han eller han eller hun/han ?

⁶⁹ Reglene om omstøtelse skal ikke behandles her

⁷⁰ Falkanger (1999) s. 609

I straffelovrådets utredning fremkommer det at ”rådet legger til grunn... at § 281 også omfatter forføyelser over formuesgoder som omfattes av kreditorbeslaget som følge av at konkurrerende erverv mangler rettsvern”.⁷¹

Hva innebærer så forsettskravet i relasjon til dette momentet? For å være bevisst denne situasjonen må gjerningspersonen vite at uttrykket ”sine eiendeler” tolkes på samme måte som dekningslovens regler om beslag. Disse kan som sagt i seg selv medføre tolkningsproblemer. Videre må gjerningspersonen ha kunnskap om at beslagsretten også omfatter de tilfeller der gjerningspersonen i utgangspunktet ikke lenger er eier av gjenstanden, men at kreditor kan ekstingvere tredjepersonens rett slik at denne allikevel er å anse som ”sine eiendeler”. Endelig må gjerningspersonen ha kunnskap om vilkårene for å oppnå rettsvern. Misforståelser og manglende kunnskap kan oppstå flere steder i denne ”tolkningsrekken”. Skal vi følge diskusjonen ovenfor vil villfarelse om slike prejudisielle rettsforhold bedømmes etter § 57 og dermed ikke kreve forsettsdekning. Gjerningspersonen kan følgelig bare frifinnes for sin rettsvillfarelse dersom denne har vært unnskyldelig.

Er det rimelig å ilegge straffansvar i et slikt tilfelle? Debitor vil kunne komme til å gi uriktige opplysninger om sine eiendeler fordi han tror at han ikke lenger er eier av tingen. Overtredelsen av § 281 skyldes kanskje uvitenhet om rettsvernets betydning eller uriktig forståelse av reglene om hvordan rettsvern oppnås. Satt på spissen vil straffansvaret også omfatte de eiendeler som debitor har solgt og fått oppgjør for, men enda ikke overlevert. Kanskje ligger formuesgodet klart til avhenting av den nye eier, men er ikke tilstrekkelig individualisert slik interesselæren krever. Rettsvern er dermed ikke lovlig opprettet.

Er vi da over i så perifere sider av tolkningen av ”sine eiendeler” at hensynene for å kreve forsett på dette punkt gjør seg gjeldende i større grad? Som jeg kom frem til ovenfor vil konkurslovgivningen stå sentralt i disse tilfellene slik at det må kreves at man setter seg inn i de rettigheter og plikter man har etter konkurslovgivningen. Det må også gjelde i relasjon til ”sine eiendeler”. Men dersom villfarelsen eksempelvis gjelder reglene om stiftelse av rettsvern fjerner vi oss ganske mye fra de sentrale regler ved

⁷¹ NOU 1999:23 s. 75

overtredelse av § 281. Debitor vil ganske sikkert være mindre å bebreide dersom han mangler kunnskap om disse regler enn ved sentrale og klare regler.

I hvilken retning trekker så hensynet til straffebudets effektivitet her? Vil man kunne forhindre overtredelser av § 281 ved at man bare krever uaktsomhet med hensyn til kunnskap om reglene om rettsvern. Eller vil straffebudet virke like effektivt om man krever forsett? Vil straffebudet ramme de tilfeller man ønsker at det skal ramme selv om skyldkravet er forsett? Kan hende er nettopp disse reglene er så fjerne og perifere i forhold til straffebudet at debitor ikke vil forbinde dem med straffbare forhold i tilknytning til konkurs. Dersom de ikke i særlig grad forbindes med en handlemåte i en insolvenssituasjon, vil de heller ikke kunne virke preventivt inn på handlemåten i denne situasjonen. Straffebudets effektivitet vil nok derfor ikke være særlig preget av om man krever at forsett skal dekke kunnskap om rettsregler i en slik situasjon. Tolkingsresultatet blir dermed at forholdet bedømmes etter § 42. Forsettskravet i § 281 krever følgelig dekning av slike perifere, prejudisielle rettsregler.

Dersom vi forutsetter at det kreves forsettsdekning i relasjon til slike perifere rettsregler, oppstår spørsmålet om innholdet i dette forsettskravet. Må man i henhold til den alminnelige lære kreve det for "sikkert eller overveiende sannsynlig" at handlingen var rettsstridig, eller kan sannsynlighetskravet lempes i dette tilfellet? Dersom man skal kunne tolke seg frem til et bekreftende svar her, vil det som sagt måtte støtte seg på straffverdighet, herunder hensynet til rimelighet, se drøftelsen under 4.4.3 følgende. Hensynet til straffverdighet er her brukt som argument for å tolke seg frem til at det kreves forsettsdekning i relasjon til det aktuelle moment. Det synes derfor noe søkt å anvende dette argumentet for å senke sannsynlighetskravet. Begge spørsmålene gjelder grensene mellom forsett og uaktsomhet. Når man først har tolket seg frem til at uaktsomhet ikke er tilstrekkelig, skal det nok mye til å begrunne et lempet forsettskrav.

Men teoretisk sett kan det tenkes at reelle hensyn i det enkelte tilfellet tilsier et lempet sannsynlighetskrav. Det er *uvitenheten* om de perifere rettsreglene som er lite klanderverdig. Når dette argumentet ovenfor førte til at det kreves forsett, er det fordi det generelt sett er lite klanderverdig ikke å kjenne disse reglene. Med hensyn til forsettets innhold blir spørsmålet et annet. Det sentrale er gjerningspersonens tanker og hans subjektive forestillinger om rettsreglene. Dersom skyldneren faktisk har hatt

kunnskap om rettsreglene, har han utvist forsett mht dette moment. Handlingen er da klart straffverdig. Men hva med de uklare tilfellene der skyldneren ikke har vært i uvitenhet, men heller ikke har hatt positiv kunnskap? Oppstilles her en grense på 50% sannsynlighet? Dersom skyldnerens tanker innebærer vurderinger rundt sannsynligheten, og velger å handle selv om sannsynligheten er nærmere 50%, kan vi stå ovenfor et tilfelle i gråsonen mellom forsett og uaktsomhet der straffverdigheten gjør det ønskelig å benytte forsettsbegrepet. Hans tanker innebærer da innsikt i rettsreglene, og det kan fremstå som lite rimelig å frifinne for skyldnerens rettsvillfarelse. En påstand om uvitenhet om perifere rettsregler kan være vanskelig å motbevise. Behovet for et lempet sannsynlighetskrav kan dermed gjøre seg gjeldende også her.

I hvilken retning trekker så prevensjonshensynet? Det at reglene er perifere i forhold til straffebudet innebærer at de ikke assosieres med plikter og rettigheter i en konkurssituasjon. Det fremstår da som tvilsomt hvorvidt et lempet sannsynlighetskrav vil invitere konkursskyldnere til å sette seg nærmere inn i tolkningen av de konkursrettslige regler. Når villfarelessituasjonen er avledet i forhold til straffebudet, må det kunne antas at denne situasjonen oppstår sjelden, slik at straffebudet heller ikke effektiviseres i noen særlig grad ved at sannsynlighetskravet lempes.

De reelle hensyn trekker dermed i ulik retning, slik at tolkningsresultatet fremstår som uklart. Det som er sagt innebærer imidlertid at det kan tenkes et lempet sannsynlighetskrav dersom hensynet til straffverdighet, herunder rimelighet sterkt taler for det. For en nærmere drøftelse av problemstillingen vises til avsnitt 4.4.3 følgende.

4.3.3 Faretillegget - redusert dekningsmulighet for kreditorene

Det er et vilkår i § 281 at debitor ”søker å unndra noen av sine eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne”. Objektivt sett følger det av ordene ”søker å” at forbrytelsen er fullbyrdet ved en forsøkshandling.⁷² Straffeansvaret forutsetter dermed ikke at handlingen må innebære noen redusert dekningsmulighet for kreditorene. Dette innebærer at handlingen kan være fullbyrdet i lovens forstand, selv om den ikke ”fyller” hele gjerningsbeskrivelsen.

⁷² Andenæs (1996) s. 164

Det følger av dekningsprinsippet at skylden må dekke hele det objektive gjerningsinnhold. Når det objektivt ikke kreves at handlingen har medført noen redusert dekningsmulighet, innebærer det at skylden heller ikke må dekke dette momentet. Ved lovrevisjonen i 1951 uttalte imidlertid straffelovkomiteen at kravet til forsett innebærer at ”skyldneren har vært seg bevisst at eiendelene ved hans handlemåte vil bli unndratt fra å tjene til dekning for fordringshaverne.”⁷³ Forsettet må følgelig omfatte hele gjerningsbeskrivelsen, også faretillegget. Formuleringen ”søker å” innebærer følgelig at det kreves noe mer enn det som kreves etter dekningsprinsippet. Dette kan karakteriseres som et tilfelle av såkalt subjektivt overskudd.⁷⁴ Men straffbare forsøkshandlinger krever fullbyrdelsesforsett, enten forsøket er straffbart iht strl § 49, eller pga. at gjerningsbeskrivelsen angis som en forsøkshandling slik som her.⁷⁵ Det kan derfor synes noe konstruert å anvende betegnelsen ”subjektivt overskudd” på forsettskravet ved forsøkshandlinger. Det menes normalt ved begrepet at det kreves noe mer enn det vanlige forsettsbegrep, det kreves også en bestemt hensikt.⁷⁶

Etter dette er det på det rene at forsettet må omfatte faretillegget. Hva ligger så i kravet til forsett her. En alminnelig forståelse av ordene ”søker å” kan forstås som om det kreves noe mer enn vanlig forsett. Forarbeidene jfr ovenfor krever at skyldneren har vært ”seg bevisst” faretillegget. Dette må forstås som et krav om vanlig forsett, slik at loven her ikke krever noen bestemt hensikt.⁷⁷ I andre sammenhenger, der loven har brukt ordene ”søker å”, har Høyesterett tolket deres betydning på tilsvarende måte; med bruken av uttrykket har det bare vært meningen å konstatere at forbrytelsen er fullbyrdet ved en forsøkshandling, ikke at det kreves noen bestemt hensikt.⁷⁸

⁷³ Andreassen (2000) s. 209 jfr Ot. prp. Nr. 75 (1948) s. 43

⁷⁴ Andreassen anvender denne karakteristikken, Andreassen (2000) s. 210

⁷⁵ NOU 1999:23 s. 39

⁷⁶ Andenæs (1997) s. 222

⁷⁷ Andenæs (1996) s. 164

⁷⁸ Andenæs (1997) s. 222 jfr Rt 1947 s. 654, 1948 s. 586 m.fl.

4.3.4 § 281 første ledd annet alternativ. Unndragelse ved opplysningssvikt om boets passiva.

Den straffbare handling er, etter § 281 første ledd annet alternativ, beskrevet som ”oppgir eller vedkjenner” seg uriktige forpliktelser. Overtredelse av annet alternativ vil alltid skje ved skyldnerens opplysningssvikt. I motsetning til opplysningssvikt om formuesgoder etter første alternativ, knytter den seg etter annet alternativ til skyldnerens gjeld. Opplysninger om skyldnerens forpliktelser omfattes av skyldnerens opplysningsplikt etter konkursloven § 101 første ledd første punktum. Dette vil da være den sentrale kilden ved tolkningen av § 281 første ledd annet alternativ.⁷⁹

Ordlyden i § 281 første ledd andre alternativ inneholder ikke uttrykket ”søker å”. Objektivt sett innebærer dette at forbrytelsen er fullbyrdet når skyldneren har oppgitt eller vedkjent seg forpliknelsen. Andre alternativ tolkes her i samsvar med ordlyden noe som innebærer at det ikke er noe vilkår at handlingen har medført noen fare for kreditorenes dekningsmulighet, og at straffansvar for forsøk følger av den alminnelige regelen i strl § 49.⁸⁰ Subjektivt sett følger kravet til forsettets dekning da av den alminnelige regelen i strl § 40 og dekningsprinsippet. Etter annet alternativ kreves dermed ikke forsett med hensyn til faretillegget.⁸¹

Også i relasjon til andre alternativ kan man reise spørsmål om betydningen av skylderens villfarelse. Dersom villfarelsen er av faktisk karakter gjelder kravet til forsett jfr strl § 42. Et eksempel på dette vil være at skyldneren tar feil av tidspunktet for stiftelsen av en fordring, og tar den med i sin oppgave over fordringer stiftet før boåpning.⁸² I en uoversiktlig økonomisk situasjon vil debitor også kunne komme til å oppgi forpliktelser som i realiteten ble dekket i fasen før endelig økonomisk ruin, eller forpliktelser som ikke er reelle. Dersom han p.g.a. manglende oversikt faktisk trodde at forpliknelsen eksisterte vil han befinne seg i faktisk villfarelse slik at § 42 kommer til anvendelse. Her kan man imidlertid igjen stille spørsmål ved innholdet i kravet til forsettet. Noen av hensynene som diskuteres under avsnittet om betalingsudyktighet, pkt 4.4.3 følgende, vil kunne gjøres gjeldende her, slik at man kanskje kan tenke seg et

⁷⁹ Andreassen (2000) s. 222

⁸⁰ Bratholm og Matingsdal (1997) s. 764

⁸¹ Andreassen fremhever at forskjellen neppe er tilsiktet av lovgiver, men vel heller må vel tilskrives at man ikke foretok en tilstrekkelig grundig vurdering ved lovrevisjonen i 1951. Tolkningsresultatet blir allikevel en tolkning i samsvar med ordlyden, jfr Andreassen (2000) s. 223

lempet forsettskrav. I denne sammenheng vises til fremstillingen av de ulike reelle hensyn nedenfor og konklusjonen holdes åpen.

For å videreføre forsettsproblematikken kan man tenke seg et annet tilfelle.

Kkl § 101 inneholder en plikt til å ”yte nødvendig bistand for å sikre boets eiendeler og fastslå omfanget av dets forpliktelser.” Sett at debitor oppgir en forpliktelse som han ikke er klar over at er fiktiv. Han ser det imidlertid som en mulighet. Debitor befinner seg da i faktisk villfarelse. Han unnlater imidlertid å samarbeide med boet og undersøke fordringens rettmessighet nærmere, slik at de reelle omstendigheter kanskje ville blitt klargjort. Som grunnlag for ikke å samarbeide hevder han at han ikke var klar over bistandspliktens eksistens og omfang. I henhold til det jeg har kommet frem til tidligere, vil en slik anførsel ikke føre frem.⁸³ Hans unnlatelse av å samarbeide med konkursboet har allikevel medført at debitor beholder unnskyldningen om ”ikke å vite”. Hans mistanker tilfredsstillende ikke kravet til forsett etter den generelle lære slik at han ikke kan straffes for forsettlig overtredelse av § 281.

Problemstillingen kan sammenliknes med tilfellet ”forsettlig uvitenhet” som er reist i teorien. Gjerningsmannen lar bevisst være å skaffe seg opplysninger for ikke å gå glipp av unnskyldningen ”god tro”.⁸⁴

Skyldneren lar, i eksempelet her, bevisst være å skaffe seg innsikt, opplysninger og samarbeide for å kunne befinne seg i faktisk villfarelse om de rette omstendigheter rundt boets passiva. Tanken er kanskje ikke så lite praktisk som den i første omgang kan virke. I store, kompliserte konkurser der debitor mangler oversikt over alle gjeldsposter, men har mistanke om at enkelte gjeldsposter ikke er reelle, vil han kanskje heller bevare sin ”uvitenhet” enn å hjelpe til med å avdekke de reelle forhold. Disse avdekker kanskje ytterligere klanderverdige omstendigheter, og han synes kanskje det er like greit om de mulige fiktive gjeldsposter medfører en annen fordeling enn den loven fastsetter.

Tanken om straffansvar for ”forsettlig uvitenhet” knyttes gjerne til en Høyesterettsdom fra 1954. Saken gjaldt en HV-soldat som unnlot å hente et rekommandert brev. Han var

⁸² Andreassen (2000) s. 223

⁸³ jfr pkt 4.3.1 følgende.

⁸⁴ Andenæs (1997) s. 220

klar over at brevet inneholdt innkalling, men holdt seg ved unnlatelsen i uvitenhet om hvor og når han skulle møte. Tiltalte ble dømt for forsettlig overtredelse av militær straffelov § 34. Spørsmålet var her hva forsettet måtte dekke, om det også måtte omfatte tid og sted for oppmøte. Høyesterett svarte nei på dette. Man kan imidlertid ikke slutte fra denne avgjørelsen til andre tilfeller der villfarelsen, uvitenheten, angår et moment som er avgjørende for straffbarheten.

Andenæs gir et annet eksempel.⁸⁵ En person kjøper en gjenstand til en påfallende billig pris. Hadde selgeren opplyst at det var tyvegods, ville han av frykt for straffeansvaret ikke ha kjøpt tingen. Han har sin mistanke, men unnlater å stille noen spørsmål om selgerens adkomst. Andenæs hevder at det også her synes rimelig å betrakte forholdet som forsettlig.

Spørsmål om ”bevisst uvitenhet” tas opp i Rt 2001-01-15. Høyesterett sier her at

”Bevisst uvitenhet er ikke i seg selv tilstrekkelig til å konstatere forsett. For at en gjerningsperson som bevisst lar vær å skaffe seg opplysninger, skal kunne dømmes for forsettlig handling, må det finnes bevist at han har tatt en beslutning om å gjennomføre handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge.”

Høyesterett knytter her tilfellet direkte opp mot forsettstypen *dolus eventualis*

Andenæs fremhever i sitt eksempel at ”hadde han opplyst at det var hittegods ville han, av frykt for straffansvar, ikke ha kjøpt tingen”. Dette synes fremhevet fordi tilfellet, dersom han ville ha kjøpt tingen allikevel, kunne subsumeres under forsettstypen *dolus eventualis*. Noe behov for å ramme forsettlig uvitenhet ville da ikke være tilstede. Behovet for å konstatere forsett i slike tilfeller vil følgelig øke dersom *dolus eventualis* ikke lenger er en del av den alminnelige lære.

Andenæs sier at det i hans eksempel er rimelig å betrakte forholdet som forsettlig, ”uten å knytte løsningen for sterkt opp mot de generelle forsettsformuleringer”.⁸⁶ Dersom man tar utgangspunkt i den generelle lære, kan det kanskje være berettiget å stille spørsmålsteget ved om det som her gjøres i realiteten er å senke sannsynlighetskravet innenfor sannsynlighetsforsettet. I Andenæs eksempel hadde gjerningsmannen ”sin

⁸⁵ Andenæs *alminnelig Strafferett* 3. utg (1989) s. 218-219, eksempelet gjengis ikke i 4. utg (1997), men problemstillingen reises ellers på tilsvarende måte

mistanke” om at varene var tyvegods. I sannsynlighet tilsvarer det kanskje rundt 30-40% sannsynlighet for at dette var tilfellet. Andenæs velger, fordi det fremstår som ”rimelig”, allikevel å karakterisere tilfellet som forsettlig. Her er man jo i kjernen av hva som kanskje kan begrunne et lempet sannsynlighetskrav; ”rimelighetshensyn”.⁸⁷ Man kan altså komme frem til det samme resultat som Andenæs ved en tolkning av den aktuelle straffebestemmelse, med utgangspunkt i det generelle forsettsbegrep. Reelle hensyn som behovet, straffverdighet, straffebudets effektivitet vil da fremstå som så tungtveiende argumenter at tolkningsresultatet blir at sannsynlighetskravet senkes i det aktuelle tilfellet.

4.4 § 281 andre ledd

I henhold til strl § 281 andre ledd er kravet til debtors økonomiske stilling at han ”ikke vil kunne tilfredsstillere alle fordringshavere”. Det kan i utgangspunktet fremstå som noe uklart hva som objektivt sett følger av ordlyden her. Ordene ”vil kunne” er vage ord. En naturlig forståelse kan innebære at det kreves lav sannsynlighet for at debitor i tiden fremover har økonomisk dekning for sine fordringer.

Loven tar imidlertid her sikte på tilfeller der debitor er insolvent, men ikke under konkurs eller gjeldsforhandling.⁸⁸ Legaldefinisjonen av insolvensbegrepet finnes i kkl § 61. Det er antatt i teorien at konkurslovgivningens insolvensbegrep kan anvendes ved tolkningen av strl § 281. Andenæs påpeker at kkl § 61 antageligvis bør legges til grunn.⁸⁹ Av NOU 1999:23 fremkommer det at en henvisning til konkursrettens insolvensbegrep ”kan være nærliggende” ved tolkningen av § 281 annet ledd.⁹⁰

Kkl § 61 lyder:

” skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene.”

⁸⁶ Andenæs 3. utg (1989) s. 219

⁸⁷ se avsnitt 4.4.3 følgende

⁸⁸ Andenæs (1996) s. 161 og NOU 1999:23 s. 15

⁸⁹ Andenæs (1996) s. 161

⁹⁰ s. 15

Bestemmelsen reiser flere vanskelige spørsmål. Straffelovrådet fremhever i NOU 1999:23 at det også innenfor de noenlunde sikre rammer for det konkursrettslige insolvensbegrep, kan oppstå vanskelige spørsmål både av faktisk og rettslig art. Disse problemene forsterkes når det er spørsmål om å konstatere insolvens i strafferettslig sammenheng.

Uttalelser i SOU 1996:30 om endringer i BrB kap 11 viser hvor vanskelig det kan være å ha korrekte forestillinger om man er insolvent eller ikke. Her fremkommer det at insolvens

” inte är ett i sinnevärlden lätt konstaterbart faktum utan et teoretisk konstruert begrepp som i princip förutsätter en total överblick över en persons eller et företaks ekonomiska förhållanden liksom också över hur dessa kommer at utvecklas i framtiden. Har man inte en sådan överblick är det inte möjligt att med säkerhet avgöra om obestånd är för handen i ett enskilt fall.”⁹¹

Skyldneren må ha utvist forsett med hensyn til insolvensvilkåret. Den generelle forsettslære medfører at skyldneren i alle fall må ha holdt det for mer enn 50% sannsynlig at han er insolvent. Forsettlig overtredelse av vilkåret insolvens, forutsetter i utgangspunktet bevissthet om de ulike komponenter i insolvensvurderingen. Når det kreves for å fastslå insolvens en ” total överblick över en person eller et företaks ekonomiska förhållanden”, vil det selvsagt også kunne fremstå som uklart for debitor om han ” sikkert eller overveiende sannsynlig” var insolvent på gjerningstidspunktet. Her kan man ane vanskelighetene med å anvende forsettsbegrepet på det komplekse insolvensvilkåret. For å finne frem til hva som nærmere kreves av forsettet i relasjon til vilkåret insolvens, må de ulike elementer tolkes. Det sentrale tolkningsspørsmål blir om forsettet må dekke samtlige komponenter i insolvensvurderingen. Dersom det kreves forsett, blir spørsmålet om den generelle forsettslære må legges til grunn, eller om kravet til forsett her avviker fra denne lære.

⁹¹ Inntatt i NOU 1999:23 s. 29

4.4.1 Underbalanse

Insolvensdefinisjonen i kkl § 61 bygger på to hovedelementer. Etter bestemmelsens annet punktum er det et vilkår at skyldnerens forpliktelser overstiger verdien av skyldnerens eiendeler.⁹² Dette element betegnes gjerne som vilkåret om underbalanse eller insuffisiens.

I utgangspunktet høres vilkåret greit ut, men ved nærmere tolkning viser det seg at det inneholder flere tvilsomme vurderinger. Det kan, eksempelvis, oppstå tvil om hvilke forpliktelser som kommer i betraktning. I utgangspunktet skal både forfalte, uforfalte og betingede forpliktelser tas med jfr dekl § 6-2.⁹³ Villfarelse kan her oppstå ved at debitor, eksempelvis, ikke er klar over en forpliktelse som er avgjørende for insolvensvurderingen, eller han misforstår reglene slik at han ikke fører opp betingede forpliktelser.

Videre skal skyldnerens forpliktelser holdes opp mot verdien av hans eiendeler. Dette innebærer at verdsettelsen av verdiene kan være avgjørende for debitors oppfatning av om han er insolvent eller ikke. Villfarelse om prinsippene kan således medføre at skyldnerens vurdering av sin økonomiske situasjon blir feilslått i forhold til de reelle omstendigheter.

Hvordan en villfarelse skal vurderes i forhold til forsettskravet vil avhenge av debitors grunnlag for sin oppfatning om at insuffisiens ikke forelå på handlingstidspunktet.

Dersom villfarelsen beror på uvitenhet om rettsregler står vi overfor de samme vurderinger som drøftet under avsnitt 4.3.1 følgende. Det blir således avgjørende for forsettskravet om rettsvillfarelsen bedømmes etter § 42 eller § 57.

I denne sammenheng videreføres eksempelet om villfarelse om prinsippene for verdsettelse av debitors eiendeler. Debitor er da ikke i villfarelse om eksistensen av strl § 281 eller kkl § 61, men den nærmere tolkningen av sistnevnte bestemmelse.

Prinsippene for verdsettelse er langt fra klare. Utgangspunktet er at skyldnerens eiendeler skal vurderes ut fra salgsv verdien, men med sikte på tvangsrealisasjon, ikke

⁹² For en bedre sammenheng i fremstillingen, behandles annet punktum før første punktum.

⁹³ Andenæs, Mads Henry (1999) s. 7

med sikte på frivillig salg. En konsekvens av dette må være at eiendelene ikke kan verdsettes som igangværende bedrift.⁹⁴

I Rt 1997 s 931 uttalte Høyesterett at det kan ”være stor forskjell på verdsettelsen av aktiva etter som man vurderer verdiene ut fra en forutsetning om fortsatt drift- ”going concern”- eller etter realisasjonsverdien. Hva som er aktuelt vil avhenge av forholdene i det enkelte tilfellet.” Uttalelsen gjaldt insolvens som boåpningsvilkår.

Sett at debitor vurderer sin bedrift som ”going concern”, og kommer til at han ikke er insolvent. Dersom han hadde lagt ”riktige” verdsettelsesprinsipper til grunn, ville han ha sett at hans forpliktelser oversteg verdien av hans eiendeler . På bakgrunn av hans uriktige vurdering fortsetter han driften i håp om at de økonomiske vanskeligheter skal ordne seg. Debitor befinner seg i villfarelse om innholdet i og tolkningen av rettsregler. Hovedregelen er da uaktsomhet. Her står vi imidlertid ovenfor meget uklare prinsipper. Som Høyesterett uttalte i Rt 1997 s 931, vil den ”riktige” verdsettelse avhenge av forholdene i det enkelte tilfellet. Vi er dermed over i meget perifere og uklare sider av insolvensvilkåret. Når debitor her har vurdert sin økonomiske situasjon med henblikk på hvilke forføyelser han kan foreta seg, fremstår hans handlemåte som lite straffverdig. Begrunnelsen bak skyldkravet, herunder prevensjonstanken tilsier således at det kreves forsett i dette tilfellet.

Et annet eksempel på villfarelse kan som sagt være at debitor ikke har kunnskap om en reell fordring, kanskje p.g.a. rot i regnskapene. Dersom han av den grunn (uriktig) tror at han er solvent, er han i villfarelse om faktiske omstendigheter ved insuffisiensvurderingen. Vurderingsgrunnlaget for debtors villfarelse blir dermed et annet enn eksempelet ovenfor. Det kreves iht strl § 40 forsett med hensyn til insolvensvilkåret. Det følger da av forsettskravet i strl § 40 og § 42 at debtors faktiske villfarelse ikke blir å tilregne han. Hans manglende oversikt medfører at han, i henhold til den generelle forsettslære, ikke finner det overveiende sannsynlig at han er insuffisient. Forsettet dekker da ikke dette moment i gjerningsbeskrivelsen i § 281, og han kan da ikke straffes. Sett i forhold til eksempelet ovenfor vil debtors handlemåte kunne fremstå som klart mer straffverdig når han har ”lukket øynene” og ikke hatt oversikt, enn der skyldneren bevisst har vurdert sin økonomiske situasjon, men

⁹⁴ Andenæs, Mads Henry (1999) s. 12 Jfr NOU 1972:20 s. 123

misforstått reglene. Det kan da oppstå et behov for å anvende forsettsbegrepet i større utstrekning enn det den generelle lære tillater. Om straffansvaret vil kunne bli aktuelt, til tross for at forsett iht den generelle lære ikke foreligger, vil bero på hvor sannsynlig debitor fant eksistensen av fordringen og om kravet til sannsynlighet i tilfellet kan settes lavere enn 50 %. Det er dette spørsmål som står sentralt i den videre fremstillingen.

4.4.2 Betalingsudyktighet

Det andre element i kkl § 61 er vilkåret om betalingsudyktighet eller illikviditet. Etter første punktum er det et vilkår at skyldneren ikke makter å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, og at forholdet ikke kan antas å være forbigående. Spørsmålet blir da om gjerningspersonen på handlingstidspunktet og i tiden fremover ville ha nok likvider til å dekke sine forpliktelser. Loven setter ikke noen bestemt frist. Spørsmålet beror materielt sett på en helhetsvurdering hvor ulike momenter må tas i betraktning.⁹⁵

Gjerningspersonen må, i følge den generelle forsettslære, ha funnet det for over 50% sannsynlig at han ikke makter å oppfylle sine forpliktelser og at denne betalingsudyktigheten ikke er forbigående. Det er debtors innsikt i sin egen økonomi som er avgjørende.

At debitor på det aktuelle tidspunkt ikke makter å betale sine forpliktelser vil han som regel være klar over, slik at det ikke er her forsettet skaper problemer. Et lett tenkelig tilfelle er imidlertid betalingsudyktighet kombinert med vilje og optimisme om at tilstanden skal endre seg og rette seg opp. Denne viljen kan også gjøre blind i den forstand at debitor faktisk ikke ser sannsynligheten for at dette vil ende galt. Debitor er her i faktisk villfarelse om sin økonomiske situasjon. Det følger da av strl § 42 at han ikke kan straffes for forsettlig lovbrudd.

Det er klart nok debtors egen oppfatning av den faktiske situasjon som skal legges til grunn. Men kan det tenkes at hans oppfatning av situasjonen er så urealistisk, og dermed hans handlingsvalg så klanderverdig, at man vil konstatere forsett på et tidligere stadium enn etter den generelle lære? Sett at debitor faktisk trodde på en positiv utgang

⁹⁵ Andenæs, Mads Henry (1999) s. 15

av den vanskelige økonomiske situasjonen. Han var i faktisk villfarelse. Vil man rettslig sett kunne trekke en grense for når straffansvar inntreer uansett optimisme og vilje til å gjøre opp for seg? Spørsmålet blir om grensen for sannsynlighet i disse tilfellene kan sies å være under 50%, slik at det skal mindre til for å handle forsettlig.

Waaben trekker frem rettspraksis for å konstatere hvilket krav man etter dansk rett har til sannsynlighetsforsettet når det gjelder det objektive moment ”risiko for tap”, som fremkommer i ulike gjerningsbeskrivelser. Overført til vilkåret om betalingsudyktighet blir ”risikoen for tap” en vurdering av om hans økonomiske situasjon er forbigående eller ikke, risikoen for at han ikke vil kunne tilfredsstillе alle fordringshavere jfr § 281 annet ledd. Han finner i tallrike dommer at det har foreligget en av de alminnelig anerkjente hovedtyper av forsett, altså forsett innenfor den generelle forsettslære. I to eldre dommer om forhold som nå ville blitt kalt skyldnersvik synes imidlertid å vise at også lavere forsettsgrense kan begrunne ansvar etter dansk rett. Det vises til U 1920.384 om bortsalg av besetning og inventar fra en gård der HR bemerket at T ”måtte være klar over, at disse disposisjoner *ville føre til*, at hans pantekreditorer ikke fikk full dekning”. I U 1922.813 fant retten i et liknende tilfelle at ”T måtte være klar over at hans disposisjoner var uforenelige med M’s panterett og *egnete til* å påføre denne tap”. Etter ordenes alminnelige innhold finner Waaben at det her bare kreves at T fant det mulig at kreditorene ikke ville få dekning, noe som etter den alminnelige forsettslære ikke er forsett, hvis det er objektivt avgjørende med manglende fyldestgjørelse på et visst fremtidig tidspunkt.⁹⁶

Det kan fremstå som noe uklart i hvilken grad en alminnelig forståelse av ordlyden i disse dommene gir uttrykk for et lempet forsettskrav. Ordlyden ”måtte være klar over” kan forstås som en høy grad av sannsynlighet. Waaben ser ut til å legge sin oppfatning i ordene ”ville føre til” og ”egnete til å påføre tap”. En alminnelig forståelse kan her tilsi at det ikke kreves at gjerningsmannen må ha holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig at han ikke ville kunne tilfredsstillе sine skyldnere. Derimot kan forståelsen blir noe annen dersom man ser disse ord i sammenheng med de forutgående ord ”måtte være klar over”. I norsk rettspraksis har Høyesterett godtatt formuleringen ”måtte forstå” som forsettlig når de etter sammenhengen må forstås som et forkortet uttrykk

⁹⁶ Waaben (1973) s. 281-282

for at retten på grunnlag av de foreliggende omstendigheter har trukket den slutning at tiltalte har forstått, men ikke ellers.⁹⁷ Uavhengig av en mulig uklarhet her finner Waaben at dansk rettspraksis viser en mulig lemping av forsettskravet i relasjon til dette objektive moment.

4.4.3 Straffverdighet, lovbruddets grovhet

Spørsmålet er etter dette hvilke argumenter reelle hensyn gir i gråsonen mellom forsett og uaktsomhet. Forutsetningen er at gjerningspersonens innsikt kan måles til noe under 50% grensen. Etter den generelle lære når gjerningspersonens skyld dermed ikke opp til karakteristikken forsett.

Grensen mellom forsett og uaktsomhet beror på graden av handlingens straffverdighet.⁹⁸ For at man i det hele tatt kan vurdere å lempe på kravet til sannsynlighet må dermed handlingen, og gjerningspersonens subjektive forestillinger fremstå som så straffverdig at man ønsker å anvende forsettsbegrepet.

Ordet straffverdighet har ikke noe presist innhold. Graden av bebreidelse ser ut til å danne kjernen i begrepet. Bebreidelse avhenger igjen av særlig tre forhold; krenkelsens alvor, grad av skyld og den verdimesige dom over handlingen.⁹⁹

Straffelovkommisjonen fremhever at straffverdighet først og fremst avhenger av rettskrenkelsens skadelighet på den ene siden, og hensynet til rettferdighet og humanitet på den andre siden (NOU 1983:57 s 51). Når skadevirkningene er de samme uansett hvilken skyldform, vil grensen mot uaktsomhet måtte tuftes på rettferdighet og humanitet.¹⁰⁰ I NOU 2002:4 fremkommer det at rettferdighetsbetraktninger bør stå sentralt i straffverdighetsbegrepet, men at også prevensjonshensyn og andre hensyn bør ha betydning.¹⁰¹

Grensen mellom forsett og uaktsomhet beror dermed på flere ulike hensyn, og kan ikke ene og alene avhenge av gjerningspersonens sannsynlighetsforestillinger. Man kan ikke

⁹⁷ Andenæs (1997) s. 218, jfr Rt 1947 s. 55, Rt 1974 s. 382

⁹⁸ Eskeland (2000) s. 483, Andenæs (1997) s. 215

⁹⁹ Eskeland (2000) s. 127 og NOU 2002:4 s. 121 som viser til analyse av straffverdighetsbegrepet utført av Eskeland.

¹⁰⁰ Schea (1994) s. 126

¹⁰¹ Begrepet anvendes her ved vurdering av strafferammene, jfr s. 152. Uttalelsen gir imidlertid uttrykk for at begrepet isolert sett rommer flere hensyn.

generalisere straffverdighet til en prosentatsats på 50%. Det vil derfor kunne tenkes tilfeller der hensynet til straffverdighet tilsier at forholdet bør være forsettlig selv om gjerningspersonen har holdt følgen for under 50% sannsynlig. Sett at debitor har holdt det for 45% sannsynlig at han er insolvent. Hans uriktige forestillinger bygger på rot, manglende oversikt og kanskje et stort ønske om at realiteten var en annen.¹⁰² Han har kanskje unnlatt å sette seg nærmere inn i den økonomiske situasjonen for dermed å ”ikke vite” sml problemstillingen ovenfor under 4.3.4 Med disse tanker utfører debitor handlinger som medfører store tap for kreditorfellesskapet. Rettfærdighet, rimelighetsbetraktninger og den verdimeslige dom over handlingen tilsier her at man kanskje bør åpne for å konstatere forsett selv om gjerningspersonen ikke holdt insolvensen for over 50% sannsynlig.

Et annet sentralt hensyn når grensene mellom de to skyldformene skal trekkes er hva hensynet til prevensjon på vedkommende livsområde tilsier.¹⁰³ Dette kommer jeg tilbake til under avsnitt 4.4.4 nedenfor.

Kan så hensynet til lovbruddets grovhet og straffverdighet gi noe mer ved tolkningen av forsettskravet?

Flere teoretikere har, som sagt, fremhevet det reelle hensynet ”lovbruddets grovhet” som et mulig argument for et varierende sannsynlighetskrav. Tanken er da at sannsynlighetsgrensen ligger relativt høyt ved de alvorligste forbrytelser og lavere ved de mindre alvorlige.¹⁰⁴ Argumentasjonen i teorien forutsetter imidlertid en nedre grense under sannsynlighetsforsett på 50%.

I den sammenheng kommer hensynet til straffverdighet og lovbruddets grovhet inn på en noe annen måte enn ovenfor. Innledningsvis ble det grunnleggende spørsmål drøftet; i hvilken retning trekker hensynet til straffverdighet når debtors skyld befinner seg på grensen mellom forsett og uaktsomhet. Når straffverdigheten taler for at

¹⁰² Ønsket kan bidra til å tilsøre de reelle forhold for gjerningsmannen. Trolle understreker at bevisstheten har forskjellige lag og at menneskesinnet har en betydelig evne til å skjule det rette forhold for seg selv. Den psykologiske realitet i forsett vil, for visse forbrytelser, ikke behøve å være av en slik klarhet for gjerningsmannen som man etter teoriens alminnelige beskrivelse forestiller seg. Røstad (1993) s. 140.

¹⁰³ Eskeland (2000) s.483

¹⁰⁴ Waaben (1957) s. 352, Andorsen (1996) s. 119, se ovenfor under avsnitt 3.5.2

forsettsbegrepet anvendes er dette således et viktig reelt hensyn for å senke kravet til sannsynlighet. Problemstillingen blir deretter om overtredelse av § 281 ikke er så grov at hensynene for å kreve høy grad av sannsynlighet gjør seg gjeldene. Når det i teorien antydes at man ved alvorlige forbrytelser bør være mer forsiktig med å la sannsynlighetsgrader ned mot 50 % være tilstrekkelig, må begrunnelsen bli være at domfellelse for alvorlige forbrytelser medfører større grad av samfunnsmessig stempling enn mindre alvorlige forbrytelser.¹⁰⁵ Høy grad av samfunnsmessig stempling taler for å kreve høy sannsynlighet for å konstatere forsett. Mindre grad av samfunnsmessig stempling gjør det mindre betenkelig å senke kravet til sannsynlighet.

Strafferammen er et uttrykk for hvor grov og alvorlig lovgiver finner handlingen. Strafferammen i § 281 er bøter eller fengsel inntil 3 år. Gjelder forbrytelsen betydelige verdier eller foreligger andre særlig skjerpene omstendigheter kan fengsel inntil 5 år idømmes. Holdes dette opp mot de tradisjonelle formuesforbrytelser ser man liten forskjell. Straffen for tyveri er etter § 257 bøter eller fengsel inntil 3 år. Grovt tyveri straffes med bøter eller fengsel inntil 6 år jfr § 258. Dersom man ser på overtredelse av § 233; forvoldelse av en annens død, ser man at strafferammen er betydelig høyere. Overtredelse av bestemmelsen medfører fengsel i minst 6 år, maksimalt 15 år, jfr § 17.

Som Waaben fremhever kan det bli noe ”ørkesløst” i å sammenlikne forskjelligartede forbrytelser. Eksempelvis nevner han faren for at en person skal bli rammet av et skudd i forhold til faren for at tiltalte på et gitt tidspunkt vil mangle penger til fyldestgjørelse av kreditor.¹⁰⁶

At drap er en av en mest straffverdige forbrytelsen i straffeloven er noe de fleste er enige om. Man må vel kunne si at allmennhetens rettsfølelse tilsier at en kan rette større grad av bebreidelse mot en gjerningsmann som har overtrådt strl § 233 enn en som er skyldig etter § 281. Men dette gir oss i grunn ikke noe mer enn det som fremkommer av straffeloven selv; ulik strafferammen er et uttrykk for ulikt syn på straffverdigheten. Det fremkommer av NOU 1999:23 at straffverdigheten av boforringelse etter § 281 etter rådets vurdering er den samme som de nevnte forbrytelsene i strl kap 24 og 26. Rådet viser videre til § 284 som etter sin art går ut på å oppfylle eller sikre oppfyllelsen av et

¹⁰⁵ NOU 1992:23 s. 17

¹⁰⁶ Waaben (1957) s. 352

forpliktelsesinnhold. Slike handlinger vil, i følge rådet, ha et mindre straffverdig preg enn boforringelse.¹⁰⁷ Generelt er altså boforringelse mindre straffverdig enn overtredelse av straffebud til vern om liv, helse og helbred, men i forhold til øvrige straffebud til vern om økonomiske interesser må gjerningsbeskrivelsen i § 281 sies å gi uttrykk for en temmelig straffverdig handling, på linje med tyveri, underslag og bedrageri. I forhold til andre bestemmelser i straffelovens gjeldskapittel, gir § 281 uttrykk for en alvorlig handling. Den generelle grovheten ved overtredelse av § 281, gir følgelig ikke noe argument for å senke kravet til sannsynlighet.

Det er imidlertid blitt hevdet at opinionen har inntatt en aksepterende holdning til økonomisk kriminalitet. Denne oppfatning er nå noe modifisert. Folkemeningen er neppe så entydig aksepterende som tidligere antatt. Men mange vil mene at gjerningspersonene bortsett fra lovbruddet vil drive en virksomhet som er legal og prisverdig. De færreste forsvarer økonomisk kriminalitet i prinsippet, men å fylle opp fengslene med industriledere og akterutseilte næringsdrivende anses som et drastisk skritt, særlig hvis det innebærer at de tradisjonelle forbryterne tas mildere¹⁰⁸. I denne sammenheng skiller overtredelse av § 281 seg fra tradisjonell vinningskriminalitet som tyveri og bedrageri.

En økokrim sak fra 1979 belyser hvordan domstolen la vekt på tiltaltes positive innsats i næringslivet når skylden skulle avklares. Saken gjaldt betydelige økonomiske misligheter, blant annet i form av kreditorsvik. Det ble fremhevet at tiltalte hadde oppnådd gode resultater og ikke var alene om å mangle økonomisk oversikt. Han hadde handlet i god mening mente retten og omtalte han som ”idérik” og ”dynamisk”. Tiltalen ble beskåret under domstolsbehandlingen, han ble dømt i retten, men straffutmålingen ble oppfattet som meget mild.¹⁰⁹

Det ble fremhevet i dommen at tiltalte ikke var ”alene om å mangle oversikt over sin økonomiske situasjon”. Debtors manglende oversikt vil kanskje heller sees på i unnskyldende retning. Dette nettopp fordi det er en situasjon som mange vil kunne kjenne seg igjen i, og som kan ”skje den beste”. Overtredelse av straffebudet vil i en

¹⁰⁷ NOU 1999:23 s. 59

¹⁰⁸ Her bygger jeg på Haagensen og Johansen (1991) s. 48 flg.

¹⁰⁹ Haagensen og Johansen (1991) s. 49-51

slik situasjon kunne bli å anse som mindre straffverdig og i mindre grad medføre stempling av lovovertræderen. At overtredelse av § 281 medfører relativt liten grad av samfunnsmessig stempling kan kanskje gi et argument for å akseptere sannsynlighetsgrader noe under 50%.

4.4.4 Hensynet til prevensjon

Straffebestemmelser formodes å virke preventivt. Hensynet til allmennprevensjon er i dag hovedbegrunnelsen bak straffeinstituttet, og Høyesterett vektlegger prevensjonshensynet ved tolkning av straffebestemmelser.¹¹⁰ Prevensjonshensynet tilsier dermed et tolkningsresultat som i størst mulig grad vil føre til at andre vil avstå fra overtredelse av strl § 281.

Det at man i tillegg til overtredelse av straffebudet krever en form for skyld for å straffe er en selvfølge, men ikke noe forutsetning for at straffebudet skal virke preventivt. Teoretisk kunne et straffansvar uten krav om skyld ha en større preventiv effekt, fordi det kunne tenkes at folk i større grad tok forholdsregler for å beskytte seg.¹¹¹ Isolert sett kan det tenkes at den preventive effekten ved straffebudet øker jo lengre ned på sannsynlighetsskalaen man går. Dersom man krever en høy grad av sannsynlighet vil debitor kanskje være mindre bevisst sin økonomiske situasjon, fordi det kreves at han holdt det for ganske sikkert at han var insolvent. Debitor vil kanskje på forhånd stille seg mindre på vakt over utviklingen og la det rusle og gå. Sett at vilkåret var 50% sannsynlighet for at debitor var insolvent, kanskje under denne grensen også. Det ville kanskje gitt debitor et incitament til å være mer oppmerksom på sin økonomiske situasjon, følgelig ta forholdsregler for å ha bedre oversikt. Allikevel blir kanskje dette å overvurdere straffebudets preventive effekt. Riktignok kan distinksjonen mellom forsett og uaktsomhet ha betydning for den preventive virkning av straffebudet, men det blir vel for mye å tro at innholdet i forsettskravet og de teoretiske grenser der skal ha betydning for den alminnelige borgers overtredelser av straffebud.

Forutsetningen for at straffetrusselen skal virke avskrekkende er at den er reell. Dersom den ikke håndheves vil den miste sin virkning. Andenæs fremhever at det i forhold til mange typer økonomisk kriminalitet vil være den reelle risiko for å bli dømt som er

¹¹⁰ Eskeland (2000) s. 130

utslagsgivende. Dette fordi disse handlinger for mange fremstår som moralsk nøytrale. For andre typer forbrytelser, for eksempel drap, vil moralske og sosiale hemninger i seg selv ofte være tilstrekkelig til å få folk til å avstå fra å begå handlingen.¹¹² Det at man for forsett krever at gjerningsmannen skal ha holdt det for overveiende sannsynlig at han er insolvent, gjør at straffebudet i mange tilfeller fremstår som ineffektivt.¹¹³ Forsettskravet vil dermed kunne fremså som så ”firkantet” og vanskelig å anvende at straffetrusselen blir lite reell. Dersom konkurskriminalitet ikke fremstår som moralsk forkastelig for debitor vil straffetrusselens preventive virkning bli liten.

Det er grunn til å tro at det hersker store mørketall når det gjelder forbrytelser i gjeldsforhold.¹¹⁴ Mørketallene kan ha flere årsaker. Innenfor kategorien økonomisk kriminalitet er forbrytelser i gjeldsforhold en av de kriminalitetstyper som i minst grad oppklares, dvs ender med forelegg, tiltale, eller oversendelse til forhørsretten.¹¹⁵ Dermed ender få tilfeller for retten. Undersøkelser tilsier at det foreligger straffbare handlinger i tre av fire konkurser.¹¹⁶ Samtidig har antall konkurser steget drastisk de senere år. Allikevel dømmes relativt få for konkurskriminalitet, eksempelvis ble 399 dømt for forbrytelser i gjeldsforhold i 1998 mot 1609 for bedrageri og utroskap.¹¹⁷ Straffetrusselen håndheves følgelig i liten grad i forhold til antall antatte overtredelser. Vanskelighetene med å anvende straffebestemmelsene medfører at § 281 kan fremstå som lite reell. En forsettsgrense som åpner for variasjoner vil kanskje i større grad realisere den preventive virkning av straffebudet.

4.4.5 Behovet for en redusert sannsynlighetsgrense

De vanskeligheter forsettskravet skaper i relasjon til § 281 og de behov som da oppstår for å senke sannsynlighetsgrensen, kan karakteriseres som et effektivitetsproblem. I prinsippet blir dette en utdyping av hensynet ovenfor. Denne siden av det reelle hensynet reiser imidlertid flere spørsmål, slik at en nærmere drøftelse anses påkrevet.

¹¹¹ Eskeland (2000) s. 256

¹¹² Hauge (1993) s. 300

¹¹³ Se pkt. 4.4.5

¹¹⁴ Andenæs (1996) s. 154

¹¹⁵ Oftedal Broch (1994) s. 35

¹¹⁶ Oftedal Broch (1994) s. 29

¹¹⁷ Kriminalstatistikken 1998 s. 91

Når insolvensvilkåret er så komplisert og sammensatt vil debitor lett kunne hevde at han ikke var klar over samtlige sider av begrepet. Forsett er dermed vanskelig å bevise, og man vil derfor miste mange tilfeller som burde straffes etter § 281.

Jahre er inne på denne problemstillingen i sitt notat til NOU 1999:23. Han brukte da argumentet for et forslag om å lempe skyldkravet til simpel uaktsomhet. Han uttaler at gjerningspersonen ofte

” skylder på manglende oversikt og hevder at han ikke var klar over insolvensen. Dette kan vanskelig motbevises. Paradoksalt nok kommer man i den situasjon at i de mest graverende tilfeller av konkurskriminalitet, hvor debitor for å vanskeliggjøre oppdagelse ikke har ført regnskaper og for øvrig har rotet til mest mulig, kan man i praksis ikke anvende (strl § 281 andre ledd.) ”¹¹⁸

For lovgiver kan ønsket om å ramme skjult forsett fremstå som et argument for å kriminalisere uaktsomme overtredelser. Dette fordi en da kan straffe overtredelser som var forsettlig uten at forsettet kan bevises. En annen løsning kan være å dømme for forsett også under 50% grensen. I Rt 1999 s. 874 ble det, under henvisning til uttalelser i Ot. prp. Nr 53 (1990-1991), lagt vekt på mulighetene for skjult forsett og effektivitetshensyn ved tolkningen av kravet til vinnings hensikt ved bedrageri.¹¹⁹ Hensynet må også være relevant ved tolkningen av innholdet i forsettskravet.

Det er imidlertid usikkert hvor stor vekt dette hensynet kan tillegges. Hensynet representerer store betenkeligheter. Problemet med skjult forsett henger sammen med beviskravene i straffeprosessen: det kreves bevist utover enhver rimelig tvil at skylden dekker alle objektive vilkår i straffebudet.¹²⁰ En fare ved å tillegge argumentet om skjult forsett vekt er at en senkning av sannsynlighetskravet i det teoretiske forsettsbegrep kan fortone seg som en senkning av beviskravet som er satt til vern for borgerne på strafferettens område.¹²¹

Dersom man kriminaliserer uaktsomme handlinger primært for å ramme skjult forsett, vil man også komme til å ramme mange tilfeller som i utgangspunktet ikke er ønskelig å straffe. Kriminalisering av uaktsomme handlinger forutsetter derfor at disse anses

¹¹⁸ Sitatet brukes i straffelovrådets argumentasjon NOU 1999:23 s. 31

¹¹⁹ NOU 2002:4 s. 132

¹²⁰ Hov (1999) s. 273

tilstrekkelig straffverdig til å rammes med straff. Hensynet til å lette bevissituasjonen er ikke i seg selv tilstrekkelig til å begrunne et uaktsomhetsansvar.¹²²

Disse hensyn gjør seg også gjeldende når man argumenterer for å senke sannsynlighetskravet på bakgrunn av bevisproblemene. Bevisproblemene alene kan ikke begrunne en slik tolkning av forsettskravet. Man vil da ramme tilfeller som ikke er tilstrekkelig straffverdig til å rammes av forsettsbegrepet. Forutsetningen for at argumentet om skjult forsett kan tillegges vekt er således at den utviste skyld fremstår som tilstrekkelig straffverdig til å rammes av forsettsbegrepet, selv om sannsynligheten for at insolvens forelå var på under 50%.

Situasjonen er altså den at debtors manglende oversikt gjør at man ikke klarer å bevise forsett etter den generelle forsettslære. Man kan imidlertid bevise at debitor har holdt insolvensen for mulig, rundt 40% sannsynlig. Drøftelsen ovenfor, under avsnitt 4.4.3, har vist at straffverdigheten allikevel tilsier at forsettsbegrepet anvendes. I den situasjon fremstår ønsket om å ramme skjult forsett, etter den generelle lære, som et argument for å tolke forsettskravet slik at det kreves mindre grad av innsikt i relasjon til insolvensvilkåret.

En annen side av behovet for en redusert sannsynlighetsgrense viser seg dersom forsettsformen *dolus eventualis* ikke lenger aksepteres i norsk rett. Man vil da kunne komme i situasjoner der debitor holdt det for mulig at han var insolvent og ville foretatt disposisjonene uansett. Hans tanker og valg fremstår dermed som klart straffverdig, og det er ønskelig å straffe for forsettlig overtredelse av §281. En konsekvent 50% grense gjør imidlertid at straffebudet ikke er anvendelig. Om det perifere forsettsbegrep ble det i motivene til straffeloven av 1902 uttalt at ; kan følgen ”verken betegnes som overveiende sannsynlig eller som usannsynlig betres et felt hvor løsningen er og alltid må være meget usikker”. Av vesentlig betydning var det da om gjerningspersonen hadde ”akkviescert ved følgens inntreden”, dvs om *dolus eventualis* kunne anvendes.¹²³ Dersom *dolus eventualis* ikke lenger vil være en del av det generelle forsettsbegrepet forflyttes oppmerksomheten. Om gjerningspersonen har reflektert over, eller akseptert

¹²¹ sml NOU 2002:4 s. 88

¹²² Sundet (1994) s. 148

¹²³ SKM s. 58 jfr Røstad (1993) s. 131

følgens inntreden eller ikke vil være irrelevant. Så lenge han, etter den generelle forsettslære holdt det for mindre enn 50% sannsynlig at denne ville inntre, vil han ikke kunne straffes. Det felt hvor ”løsningen er og alltid må være usikker” blir, dersom dolus eventualis avskaffes, hvor grensen for sannsynlighet settes mellom bevisst uaktsomhet og sannsynlighetsforsett.

Straffelovkommisjonen fremhever i NOU 1992:23 s 118 behovet for en redusert sannsynlighetsgrense som et vesentlig argument for å opprettholde forsettstypen dolus eventualis. Her fremkommer det at ”fjernes dolus eventualis kan praktiske behov medføre at man vil la mindre sannsynlighetsgrader enn 50% være tilstrekkelig ”. Det er påfallende at straffelovkommisjonen i NOU 2002:4 ikke kommenterer dette ytterligere når de foreslår å fjerne dolus eventualis. Det avgjørende for kommisjonens forslag var de mange hensyn som gjorde seg gjeldende mot denne forsettstypen. Når begrunnelsen for å opprettholde dolus eventualis i NOU 1992:23 ikke kommenteres, kan det virke som om disse hensynene, herunder behovet for en redusert sannsynlighetsgrense, var en konsekvens man var villig til å ta. Kommisjonen sier imidlertid at selv om bevisvansker for dolus eventualis ikke skulle foreligge, er det mer nærliggende å sammenlikne den utviste skyld med bevisst uaktsomhet enn forsett. Dette kan forstås slik at kommisjonen mener at dolus eventualis tilfellene skal rammes av uaktsomhetsbegrepet. Som fremhevet i de opprinnelige forarbeidene til straffeloven, vil grensen mellom de to skyldformer alltid være vanskelig å trekke. Dersom kommisjonen ser for seg et slikt enkelt skille mellom de to skyldformer skulle man tro at skillet og problemene rundt dette ville vært fremhevet og drøftet. Uten nærmere drøftelse fremstår det som usikkert hva lovgiver har tenkt omkring disse spørsmål. Det reelle behovet for en lempet sannsynlighetsgrense dersom dolus eventualis blir avskaffet er imidlertid til stede, som fremhevet av kommisjonen i NOU 1992:23.

Forsettstypen dolus eventualis har opplevd en renessanse fra 1980 årene og frem til i dag.¹²⁴ Det viser at det eksisterer et behov for denne forsettsformen, og at vi vil komme til å stå overfor tilfeller i grenselandet mellom uaktsomhet og forsett der straffverdigheten gjør det ønskelig å straffe for forsettlig overtredelse. Behovet tilsier

¹²⁴ Andorsen (1996) s. 122

derfor, dersom dolus eventualis ikke lenger omfattes av forsettsbegrepet, at kravet til sannsynlighet ikke bør settes fast på 50%.

De lege lata omfattes dolus eventualis av den generelle lære. Denne forsettsformen byr ofte på store bevisproblemer, noe som er hovedbegrunnelsen for kommisjonens forslag om å fjerne denne forsettstypen.¹²⁵ De store bevisproblemer som oppstår kan i seg selv være et argument for å tillate en lavere grad av sannsynlighet innenfor sannsynlighetsforsettet. Vi står dermed tilbake med bevisproblemenes betydning for innholdet i forsettskravet, som drøftet ovenfor. Dersom handlingen fremstår som straffverdig, slik at den bør rammes som forsettlig overtredelse, kan en mulig løsning være å akseptere en noe lavere grad av sannsynlighet.

4.4.6 Språk, tradisjon og hensiktsmessighetsbetraktninger

Andenæs uttaler om gråsonen mellom forsett og uaktsomhet at man må trekke en grenselinje mellom de mest straffverdige tilfellene som hører hjemme under forsettet, og de mindre straffverdige som hører hjemme under uaktsomhet. Han sier videre

” en kan ikke uten videre gå ut fra at det kan skje ut fra en enkelt formel, kanskje er det en kombinasjon av flere synspunkter som må til. Den rette fremgangsmåte er å ta for seg de forskjellige grupper av tilfeller og løse dem utfra hensynet til naturlig språkbruk, rettstradisjon og heniktsmessighetsbetraktninger.”¹²⁶

I hvilken retning trekker så de reelle hensyn Andenæs oppstiller når det gjelder tolkningen av forsettsbegrepet her. Når Andenæs tillegger hensynet til en naturlig språkbruk betydning må det være den alminnelige forståelsen av begrepet han sikter til. En handling som naturlig passer inn under ordet forsett vil bli ansett som mer straffverdig enn handlinger som faller utenfor denne forståelsen. På denne måten kommer man nærmere løsninger som stemmer overens med den alminnelige forståelsen hos folk flest.¹²⁷ Som vi kom frem til ovenfor er det ikke stort som fremkommer av en alminnelig fortolkning av ordet forsett. Når det gjelder de klare tilfellene av forsett og de klare uaktsomhetstilfellene vil nok folk flest ha en oppfatning av begrepet. Når man kommer over i gråsonen mellom de to skyldformer vil nok den alminnelige oppfatning av straffverdighet, herunder hva som fremstår som rettferdig i det enkelte tilfellet være

¹²⁵ NOU 2002:4 s. 225

¹²⁶ Andenæs, (1997) s. 213

mer avgjørende for menigmanns rettsfølelse enn hva som naturlig hører inn under begrepet. Det synes heller ikke naturlig at borgernes språklige oppfatning av ordet forsett innebærer at det for sannsynlighetsforsettet må settes en grense på 50%. Den språklige oppfatning vil danne kjernen av begrepet. Den nærmere avgrensning må derimot tuftes på andre hensyn.

I begrepet ”rettstradisjon” må vi forstå de historiske utviklingslinjene som har ført oss dit vi står i dag. Rettstradisjonen kan si oss noe om oppfatninger av straffverdighet, noe som igjen vil ha betydning for om løsningen anses som rimelig. Rettstradisjonen har også ofte den kvalitet at den forfekter løsninger som er utprøvd og gjennomtenkte.¹²⁸ Rettstradisjonen fremstår i utgangspunktet som et argument for å la grensene settes i samsvar med den generelle forsettslære. Allikevel ser vi at innholdet i forsettsbegrepet har utviklet seg og forandret seg, fra nærmere viten som vilkår under sannsynlighetsforsettet, og usikkerhet omkring dolus eventualis til dit den generelle lære står i dag: i ferd med å igjen forandre seg til ikke å omfatte dolus eventualis. Rettstradisjonen kan dermed ikke gi noen klare argumenter i forsettets grensesone. En svakhet ved dette argumentet er også at det kan bidra til en innsnevring av drøftelsen ved at nye tenkemåter og verdier får mindre betydning.

I begrepet hensiktsmessighetsbetraktninger ligger en indikasjon på at en løsning bør fungere etter sin hensikt. Når man først velger å operere med to former for skyld i norsk rett, kan man si at det er hensiktsmessig å oppstille så klare linjer som mulig mellom de to. Andenæs fremhever som sagt at hensynet til enkelhet og oversikt taler for å legge til grunn et generelt kriterium, altså en grense mellom forsett og uaktsomhet på 50%. Argumentet kan relatere seg til ønsket om lettfattelige, praktikable løsninger som fungerer effektivt.¹²⁹ Det ligger i dagen at en sannsynlighetsgrense på 50% under forsettet er mer praktikabel og lettfattelig enn en grense som åpner for variasjoner. Rettsanvender vet hva han skal forholde seg til, noe som også fremmer likhet i straffesystemet. Argumentet fremstår først og fremst som et retts teknisk hensyn. Dette hensynet er ikke tradisjonelt gitt særlig vekt ved tolkning av straffebud. Ved å legge stor

¹²⁷ Ludvigsen (1993) s. 40

¹²⁸ Ludvigsen (1993) s. 40

¹²⁹ Ludvigsen (1993) s. 42

vekt på slike betraktninger fjerner man seg fra begrunnelsen fra skyldkravet, hensynet til rettferdighet, humanitet og prevensjon.

Dersom man under hensiktsmessighetshensynet også inkluderer hensynet til likhet, ønsket om å oppnå konsekvens og harmoni i rettssystemet, får argumentet en annen vinkling. Oppmerksomheten snus fra å være rettet mot rettsanvender til å være rettet mot gjerningspersonen. Fra denne synsvinkel blir hensynet mer i samsvar med de tradisjonelle hensyn som vektlegges ved tolkning av straffebud. Argumentet kan i denne forstand karakteriseres som en type rettferdighetsideal: likevektsrettferdigheten, like tilfeller skal behandles likt.¹³⁰ Et problem er imidlertid at gjerningspersonens bevissthet og tanker sjelden vil kunne karakteriseres som likt et annet tilfelle. At to gjerningspersoner har holdt en følge for 45% sannsynlig medfører ikke nødvendigvis at deres subjektive forestillinger fremstår som like straffverdige. Likhetsrettferdigheten kan i denne forstand argumentere for ikke å legge avgjørende vekt på 50% grensen: de tilfeller som straffverdigheten fremstår som "lik", bør omfattes av forsettsbegrepet, uavhengig av grensen på 50%.

Retts tekniske hensyn og hensynet til konsekvens taler for legge den generelle forsettslære, og dermed en grense mellom forsett og uaktsomhet på 50%, til grunn. Hensynet til likhet taler i utgangspunktet også for en slik tolkning. Argumentet svekkes imidlertid i vårt tilfelle, i det gjerningspersonens skyld ikke er lik andre tilfeller der gjerningspersonen har holdt handlingen for i underkant av 50% sannsynlig. Som det fremkommer ovenfor fører tilstedeværelsen av andre reelle hensyn til at gjerningspersonens skyld er mer straffverdig enn hans sannsynlighetsforestillinger isolert sett tilsier.

Andenæs avviser en mulig gradering av sannsynlighetsforsettet og hevder en konsekvent grense på 50%. Men han fremhever også at skillet mellom de to skyldformer ikke alltid kan skje ut fra en enkel formel, og at en kombinasjon av synspunkter må legges til grunn. Kan hende åpner han med det for at grensen på 50% ikke er konsekvent. Det fremstår dermed som uklart hva forfatteren mener om problemene i forsettets gråsoner.

¹³⁰ Eckhoff (1997) s. 370.

4.4.7 Rettssikkerhet

Hensynet til at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling er et sentralt element i rettssikkerhetsidealet og et viktig hensyn i strafferetten.¹³¹ Dersom forsettsbegrepet er relativt, slik at det varierer med de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, vil det være vanskelig å vite når man handler forsettlig. Dette medfører at strl § 281 i størst mulig grad bør tolkes slik at debitor vet hva som ligger i forsettsbegrepet. Hensynet taler følgelig mot å tolke forsettsbegrepet slik at det omfatter lavere grader av sannsynlighet.

Generelt kan det sies at rettssikkerhetshensyn settes høyt av ideologiske grunner. De er viktige grunntrekk ved demokratiske rettsstater. Effektivitetshensyn har ikke den samme rang innenfor rettskulturen.¹³² Rettssikkerhetshensynet veier derfor tungt i avveiningsprosessen. Hva kan så utledes av rettssikkerhetshensynets spesielle vekt i ved tolkningen av forsettskravet i § 281?

Rettssikkerhetshensynet tar i stor grad sikte på å beskytte en svak part mot overgrep fra statsmakten. Når det gjelder økonomisk kriminalitet er det en vanlig oppfatning at tiltalte har en helt annen samfunns- og maktposisjon enn de som vanligvis utsettes for straffefølgning, og derfor har helt andre muligheter til å beskytte seg selv.

Argumentet om rettssikkerhet får dermed mindre vekt når det brukes mot reformer på området ”økonomisk kriminalitet”¹³³, og vil også kunne få mindre vekt ved tolkning av straffebud. Tanken om lovbrøyteren ved økonomisk kriminalitet som stor og ressurssterk er imidlertid en generalisering som ikke lenger har like stor oppslutning. Nyere forskning viser bildet av en liten og vanskeligstilt forretningsdrivende.¹³⁴ Strl § 281 omfatter skyldnere enten de er store næringsdrivende, små enmannsforetak eller personlige skyldnere. I hvilken grad de ulike skyldnere er i stand til å ivareta egne interesser, og beskytte seg, vil dermed variere sterkt for hvert enkelt tilfelle. Det settes også spørsmålsteget ved i hvilken grad de er bedre egnet til å sette seg inn i forsettsbegrepet for dermed å kunne forutse sin rettsstilling.

¹³¹ Eskeland (2000) s. 130

¹³² Eskeland (2000) s. 514-515

¹³³ Sundet (1994) s. 149

¹³⁴ Haagensen og Johansen (1991) s. 6

Den bærende tanken bak lovsprinsippet i Grl § 96 var å motvirke vilkårlighet og fremme forutberegnelighet.¹³⁵ Borgerne har imidlertid ikke noen lovtekst å bygge sin forutberegnelighet på når det gjelder innholdet i forsettskravet. Som sagt gir ikke ordet forsett, jfr strl § 40, noe nærmere forståelse om hva som ligger i begrepet. Som det fremgår av fremstillingen av den generelle forsettslære er denne omfattende og uklar, særlig i lærens periferi. Selve kravet til sannsynlighetsforstillinger er også utpreget teoretisk. Det blir derfor lite praktisk å hevde at debitor enklere vil kunne innrette seg på forsettsbegrepet dersom man setter grensen på 50% sannsynlig enn der handlingen etter en tolkning fremstår som forsettlig. Borgernes forutberegnelighet må antas å bygge på de klare tilfeller av forsett og hva som fremstår som rettferdig, ikke de teoretiske grenser.

4.4.9 Tolkningsresultat

Rettskildesituasjonen er dermed den at hensynet til straffverdighet, prevensjon, herunder effektivitet, og behovet for en redusert sannsynlighetsgrense trekker i retning av et lempet sannsynlighetskrav. Hensynet til hensiktsmessighet og rettssikkerhet strider derimot generelt mot en slik tolkning. Den spesielle vekt av rettssikkerhetshensynet er imidlertid noe svekket i dette tilfellet. Høyesterettspraksis viser at andre hensyn enn rettssikkerhetshensynet kan få avgjørende betydning der dette alt i alt gir det beste tolkningsresultat.¹³⁶

Etter en avveining av de reelle hensyn fremstår dermed hensynene for å åpne for et noe varierende krav av størst tyngde.

Dersom et slikt tolkningsresultat legges til grunn vil det karakteriseres som en utvidende tolkning av den generelle forsettslære.

En utvidende tolkning av forsettskravet reiser i seg selv prinsipielle innvendinger i det dette innebærer en tolkning til skade for gjerningspersonen. Høyesterett har flere ganger uttalt at straffebud som hovedregel ikke bør tolkes til skade for tiltalte. I Rt 1961 s. 547 sies det at ”man i strafferetten må være meget varsom med utvidende eller analogisk tolkning til skade for tiltalte”.¹³⁷ I Rt 1984 s. 91 ble det derimot uttalt at ved tvil ved

¹³⁵ NOU 1992:23 s. 72

¹³⁶ Eskeland (2000) s. 131

¹³⁷ Eskeland (2000) s. 498

innholdet i skyldformen uaktsomhet ” gjelder ikke noe prinsipp om at tvilen skal komme tiltalte til gode”. Med støtte i ytterligere høyesterettsavgjørelser kan man si at det ikke gjelder noe prinsipp om at straffebestemmelser ikke kan tolkes utvidende. Det som imidlertid antageligvis må kreves er at de hensyn som taler for utvidende tolkning må være av betydelig vekt.

En nærmere presisering av hvor sannsynlighetskravet bør settes skal jeg ikke gå nærmere inn på her. Som det fremkommer av drøftelsen må dette avgjøres etter en tolkning i hvert enkelt tilfelle. Det skal imidlertid sies at kravet til bevissthet alltid må stilles høyt for forsett. Diskusjonen dreier seg nettopp om gråsonene - sannsynlighet rundt 50%. Klart lavere sannsynlighet kan ikke aksepteres. Dette ville være en omfattende endring i forhold til den vanlige oppfatning, og reist prinsipielle innvendinger om skillet mellom skyldformene, og innholdet i disse. Tilstedeværelsen av vektige reelle hensyn kan imidlertid som her begrunne en noe lavere sannsynlighet enn 50% som forsettlig overtredelse av vilkåret insolvens i strl § 281.

5. Avslutning

Hvilke oppsummerende linjer kan man så trekke etter en tolkning av forsettskravet i § 281.

For det første viser drøftelsen at grensene mellom forsett og uaktsomhet i stor grad må støtte seg på reelle hensyn. Dette gjelder både spørsmålet om forsettets dekning i § 281 og grensedragningen ved det nedre del av forsettsbegrepet.

Hensynene mot en utvidende tolkning av forsettskravet tilsier at den generelle lære må fremstå som den klare hovedregel og utgangspunkt. Utgangspunktet må derfor være at gjerningspersonen må ha holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig at samtlige objektive momenter i gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Forhåpentligvis har drøftelsen ikke gitt inntrykk av å ville rokke ved dette utgangspunkt. Tolkningen av § 281 har imidlertid vist at tilstedeværelsen av vektige reelle hensyn kan begrunne et avvik fra den generelle forsettslære.

Forarbeidene til straffeloven av 1902 fremhever vanskelighetene i forsettets gråsoner. Kommisjonen uttalte at kan følgen ” verken betegnes som overveiende sannsynlig eller usannsynlig betres et felt hvor løsningen er og alltid må være meget usikker.”¹³⁸ At grensedragningen mellom skyldformene er uklar synes å være noe de fleste teoretikere er enige om. Det fremstår derfor som noe inkonsekvent at den teoretiske konstruksjon etter den generelle lære er så enkel: grensen går ved 50% sannsynlighet.

Det ser ut til at teorien, herunder NOU 2002:4, holder muligheten åpen for at enkelte tilfeller må karakteriseres som forsettlige uten at gjerningspersonens bevissthet passer inn under noen forsettstyper i den generelle lære.¹³⁹ At tilfellet må karakteriseres som forsettlig fremstår da som tolkningsresultatet. Det sies imidlertid ikke noe om hvordan man kommer dit, om hvilke rettskilddefaktorer som begrunner dette tolkningsresultatet, og i tilfellet om resultatet kan karakteriseres som en utvidende tolkning, eventuelt analogi av den generelle lære.

Uansett hvilken betegnelse man velger å sette på tolkningsresultatet viser argumentasjonen at det kan forekomme tilfeller der reelle hensyn kan begrunne et annet resultat enn det som følger av den generelle lære. Det lar seg ikke gjøre å regulere forsettet i bestemte og uforanderlige formler. At forsettskravet da fremstår som til dels relativt med de mot hensyn som kan anføres mot dette, blir en nødvendig konsekvens av menneskets komplekse tankegang, og det mangfold av interesser som straffeloven skal verne om.

¹³⁸ SKM 1896 s. 58

¹³⁹ NOU 2002:4 s. 225, Andenæs (1997) s. 220, Waaben (1957) s. 360

Litteraturliste med forkortelser

- Andenæs (1996)** Andenæs, Johs. *Formuesforbrytelsene*. 6. utg. Oslo, 1996
- Andenæs (1989)** Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 3. utg. Oslo, 1989
- Andenæs (1997)** Andenæs, Johs. *Alminnelig Strafferett*. 4. utg. Oslo, 1997
- Andenæs (2002)** Andenæs, Johs. *Straffelovkommisjonens innstilling om ny straffelov*. I; Tidsskrift for strafferett Årg nr 2 2002
- Andenæs, Mads Henry (1999)** Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 2. utg. Oslo, 1999
- Andersen (1996)** Andersen, Kjell V. *Dolus Eventualis*. I: Jussens venner 1996 s. 118-134
- Andreassen (2000)** Andreassen, Ole Martin. *Forbrytelser mot kreditorene*. Oslo, 2000
- Bratholm og Matningsdal (1997)** Bratholm, Anders *Straffeloven med kommentarer Anden del. Forbrydelser* Anders Bratholm, Magnus Matningsdal. Oslo, 1995
- Eckhoff (1997)** Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. ved Jan E. Helgesen 4. utg. Oslo, 1997
- Elstad (1996)** Elstad, Erik I: *Karnov norsk kommentert lovsamling*. B. 3 redigert av Peter Lødrup, Knut Kaasen, Steinar Tjomsland. Oslo, 1996
- Eskeland (2000)** Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo, 2000

- Falkanger (1999)** Falkanger, Thor. *Tingsrett*. 5. utg. Oslo, 1999
- Haagensen og Johansen (1991)** Haagensen, Kjell. *Økonomisk kriminalitet*. Kjell Haagensen og Per Ole Johansen I: Studier i økonomisk kriminalitet. redigert av Per Ole Johansen. Oslo, 1991 s. 1-61
- Hauge (1996)** Hauge, Ragnar. *Straffens begrunnelser*. Oslo, 1996
- Hov (1999)** Hov, Jo. *Rettergang I*. Oslo, 1999
- Konkursrådet (2000)** Konkursrådet *Behandling av straffbare forhold begått i forbindelse med konkurs*. I: Konkurs i praksis. Oslo, 2000
- Kriminalstatistikken (1998)** Kriminalstatistikken, Oslo-Kongsvinger 1998
- Ludvigsen (1993)** Ludvigsen, Geir Ove. *Fra forsettslæren i norsk strafferett*. Særavhandling, universitetet i Tromsø, 1993
- Oftedal Broch (1994)** Oftedal Broch, Lars *Den økonomiske kriminalitetens karakter og omfang*. I: Økonomiske forbrytelser og straff. Redigert av Ståle Eskeland og Einar Høgetveit. Oslo, 1994 s. 24-39
- Røstad (1993)** Røstad, Helge. *innkast i straffefeltet*. Oslo, 1993
- Røstad (1982)** Røstad, Helge. *Skyldformen forsett*. I: Jussens venner 1982, hefte 9 s. 274-297
- Røstad (1982)** Røstad, Helge. *Rettsvillfarelse*. I: Jussens venner 1982, hefte 9 s. 298-319

- Slettan, Øie (1997)** Slettan, Svein. *Forbrytelse og straff*. Svein Slettan, Toril Marie Øie. Oslo, 1997
- Schea (1994)** Schea, Trond Eirik *Strafferettens skyldkrav og økonomisk kriminalitet*. I: Økonomiske forbrytelser og straff. Redigert av Ståle Eskeland og Einar Høgetveit. Oslo, 1994 s.115-135
- Sundet (1994)** Sundet, Beret. *Beviskrav i saker om økonomisk kriminalitet*. I: Økonomiske forbrytelser og straff redigert av Ståle Eskeland og Einar Høgetveit. Oslo, 1994 s. 146-149
- Waaben (1973)** Waaben, Knud. *Det kriminelle forsæt*. København, 1973

LOVREGISTER

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grunnloven)
§ 96
- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr
10
§ 17
§ 40
§ 42
§ 57
§ 139
§ 162
§ 233
§ 257
§ 258
§ 281
§ 283
§ 284
- Militær Straffelov av 22. mai 1902 nr 13
§ 34
- 1935 Lov om tinglysning (tinglysningsloven) av 31. mai 1935 nr 5
§ 23
- 1939 Lov om gjeldsbrev (gjeldsbrevsloven) av 17. februar 1939 nr 13
§ 25
- 1969 Lov om merverdiavgift av 19. juni 1969 nr nr 66
§ 72
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni
1984 nr 58

§ 61

§ 100

§ 101

Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni
1984 nr 59

§ 2-2

DOMSREGISTER

NORSK RETTSTIENDE

Rt 1902 s. 206

Rt 1945 s. 273

Rt 1946 s. 769

Rt 1946 s. 1140

Rt 1947 s. 55

Rt 1947 s. 654

Rt 1948 s. 586

Rt 1954 s. 20

Rt 1961 s. 547

Rt 1966 s. 698

Rt 1969 s. 941

Rt 1974 s. 382

Rt 1980 s. 1546

Rt 1984 s. 91

Rt 1991 s. 600

Rt 1991 s. 741

Rt 1999 s. 220

Rt 1999 s. 874

Rt 2001-01-15

RIKSADVOKATENS MEDDELELSESBLAD

R.Mbl 25 s. 88

DANSK RETTSPRAKSIS

U 1920 s. 384

U 1922 s. 813

FORARBEIDER

NOU

Udkast til Almindelig borgelig Straffelov. 1. Udkast til lov. Kristiania 1896

NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming.

NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovkomisjonens delutredning V

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1999:23 Forbrytelser i gjeldsforhold.

NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning VII

STORTINGSDOKUMENTER

Ot.prp. nr. 75 (1948) - Om lov om endring i den alminnelige borgelige straffelov av 22. mai 1902

Ot.prp. nr. 53 (1990-91) – Om visse tiltak mot økonomisk kriminalitet (endringer i straffeloven, aksjeloven, panteloven med mer.)

SVENSKE FORARBEIDER

SOU 1996:30 Finansdepartementet – Borgenärsbrotten, en översyn av 11. kap brottsbalken.