

DOLUS EVENTUALIS

- i teori og rettspraksis

Kandidatnummer: 448
Veileder: Henrik Boehlke
Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 16 935 ord

11.07.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1 INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger	1
1.2 Rettskilder	4
1.3 Historikk	5
<u>2 DOLUS EVENTUALIS OG SAMMENHENGEN MED FORSETT FOR ØVRIG</u>	<u>8</u>
2.1 Innledning	8
2.2 Fire ulike typer av forsett	8
2.2.1 Hensiktsforsett	8
2.2.2 Visshetsforsett	9
2.2.3 Sannsynlighetsforsett	10
2.2.4 Dolus eventualis	12
<u>3 NÆRMERE OM DOLUS EVENTUALIS: EN TEORETISK FREMSTILLING</u>	<u>14</u>
3.1 Innledning	14
3.2 Dolus eventualis: et psykologisk kriterium	15
3.3 To varianter av dolus eventualis	17
3.3.1 Den positive innvilgelsesteori	17
3.3.2 Den hypotetiske innvilgelsesteori	19
3.4 Dolus eventualis og grensen mot bevisst uaktsomhet	21
<u>4 DOLUS EVENTUALIS I NORSK RETTSPRAKSIS</u>	<u>26</u>

4.1 Innledning	26
4.2 Høyesterettsavgjørelsene	27
4.2.1 Rt 1933 s. 1132 Hakekorsflaggdommen	27
4.2.2 Rt 1945 s. 109 Quislingdommen	28
4.2.3 Rt 1991 s. 600 Skoheroindommen	30
4.2.4 Rt 2001 s. 58	33
4.2.5 Rt 1980 s. 979 Haglgeværskudddommen	35
4.2.6 Rt 2000 s. 2072	39
4.2.7 Rt 2003 s. 118	41
4.2.8 Rt 2004 s. 1769	43
4.2.9 Rt 2005 s. 83	45
4.3 Bevisbedømmelsen	46
<u>5 DOLUS EVENTUALIS I FREMTIDEN</u>	<u>51</u>
5.1 Innledning	51
5.2 Ot. prp. nr 90 (2003-2004) Ny straffelov	51
<u>6 AVSLUTNING</u>	<u>54</u>
6.1 Sammenfatning og konklusjon	54
<u>1 LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

DOLUS EVENTUALIS (lat. `mulig forsett`), betegnelse på en lav grad av forsett der gjerningspersonen har forestilt seg muligheten av at handlingen vil medføre en straffbar følge, uten at han har tilsiktet følgen eller ansett den som sannsynlig¹.

Dolus eventualis foreligger altså når gjerningspersonen bevisst har tatt det standpunkt å ville foreta handlingen, selv om en mulig skadelig følge (f.eks. en annens død) skulle inntre².

Jeg vil i det følgende se nærmere på forsettsformen dolus eventualis og de problemer og spørsmål denne måtte reise i norsk strafferett.

Dolus eventualis er en del av skyldformen forsett, og utgangspunktet er Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) 22 mai. Nr. 10. 1902 § 40. Bestemmelsen er plassert i kapitlet om Betingelser for Strafbarhed, og hovedregelen i straffelovens alminnelige del er forsett. Med unntak for forseelser som består i unnløstelse, har straffeloven ingen bestemmelser om skyldformen i spesiallovgivningen. De aller fleste bestemmelsene her angir selv hva som er skyldkravet. Når straffebestemmelsene ikke sier noe om skyldkravet, fastsettes kravet etter en nærmere tolking av straffebudet hvor blant annet hensynet til en effektiv håndhevelse tillegges stor vekt. Antas det at straffebudet ikke vil virke etter sitt formål dersom bare forsettelige overtredelser rammes, rammes også uaktsomhet³. Forsett er ikke definert i dagens straffelov, men er utviklet i rettspraksis og juridisk teori på bakgrunn

¹ Jusleksikon, 1999

² Slettan, 2000

³ Jf. Rt 1939 s. 623

av forarbeidene. Det er også tilfelle for forsettsformen *dolus eventualis*, som ligger helt i det nedre sjiktet av denne hovedskyldformen og grenser nedover mot den uaktsomme handling, den bevisst uaktsomme handling. I norsk strafferett er *dolus eventualis* den laveste graden av forsett som straffes etter strl. §40. *Dolus eventualis* reiser først og fremst spørsmålet om hvordan man kan eller bør avgrense forsett mot bevisst uaktsomhet. Det er stor uenighet blant teoretikerne i strafferetten om betydningen av *dolus eventualis*, og flere hevder at læren om denne reiser flere spørsmål enn den løser⁴.

Til tross for denne uenigheten, har Stortinget vedtatt forslaget til en ny alminnelig del i straffeloven som Justis- og politidepartementet har utarbeidet, og her godtatt *dolus eventualis* i form av den positive innvilgelsesteori, som forsettsform⁵. (Det er vanlig å dele *dolus eventualis* i to varianter, den positive innvilgelsesteori og den hypotetiske innvilgelsesteori⁶). Den hypotetiske innvilgelsesteori er forkastet i rettspraksis, som jeg vil komme tilbake til under punkt 4. Den nye straffeloven har ikke trådt i kraft ennå, men den viser at man kan fortsette å straffe etter *dolus eventualis* også når loven trer i kraft. I den nye lovens §22 heter det at forsett foreligger når noen...

”c) regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og bestemmer seg for å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen med sikkerhet eller mest sannsynlig skulle bli oppfylt⁷”.

I praksis kan det ha stor betydning om man dømmes for en uaktsom handling i stedet for en forsettelig. Maksimumsstraffen for uaktsomt drap er for eksempel seks års fengsel, mens et forsettelig drap har en maksimumsstraff på femten år. (Jeg ser da bort fra overlegg, som er en kvalifisert skyldform som kan knyttes til alle typer av straffbart forsett, som igjen på

⁴ Se f. eks Andorsen, 1996, som er kritisk til *dolus eventualis* som forsettsform

⁵ Ot. prp. nr 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

⁶ Se om disse teoriene under punkt 3.3

⁷ Se nærmere om den nye straffeloven under punkt 5

denne bakgrunn også kan føre til strengere straff en femten års fengsel⁸). Dessuten, vil det kanskje i relasjon til medmenneskers dom, ha en viss betydning om handlingen er forsettelig eller uaktsom.

Problemstillingen i denne oppgaven er først og fremst å se hvordan Høyesterett anvender *dolus eventualis*, og hvilken betydning denne forsettsformen har i dag. For å kunne drøfte og analysere dette, synes jeg det er klagjørende og hensiktsmessig å først gi en fremstilling av hva teorien mener om *dolus eventualis*. Dette for å forklare begrepet nærmere, og også vise hva læren om *dolus eventualis* går ut på. Jeg prøver ikke å se *dolus eventualis* i et de lege ferendaperspektiv, men jeg må nødvendigvis belyse denne problemstillingen for å få et helhetlig bilde av læren om *dolus eventualis*. Mitt mål med denne oppgaven er ikke å foreta en fremstilling av min personlige oppfatning av denne forsettsformen, men noen personlige meninger velger jeg likevel å uttrykke. Det er fordi jeg i tillegg til den teoretiske delen av oppgaven, legger stor vekt på avsnittet om *dolus eventualis* i norsk rettspraksis. Her har jeg drøftet og kommentert en del av det Høyesterett sier. Avslutningsvis tar jeg for meg *dolus eventualis* i fremtiden, og ser på hva som er sagt om dette i forslag til ny straffelov, som er fremsatt og vedtatt, men ennå ikke trådt i kraft⁹.

Det er delte meninger om behovet for *dolus eventualis*, og jeg synes på denne bakgrunn at dette var et interessant tema å se nærmere på. Stortinget har nå endelig vedtatt å beholde forsettsformen (ved den positive innvilgelsesteori), men selv forarbeider og høringsrunder til denne nye loven har så absolutt ikke vært enstemmige.

Også Høyesterett har i årenes løp ment en hel del om *dolus*-læren, og på dette grunnlaget trukket grensene for bruken av *dolus eventualis*. Å se hvordan jus utspiller seg i praksis, særlig på et område hvor presedensvirkningene er så store som her, er alltid spennende, og var med på å avgjøre mitt valg av tema til denne oppgaven.

⁸ Se om overlegg i Slettan, 2000, bl.a. s. 178

⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

Formålet er å se hvilken rolle dolus eventualis spiller i norsk strafferett, og se hvilken betydning denne læren har og vil komme til å ha i fremtiden. For å få en mest mulig riktig oversikt over temaet, har jeg til en viss grad valgt å se det i lys av den utvikling dolus eventualis har vært gjennom frem til i dag.

1.2 Rettskilder

Jeg har først og fremst benyttet rettspraksis og juridisk teori i denne fremstillingen av dolus eventualis. Rettspraksis spiller en stor rolle for betydningen av denne forsettsformen, særlig i skille mellom den positive og den hypotetiske innvilgelsesteori, og for hvilken betydning disse to teoriene har i dag. Rettspraksis er dessuten viktig for å se hvor grensen mot den bevisst uaktsomme handling skal trekkes.

Disse to teoriene bygger på en lovbestemmelse, straffeloven §40 første ledd, og denne er derfor vesentlig. Dolus eventualis er ikke nevnt i denne bestemmelsen da forsettsbegrepet ikke er definert i dagens straffelov. Jeg vil derfor ikke bruke mye plass på denne bestemmelsen, men det er viktig å huske på at denne er grunnlaget for dolus eventualis. Forsettsformen er dermed forankret i formell lov, som igjen betyr at vi har et lovfestet krav til skyld.

Jeg har også sett på Ot. prp. nr 90 (2003-2004), (den vedtatte nye straffelovens alminnelige del), samt tidligere forarbeider til den nye straffeloven. Jeg har ikke lagt vesentlig vekt på de tidligere forarbeidene, men brukt dem for å belyse nærmere det som kommer frem i min fremstilling av selve proposisjonen.

1.3 Historikk¹⁰

Jeg har her valgt å se på oppkomsten av *dolus eventualis*. Det er en gammel teori, og jeg synes det er interessant for fremstillingen videre og ta med hvordan juristene i middelalderen tenkte, om en lære som er videre utviklet, og som fortsatt eksisterer.

Middelalderens italienske jurister hadde den lære, at når en person har øvet en rettskrenkelse med hensikt, og han ved sin handling også har fremkalt en annen skadevirkning, skal også denne tilregnes ham som forsettelig voldt, selv om han ikke har ønsket den og bare tenkt seg muligheten av den. Læren ble opptatt i enkelte tyske straffelover fra første halvdel av det nittende århundre, og bygget på en bestemmelse i kanonisk rett. Man brukte i teorien betegnelsen *dolus directus* om hensikten, *dolus indirectus* om gjerningsmannens skyld med hensyn til den annen virkning. Tanken bak denne læren var at den som er ute på straffbar ferd, får ta ansvaret også for virkningen. Feuerbach forkastet læren; gjerningsmannen er bare *in culpa* (*culpa*=uaktsomhet) med hensyn til virkningen av handlingen, men denne «*culpa dolo determinato*» - som han kalte den - kan være like straffverdig som *dolus*. På grunn av Feuerbachs kritikk ble læren om *dolus indirectus* i den gamle betydningen oppgitt.

Tyske jurister oppstilte i stedet følgende teori: selv om gjerningsmannen ikke har tenkt seg en skadevirkning eller et annet ansvarsmoment som overveiende sannsynlig, skal han dømmes for en forsettelig handling. Dette hvis dommeren må gå ut ifra at han ikke ville ha unnlatt handlingen om han hadde forestilt seg ansvarsmomentet som sikkert eller overveiende sannsynlig. Slik oppstod altså læren om *dolus eventualis*.

Reinhard Frank og Robert von Hippel er de to forfatterne som regnes som de som utformet teorien, henholdsvis den hypotetiske og den positive innvilgelsesteori. Frank i 1890 på grunnlag av den såkalte forestillingsteorien, og von Hippel ut ifra det som er kalt viljesteorien.

¹⁰ Denne historiske fremstillingen baserer seg på Skeie, 1946 og Ross, 1974

Franks avhandling ”Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre” tok for seg den typisk tyske, dogmatiske skolestrid om spørsmålet, hvorvidt forsett er enten forestilling eller vilje. Frank forsvarte forestillingsteorien, og støttet til psykologen Oswald Kulpe med flere, hevdet han at det er utelukket at man kan *ønske* konsekvensene av en handling. Viljen retter seg alltid direkte mot kroppens egne bevegelser. Følgene av kroppsbevegelsene, hevdet Frank, kan forutses, men ikke ønskes. Forsett er derfor sannsynligheten for følgen av min handling. Følgen kan forutses på forskjellig måte; som sikker, nødvendig eller mulig. Slik jeg forstår Frank, foreligger i siste tilfelle dolus eventualis, dog kun under en betingelse, nemlig når handlingens sannsynlige følge, ikke har blitt hindret av en bevisst eller nødvendig handling. (Senere kalt *Franks formel I*).

Tanken er, at når denne hypotese kan anses for oppfylt, er gjerningspersonen etter sin mentale innstilling, ganske å sidestille med den som visste at følgen ville inntre. Frank illustrerer sin hypotese ved en sammenligning mellom to situasjoner. I den ene vil en banditt prøve skuddvidden på geværet sitt. Han sikter derfor på et menneske, som er så langt unna, at det er høyst tvilsomt om han vil treffe. Han ønsker ikke å drepe mannen (i så fall vil det foreligge direkte forsett), men han tar bevisst den risiko at det kan skje. Han er likeglad med tanke på utfallet, han ville ha skutt også om han forutså den dødelige utgang som sikker. Denne mann mener Frank burde straffes som morder.

I motsetning til dette kan tenkes den som med bevissthet om farerisikoen, men uten å ta hensyn til det, røyker i sengen, men som ikke ville ha gjort det hvis han hadde visst at han på grunn av dette ville forårsake brann med andre menneskers død til følge. I denne situasjonen hevder Frank at det mangler dolus, og mannen kan bare straffes for bevisst uaktsomhet.

Det hypotetiske forsett hos banditten, sier Frank, betegnes ofte som (hypotetisk) innvilgelse av følgen. Men selv avviser han denne terminologien fordi den hviler på den forutsetning at det avgjørende i forsettet er vilje. Likevel har dette blitt betegnelsen på denne læren, og

man kan derfor bruke uttrykket *hypotetisk innvilgelsesteori* om den delen av *dolus eventualis* som baserer seg på et hypotetisk kriterium, som uttrykt i Franks formel I. Denne lære fikk tilslutning fra mange hold, og den ble også benyttet i rettspraksis. Men det ble også rettet kritikk mot å bygge tilregneligheten på en hypotetisk dom. Dette fikk Frank til å innrømme, at hans formel I ikke direkte uttrykte den psykologiske tilstand som karakteriserer *dolus eventualis*, men er av verdi som middel til å erkjenne denne tilstand. Han ga ikke opp formel I, men kom samtidig med en annen teori, som mer direkte tok sikte på gjerningspersonens aktuelle sinnstilstand: Gjerningsmannen sier til seg selv; om følgen skulle være eller bli det ene eller det andre, handler jeg uansett, og dermed er skylden forsettelig. (Franks formel II).

På denne måten hadde Frank, til en viss grad, nærmet seg den viljesteoretiske skole som Robert von Hippel representerte. Uten å ville avvise Franks formel I, hevdet von Hippel at den egentlige begrunnelse for tilregnelighet, måtte søkes i gjerningspersonens aktuelle sinnelag. Han dømmes forsettelig fordi han har villet følgen, han har innvilget den, godkjent den, gitt den sin tilslutning eller vært inneforstått med den. I motsetning til dette, hevder von Hippel, står den som handler bevisst uaktsomt eller hensynsløst: i dette tilfelle avviser gjerningspersonen følgen, han handler i håp om at den ikke vil inntre. Det avgjørende er altså den forskjell i hva gjerningspersonen ønsker, hvordan han vurderer sine egne interesser i forhold til hensynet om respekt for andres rettsgoder. Dette er grunnlaget for von Hippels formel, og det som senere er blitt kalt den *positive innvilgelsesteori*. Uttrykket er noe uklart; «positiv» skal i denne forbindelse angi en motsetning til ”hypotetisk”. Etter denne teori er ikke det avgjørende noe hypotetisk, hva gjerningspersonen under visse omstendigheter ville ha gjort, men noe håndgripelig og virkelig i beskrivelsen av hans psykologiske tilstand i gjerningsøyeblikket.

Dette er altså oppkomsten til den hypotetiske og positive innvilgelsesteori. Nedenfor kommer en oversikt over den utvikling disse teoriene har vært gjennom, og hvordan dagens rettstilstand er på dette området. For å belyse *dolus eventualis* i strafferetten i dag, spiller rettspraksis en vesentlig rolle, og jeg legger derfor stor vekt på dette punktet i oppgaven.

2 Dolus eventualis og sammenhengen med forsett for øvrig

2.1 Innledning

For bedre å forstå de ulike spørsmål dolus eventualis reiser, kan det være nyttig å se forsettsformen i sammenheng med, og som en del av, det totale forsettsbegrepet.

Det varierer litt hvor mange forsettsformer teoretikerne opererer med. Om man velger seg tre eller fire former er mye en smakssak. Begrepsbruken er altså ikke helt entydig, så jeg har valgt en terminologi som jeg mener er klargjørende og hensiktsmessig.

2.2 Fire ulike typer av forsett

2.2.1 Hensiktsforsett

Her handler gjerningspersonen med den hensikt at en viss følge skal inntre. Han ønsker å handle i strid med loven. Tankegangen er at selv om sannsynligheten er liten, gir det faktum at gjerningspersonen har et ønske om å opptre i strid med straffebudet, grunnlag for så stor bebreidelse at det er rimelig å klassifisere tilfellene i den strengeste kategorien av skyld, nemlig forsett. I disse tilfellene sier man at det foreligger *hensiktsforsett*.

Hvis gjerningspersonen ikke bare er klar over at hans handling kan føre til at gjerningsbeskrivelsen i et straffebud blir oppfylt, men også *ønsker* å oppnå den straffbare følgen, ser man altså bort ifra at sannsynligheten for at gjerningsbeskrivelsen er eller vil bli oppfylt, er mindre enn 50%. Idéen bak synes å være at ønsket om å foreta en handling i strid med straffebudet kompenserer for at sannsynligheten er under 50%, og bringer forholdet inn under skyldkategorien forsett¹¹.

Det karakteristiske i disse tilfellene er altså at gjerningspersonen ved sin atferd ønsker å oppnå et mål. Hensikt kan også foreligge i sammenheng med et eller flere ”delmål”, det vil si nødvendige midler for å nå det endelige, tilstrebede målet. Andorsen nevner som

¹¹ Eskeland, 2000

eksempel i slike tilfeller; at man, beklageligvis, er nødt til å ta livet av sin gamle tante for å få hånd om arven¹².

Denne hensikten gir dessuten uttrykk for en ytterst målrasjonell atferd hos gjerningspersonen; den anstrengelsen som ligger bak det å nå målet, som oppfyller gjerningsinnholdet i et straffebud, er den som styrer og bestemmer atferden. Man kan også snakke om en kvalifisert forsettsform, ved at gjerningspersonen, psykologisk sett, har tatt en *beslutning* om å handle som han gjør. Det er uten betydning hvor stor sannsynligheten er for at gjerningspersonen skal nå sitt mål, eller hvordan han selv forestiller seg denne sannsynlighetsgraden; de eneste begrensninger her ligger i det alminnelige kravet til adekvans. Det må være en adekvat, eller faktisk, årsakssammenheng.

Hvor gjerningspersonen har handlet med hensikt, enten atferden tar sikte på å realisere et straffbart eller lovlig mål, kan det være at han regner som sikkert at hvis, nærmest mot hans formodning, målet skulle la seg nå, vil også andre konsekvenser, uheldigvis, inntre. Det foreligger da forsett også i relasjon til disse, kanskje beklagelige, men nødvendige sidefølgene. Kjell Andorsen nevner igjen et eksempel¹³: Man plasserer en bombe i et fly for å drepe en politisk motstander. Det er mest sannsynlig at bomben blir oppdaget, men eksploderer den, vil ikke bare den politiske motstanderen omkomme, men alle andre passasjerene i flyet også. Det foreligger her en kombinasjon av innsikt (hensikt) på den ene siden og en beslutning på den annen side.

2.2.2 Visshetsforsett

I denne kategorien av forsett, har gjerningspersonen sikker kunnskap om at alle elementene i gjerningsbeskrivelsen er til stede eller vil bli oppfylt. Slike tilfeller kalles *visshetsforsett*. I prinsippet kan gjerningspersonen alltid ha slik sikker kunnskap når det gjelder

¹² Andorsen, 1996

¹³ Andorsen, 1996

handlingsdelikter. (Straffbare handlinger som består i aktive handlinger¹⁴). Når det gjelder følgedelikter (straffebud som krever at det har skjedd en følge¹⁵), kan ikke kunnskapen om at følgen vil inntre være 100 % sikker på handlingstiden, siden det alltid kan skje noe som gjør at hendelsesforløpet blir annerledes enn forutsatt. Ofte vil vi likevel si at følgen er sikker.

Ståle Eskeland gir noen passende eksempler på handlinger begått med visshetsforsett; slag med vitende og vilje mot en annen person (strl. §228), borttakelse av en gjenstand som gjerningspersonen vet tilhører en annen for å tilegne seg den som sin egen (strl. §257), overskridelse av fartsgrenser når gjerningspersonen kjenner fartsgrensen og sin egen fart (vegtrafikklov av 18. juni 1965 nr. 4 (vegtrafikkloven) §31, jf. §6 annet ledd) og avfiring av skarpt skudd mot en annens hode på kloss hold når gjerningspersonen vet at våpenet er ladd (strl. §233)¹⁶.

2.2.3 Sannsynlighetsforsett

Her har gjerningspersonen innsett, at gjerningsbeskrivelsen mest sannsynlig vil komme til å bli oppfylt. En omstendighet kan foreligge (eller bli følgen av gjerningspersonens handling) med større eller mindre grad av sannsynlighet, og i praksis vil ofte ikke gjerningspersonen være 100% sikker på at alle elementene i gjerningsbeskrivelsen er til stede, eller at de vil bli oppfylt som følge av handlingen. Gjeldende rett bygger derfor på en forutsetning om at det er større grunn til bebreidelse, jo større sannsynligheten er for at gjerningsbeskrivelsen er eller vil bli oppfylt.

Dette burde egentlig ha ledet til regler om stigende grad av bebreidelse jo større sannsynligheten er for at gjerningsbeskrivelsen vil bli oppfylt ved gjerningspersonens handling. Dette ville imidlertid være umulig å anvende i praksis, og den vanlige oppfatning

¹⁴ Definisjonen er hentet fra Jusleksikon, 1999

¹⁵ Definisjonen er hentet fra Slettan, 2000

¹⁶ Se Eskeland, 2000

er at grensen går ved 50% sannsynlighet. Dette kommer frem i Rt. 1991 s. 600 (Skoheroindommen), der uttrykket ”overveiende sannsynlig” er brukt om kravet til *sannsynlighetsforsett*. Ståle Eskeland mener det bør:

”... forstås som overvekt av sannsynlighet, dvs. mer enn 50% sannsynlighet. Er sannsynligheten lavere enn 50 %, vil skylden enten bli sett på som bevisst uaktsomhet, eller som forsett i samsvar med læren om dolus eventualis¹⁷.”

Sannsynlighetsforsettet er imidlertid fastslått allerede før straffeloven av 1902, nærmere bestemt i Rt. 1902 s. 260. Lovgiverne har før straffeloven av 1902 tenkt seg en høy grad av sannsynlighet, idet forarbeidene krever at gjerningspersonen i alle fall må ha forestilt seg følgen som ”ganske overveiende sannsynlig¹⁸”. Det kan altså være vanskelig å si eksakt hvor den nederste grensen for sannsynlighetsforsettet går, men Straffelovkommisjonen hevder at det i dag ikke kreves mer enn simpel sannsynlighetsovervekt¹⁹.

For at det skal foreligge en fullbyrdet handling, hevder Eskeland videre at det er vanlig å knytte sannsynligheten til følger som må være inntrådt. Det kravet som gjelder for sannsynlighet med hensyn til følgen, gjelder imidlertid alle momentene i gjerningsbeskrivelsen. Dette går klart frem i den overfor nevnte Skoheroindommen:

”Det som gjelder for forsett med hensyn til følger, gjelder tilsvarende med hensyn til andre gjerningsmomenter i vedkommende straffebed” (s. 602).

Det er vanlig å si at det er den sannsynligheten gjerningspersonen regnet med som er avgjørende, og ikke den objektive sannsynlighetsgraden, jf. Rt. 1966 s. 698. For å komme frem til denne sannsynligheten, må vi slutte oss til de faktiske, ytre omstendighetene i

¹⁷ Eskeland, 2000, s.252

¹⁸ Andorsen, 1996 peker på dette og henviser til SKM s. 58

¹⁹ Forarbeidene til den nye straffeloven bygger på det samme resonnementet som kommer til uttrykk i NOU 1992:23 Ny straffelov

saken. Det er altså den sannsynligheten som det ut i fra disse omstendighetene er rimelig å regne med, vi må legge til grunn når vi skal avgjøre hva gjerningspersonen måtte regne med.

2.2.4 Dolus eventualis

Jeg vil her foreta en kort fremstilling av dolus eventualis, for å få en oversikt over denne forsettsformen i sammenheng med de tre andre som er nevnt over²⁰. En mer utførlig redegjørelse følger av oppgaven for øvrig.

Vi befinner oss her, som nevnt ovenfor, på bunnen av forsettsskalaen. Sannsynligheten for at gjerningsbeskrivelsen er eller vil bli oppfylt er mindre enn 50 % selv om gjerningspersonen håper at omstendighetene ikke eksisterer eller ikke vil bli oppfylt som følge av handlingen²¹. Det kan være at gjerningspersonen ikke har utvist hensikt, og at følgen heller ikke har stått for ham som sikker eller overveiende sannsynlig. Likevel kan han i visse tilfeller bli ansvarlig for forsettelig overtredelse. Det er da det blir snakk om dolus eventualis. Anders Bratholm sonderer mellom tre typetilfeller²²:

1. Gjerningspersonen har på forhånd tenkt på muligheten av at den skadelige følge skal inntre og finner at den er til stede. Selv om skadefølgen skulle inntreffe, bestemmer han seg for at han likevel vil begå handlingen. Her sier Bratholm at gjerningspersonen har tatt følgen med ”på kjøpet”. I slike tilfeller straffes gjerningspersonen for forsettelig overtredelse. Begrunnelsen er at han har handlet så klanderverdig at det er rimelig å likestille skylden med vanlig forsett. Læren om denne varianten av skyldformen dolus eventualis, kalles gjerne for den positive innvilgelsesteori. Gjerningspersonen har godtatt (”innvilget”) følgen i sin bevissthet før han handlet. (se nedenfor under punkt 3.3.1).

²⁰ Punkt 2.2.1, 2.2.2 og 2.2.3

²¹ Eskeland, 2000

²² Fremstillingen er hentet fra Bratholm, 1980

2. Gjerningspersonen har tenkt på om skadefølgen vil inntre som et resultat av handlingen og kommet til at han ikke ville ha foretatt handlingen dersom følgen skulle inntreffe. Han handler altså i tillitt til at det skal gå bra. Her foreligger ikke skyldformen *dolus eventualis*, og gjerningspersonen kan ikke straffes for forsettlig overtredelse, bare for uaktsomhet dersom dette rammes. Løsningen er rimelig, hevder Bratholm, fordi gjerningspersonen er vesentlig mindre å bebreide i disse tilfellene enn når han har tatt følgen med på kjøpet.

3. Gjerningspersonen har *ikke* tenkt nærmere over hvordan han ville ha handlet om følgen skulle inntre. Om det her skal bli snakk om straffansvar for en forsettlig handling, beror på de nærmere omstendigheter. Dommeren får i disse tilfellene en helt avgjørende og også spesiell rolle. Han straffes kanskje for en forsettlig handling (*dolus eventualis*), dersom retten kommer til at han *ville ha* tatt følgen med på kjøpet, hvis han hadde reflektert nærmere. Dommeren må altså avgjøre hva gjerningspersonen ville foretatt seg i en hypotetisk situasjon. Læren om denne skyldformen kalles gjerne for den hypotetiske innvilgelsesteori. (Se nedenfor under punkt 3.3.2). Gjerningspersonen forutsettes å ville ha godtatt eller innvilget følgen, hvis han hadde reflektert nærmere over forholdet. (Jeg minner om at denne hypotetiske lære ikke er gjeldende rett i dag, men jeg synes det er hensiktsmessig å nevne den, siden også denne formen er gjennomgående belyst i litteraturen, og da jeg vil komme nærmere tilbake til den flere steder i oppgaven). Dersom retten kommer til at gjerningsmannen ville ha avstått fra handlingen, hvis følgen hadde stått for ham som sikker eller overveiende sannsynlig, kan han bare straffes for uaktsomhet (forutsatt at handlingen er straffbar i uaktsom form).

I forbindelse med *dolus eventualis*, er det også interessant å se på det man kaller den forsettelige eller bevisste uvitenhet. I Rt. 2001 s. 58 sier førstvoterende om dette (henviser til lagmannens protokollerte rettsbelæring) på side 60:

”Og her kommer vi inn på det vi kaller den forsettelige eller bevisste uvitenhet. Den som ikke vil vite, den som ikke spør fordi han vil slippe å vite, han har satt seg selv i bevisst uvitenhet og han kan ikke fritas.”

Førstvoterende påpeker at bevisst uvitenhet alene, ikke er nok til å konstatere forsett. For at fellelse skal skje på dette grunnlaget, må retten finne det bevist at gjerningspersonen har tatt en beslutning om å gjennomføre handlingen, selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge. Den bevisste uvitenhet kan derfor ha momenter av hypotese i seg. Her må dommerne se bort ifra at gjerningspersonen faktisk ikke vet, og dømme etter hva de finner bevist at han ville gjort dersom han visste. På den annen side kan man kanskje si at en person er sterkt å bebreide når han bevisst ikke forhører seg om den kriminelle handling, men likevel velger å gjennomføre den. Han er jo klar over at det han er i ferd med å gjøre er en ulovlig handling. Han anser i alle fall det som mest sannsynlig, ellers hadde det jo ikke vært noen vits i å holde seg bevisst uvitende. Dette har særlig relevans i narkotikasaker, hvor tiltalte hevder at han ikke var klar over art og mengde narkotika.

Ved at den bevisste uvitenhet alene ikke gir grunnlag for fellelse, tar man bort en del av det hypotetiske elementet ved *dolus eventualis*. Men det er vel ingen tvil om at en person som har valgt å holde seg i bevisst uvitenhet, peker sterkt i retning av å ha regnet med muligheten for følgen, - og dermed akseptert den²³.

3 Nærmere om *dolus eventualis*: en teoretisk fremstilling

3.1 Innledning

Tidligere, hvor det sikre forsettsbegrep var mer snevert og kun omfattet hensikt og den sikre innsikt hos gjerningspersonen, kan man forstå at det etter hvert oppstod et praktisk behov for å bygge begrepet noe ut, for eksempel ved hjelp av formen *dolus eventualis*. I de land hvor sannsynlighetsforsettet etter hvert er blitt akseptert, f.eks Norge og Finland²⁴, skulle man derimot tro at dette behovet er tilsvarende redusert. Dette syntes også å være

²³ Se om bevisst uaktsomhet også under punkt 4.2.3 og 4.2.4

²⁴ Eksemplene er hentet fra Ot.prp. nr 90 (2003-2004)

tilfelle. I en 40 års periode fra 1945 og framover, var dolus eventualis en forsettsform som rettsteorien tok for seg - og knapt nok det. I 1980-årene derimot, fikk dolus eventualis en slags renessanse i rettspraksis, og på begynnelsen av 1990-tallet synes i en periode behovet for denne forsettsvarianten å ha vært nærmest påtrengende stort i praksis, se nærmere nedenfor under punkt 4.

Straffelovkommissjonen argumenterte på denne tiden for dolus eventualis, og man mente å kunne påvise et kriminalpolitisk behov for denne forsettsvarianten²⁵. For det første av praktisk karakter, og kommisjonen nevner narkotikasakene (som vel i dag er mer aktuelle enn noen gang). For det andre fryktet Straffelovkommissjonen at en rettstilstand uten dolus eventualis ville skape risiko for at sannsynlighetsforsettet ville bli utvannet, det vil si at man nøyer seg med mindre enn 50% sannsynlighet.

Stortinget har nå vedtatt en ny straffelov som anerkjenner dolus eventualis som forsettsform. Dolus eventualis er i dag, og dermed også i fremtiden en faktisk, gjeldende forsettsform, og det er derfor god grunn til å se nærmere på den²⁶.

Jeg vil først og fremst belyse dette gjennom norsk rettspraksis, men før jeg gjør det, vil jeg se nærmere på den teoretiske problemstillingen ved dolus eventualis, og de to variantene som finnes av denne forsettsformen.

3.2 Dolus eventualis: et psykologisk kriterium

Alle bevisste handlinger, lovlige og ulovlige, har et motiv. Mange typer av handlinger blir imidlertid en vane, man foretar dem uten å tenke på formålet. De er for så vidt ubevisste, men handlemåten har fra først av hatt et motiv. Både forsettelige og uaktsomme handlinger kan være straffbare i norsk strafferett. Det er de bevisste eller ubevisste følgene av handlingen som er med på å bestemme i hvor sterk grad gjerningspersonen kan straffes.

²⁵ NOU 1992:23

²⁶ Se nærmere om dagens oppfatning av dolus eventualis under punkt 5

Det stilles altså et skyldkrav både til handlingen og til følgen. Det oppstilles et psykologisk kriterium.

For å konstatere forsett er det hele tiden et spørsmål om hva gjerningspersonen har tenkt. Det avgjørende blir hvordan han har forholdt seg med hensyn til den handling han utfører eller vil utføre, og resultatet av denne handling. I alle forsettstyper har gjerningspersonen foretrukket å handle til tross for den risiko som det medfører. Ofte er det likevel bare bevisst uaktsomhet som foreligger. Det kan være vanskelig å trekke skillet mellom forsettsformen *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet. Denne grensdragningen vil jeg se nærmere på under punkt 3.4. Men det er i alle fall forskjell på å akseptere en risiko og å akseptere en følge. For å dømmes for en forsettelig handling må gjerningspersonen ha ”tatt følgen med på kjøpet²⁷”. Og uansett hvordan man velger å karakterisere de ulike kategoriene av forsett; innsikt, innstilling, kunnskap eller annet, rører man ved et utpreget psykologisk fenomen. På dansk benytter man gjerne uttrykket ”tilregnelse” i stedet for skyld, og det kan nok i denne sammenheng være mer dekkende.

Andersen hevder at man bør unngå formuleringer som blant annet ”ta følgen med på kjøpet”, da disse språklig mer eller mindre peker direkte mot bevisst uaktsomhet, og ikke forsett²⁸.

Et faktisk forhold skal i psykologisk forstand tilregnes gjerningspersonen; han skal ha tatt det opp i sin bevissthet på en bestemt måte, avhengig av hvilken forsettsform det er snakk om. Dette kommer særlig på spissen når man må trekke grensen mellom *dolus eventualis*, og bevisst uaktsomhet. De som utarbeidet straffeloven av 1902, understreket i motivene vanskelighetene ved å trekke en grense mellom *dolus* (forsett) og *culpa* (uaktsomhet) - en grense som der ble søkt belyst under henvisning til den grad av innsikt om sannsynligheten for følgens inntreden som gjerningspersonen hadde når han begikk handlingen. Forsett og

²⁷ Se f.eks Andenæs, 2004

²⁸ Andersen, 1996

uaktsomhet, i form av bevisst uaktsomhet, har et felles psykologisk moment: en viss innsikt. Røstad uttrykker dette ved å si at

”...skyldformene divergerer i forhold til det monn av innsikt som forelå hos gjerningspersonen da han foretok handlingen. Forsett forutsetter et betydelig monn av innsikt, sikkerhet eller høy grad av sannsynlighet, mens den som handler med bevisst uaktsomhet, har innsett muligheten for følgens inntreden²⁹”.

3.3 To varianter av dolus eventualis

3.3.1 Den positive innvilgelsesteori

Vanligvis foreligger det bevisst uaktsomhet, og ikke forsett, hvis gjerningspersonen bare har holdt følgen som mulig (ikke sannsynlig). Unntak gjelder derimot hvis følgen er tilsiktet. Men også i et annet tilfelle kan det konstateres forsett selv om gjerningspersonen bare anså følgen som mulig; nemlig ved dolus eventualis etter den positive innvilgelsesteori. Denne formen for forsett foreligger når gjerningspersonen bevisst har tatt det standpunkt å ville foreta handlingen uansett hva resultatet måtte bli. Har gjerningspersonen på denne måten bevisst godtatt (innvilget) følgen i sin bevissthet, foreligger det forsett etter norsk rett³⁰. Det er slått fast i rettspraksis³¹, som jeg vil komme tilbake til nedenfor under punkt 4.

Den positive innvilgelsesteori forutsetter altså at man har å gjøre med en gjerningsperson som har tenkt noe ut over gjerningsøyeblikket. Andorsen kaller det en resonnerende gjerningsperson - på godt og ondt, alt etter den beslutning han velger å ta i relasjon til et hypotetisk krav³².

²⁹ Røstad, 1993, s.131

³⁰ Slettan, 2000

³¹ Se f. eks Rt 1980 s. 979

³² Se Andorsen, 1996

Det som karakteriserer denne varianten av dolus eventualis, er kravet til et faktisk bevissthetsinnhold hos gjerningspersonen. Andorsen peker på to omstendigheter som dette faktiske bevissthetsinnholdet må omfatte:

For det første må han i sin tanke ha prøvd å forestille seg at en bestemt følge sikkert eller overveiende sannsynlig vil inntre, hvis han iverksetter handlingen. Et eksempel kan hjelpe og belyse dette: Passasjeren på en bilferge går i tanker om å anstifte en liten brann i lugarkorridoren for å ”teste” brannredskapen på skipet. Han bedømmer som lite sannsynlig at noen vil omkomme på grunn av brannen; mest sannsynlig tror han at beredskapen om bord på skipet raskt vil bli alarmert, og slår ikke dette til, vil han slukke brannen selv. Imidlertid har han hørt om både beredskap som svikter og branner som kommer ut av kontroll, slik at muligheten for at det skal gå galt, og at noen vil miste livet, ser han derfor ikke bort fra.

Dette får ham til å tenke over om han ville utført branntesten hvis det sikkert eller overveiende sannsynlig, ville gå med liv som følge av dette.

Dette er i overensstemmelse med det Høyesterett sa i Rt. 2001 s. 58. På side 61 refererer førstvoterende til Rt. 1991 s. 600. Her går det frem at de klareste tilfeller av dolus eventualis, er der det foreligger hensikt, eller der hvor gjerningspersonen har ansett den straffbare følge som sikker eller overveiende sannsynlig.

For det andre må det foreligge en beslutning fra gjerningspersonens side. Vi kan igjen se på bilfergeeksempelet overfor: Hvis det skulle gå så galt at noen omkom som følge av min branntest, ville jeg anstiftet brannen også under en slik omstendighet? Har vi å gjøre med den mer ”ansvarlige” gjerningsperson, som besvarer spørsmålet med nei, foreligger ikke forsett, bare uaktsomhet. Har vi derimot å gjøre med den kyniske gjerningsperson, som svarer ja på spørsmålet, foreligger det forsett. Om en slik person kan man også si at han stiller seg likegyldig overfor en dødsfølge som nevnt, og derfor har denne type forsett også

vært omtalt som ”likegyldighetsforsett”.

Allerede her viser det seg hvor formuleringsavhengig denne forsettsformen er. Hvorvidt gjerningspersonens beslutning om å handle som han har tenkt, uansett konsekvensene, uttrykkes slik at hans innstilling i relasjon til denne sikre eller overveiende sannsynlige dødsfølgen er godkjennende, aksepterende, innvilgende eller positiv, befinner vi oss ved alle formuleringsalternativene i grenseland til hensiktsforsett. Dan Frände uttrykker det slik³³:

”..den som ger en annan ett kraftigt knivslag i buken och härvid godkänner dödens möjlighet står mycket nära en position som innebär att dödandet varit handlingens skäl”.

3.3.2 Den hypotetiske innvilgelsesteori

Forskjellen på den positive og den hypotetiske innvilgelsesteori, er at den positive innvilgelsesteori vil legge vekt på hvilke omstendigheter gjerningspersonen *regnet med* ved handlingen, mens den hypotetiske innvilgelsesteori spør etter hva gjerningspersonen *ville* ha gjort under visse forutsetninger.

Helge Røstad forklarer det slik³⁴: Den hypotetiske innvilgelsesteori krever, for å konstatere forsett, et bekreftende svar på følgende spørsmål: Hvis gjerningspersonen hadde forutsett muligheten av at følgen skulle inntre - eller at en bestemt omstendighet forelå - ville han da ha foretatt handlingen selv om han hadde vært sikker eller hadde holdt det for overveiende sannsynlig at følgen ville inntre? Svarer man nei - ut fra antagelsen om at gjerningspersonen i den situasjon ville ha avstått fra handlingen - foreligger bare bevisst uaktsomhet. Konstateringen av forsett - ut fra denne formel - skjer på grunnlag av en hypotetisk dom. Retten må her skjønne over spørsmålet: Hvordan ville gjerningspersonen

³³ Sitatet er hentet fra Andorsen 1996, s.126 sin fremstilling

³⁴ Røstad, 1993

ha handlet om han hadde bedømt den faktiske situasjon annerledes? I det skjønn som må foretas, vil det ved siden av selve gjerningssituasjonen kunne trekkes inn skjønnsmomenter som tiltaltes karakter, innstilling og interesser.

Slettan/Øie formulerer seg på en annen måte³⁵: Forskjellen fra den positive innvilgelsesteori er at gjerningspersonen ikke tar noe standpunkt til hvordan han ville ha forholdt seg om den mulige følgen skulle inntre; men *retten* kommer til at *hvis* han hadde gjort det, så ville han ha godtatt følgen. Gjerningspersonen blir altså, som sagt over, bedømt etter hva *retten* finner bevist at han ville ha gjort i en tenkt (hypotetisk) situasjon, uten at gjerningspersonen selv har tatt standpunkt til det. Dette er i realiteten å fingere (foregi) et forsett.

Den hypotetiske innvilgelsesteori forutsetter altså en gjerningsperson uten et faktisk bevissthetsinnhold. Gjerningspersonen har overhodet ikke forestilt seg den tanken at det verst mulige sikkert eller overveiende sannsynlig kunne inntreffe, langt mindre tatt noen beslutning om hvordan han i så fall ville forholdt seg. Det eksisterer med andre ord intet bevissthetsinnhold hos gjerningspersonen i relasjon til det hypotetiske kravet, som kan la seg bevismessig bedømme, verken på den ene eller andre måten.

I slike tilfelle hevder Andorsen at det kanskje ville vært mest nærliggende å resignere med tanke på domfellelse for en forsettelig forgåelse³⁶. I stedet lager man en ny konstruksjon, hvor *dommeren* spiller hovedrollen ved å stille seg dette spørsmålet: *Hvis* gjerningspersonen hadde tatt det avgjørende bevissthetsinnhold i relasjon til det hypotetiske kravet, hvilken beslutning ville han *da* ha truffet? Ville han avstått fra handlingen (bevisst uaktsomhet), eller ville han gjennomført den (forsett)? Man kan således forstå hvorfor denne varianten kalles hypotetisk innvilgelsesteori ("hvis" – "da").

³⁵ Se Slettan, 2000

³⁶ Se Andorsen, 1996

Videre hevder Andorsen at denne hypotetiske varianten kan sies å være en hypotese i annen potens: Først en hypotetisk tanke og deretter en hypotetisk beslutning fra gjerningspersonens side. Det er heller ikke til å unngå at den konkrete gjerningspersonens karakter får stor innflytelse på det hypotetiske resonnement som dommeren skal gjøre; for eksempel om han tidligere er straffet, hvordan han ter seg i retten, hans alminnelige livsførsel og så videre. Ved typiske affektforståelser, for eksempel voldskriminalitet, kan det til og med bli vanskelig å få dannet seg et tilstrekkelig inntrykk av gjerningspersonens karakter eller hans interesse og/eller motiv for handlingen.

I norsk rettsteori har den hypotetiske varianten av *dolus eventualis* aldri vunnet innpass som straffbart forsett. Som det kommer frem under punkt 4, har Høyesterett imidlertid brukt denne varianten som begrunnelse for fellelse i to tilfeller (1933 og 1945). Det har vært noe uenighet opp gjennom tiden, om betydningen av den hypotetiske innvilgelsesteori, men noen tilslutning til den er det i dag ikke tale om. Også Høyesterett har forkastet denne læren, og slått fast at den hypotetiske innvilgelsesteori ikke lenger er en gjeldende forsettsform. Se nærmere om dette under den kritikk som kommer frem gjennom mitt arbeid med *dolus eventualis* i rettspraksis.

3.4 *Dolus eventualis* og grensen mot bevisst uaktsomhet

Det kan være vanskelig å trekke en grense mellom *dolus* og *culpa*, eller mellom forsett og uaktsomhet. Hvor denne grensen skal trekkes, avhenger av den grad av innsikt om sannsynligheten for følgers inntreden som gjerningspersonen hadde da han begikk handlingen. Når grensen mellom forsett og uaktsomhet skal trekkes, er det grensen mellom den nedre del av forsett, nemlig *dolus eventualistilfellene*, og den bevisste uaktsomhet som kan by på problemer. Jeg har derfor valgt å avgrense dette temaet til tilfellene med bevisst uaktsomhet³⁷.

³⁷ Dette avsnittet baserer seg først og fremst på en teoretisk fremstilling av grensedragningen. Hvordan Høyesterett trekker grensen, belyses nærmere under punkt 4

Bevisst uaktsomhet foreligger når gjerningspersonen *er klar over* at grensen for den tillatte risiko overskrides, men handler i håp om at den straffbare følge ikke vil inntreffe. Om så skulle skje, ønsker han handlingen ugjort. Ved bevisst uaktsomhet blir det ikke særlig plass for å legge vekt på egenskaper ved gjerningspersonen. Det er forsvarligheten av at han velger å ta en risiko *som han kjenner til*, som skal vurderes. Den tillatte risiko er den samme for alle. (Den tillatte risiko: norsk rett opererer med en tillatt risiko, en alminnelig handlefrihet som ikke kan belegges med straff. Samfunnet godtar visse former for farlige aktiviteter, det ville gjøre altfor store inngrep i enkeltpersoners handlefrihet hvis slik virksomhet skulle være straffbar³⁸). Derimot vil *situasjonen* som valget foretas i, være av betydning også her. Spørsmålet er jo om vi anser det forsvarlig at gjerningspersonen valgte å ta en risiko i den situasjon han befant seg i³⁹.

Jeg nevner for ordens skyld at *ubevisst* uaktsomhet foreligger når gjerningspersonen ikke har holdt følgen som mulig, og kan bebreides for at han handlet som han gjorde. Bilføreren som i egne tanker kjører mot rødt lys, handler ubevisst uaktsomt: han viser mangel på oppmerksomhet.

Slettan/Øie hevder at vår lov ikke skiller mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet; begge deler rammes på samme måte⁴⁰. Skillet faller heller ikke sammen med graden av uaktsomhet, selv om den bevisste uaktsomhet nok ofte vil være grovere enn den ubevisste. Derimot har skillet betydning for grensen mellom forsett og uaktsomhet:

Grensen mellom *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet er altså ikke alltid helt klar, og forsett og uaktsomhet - i form av bevisst uaktsomhet - har et felles psykologisk moment; man krever en viss innsikt. Skyldformene avviker i forhold til hvor stor grad av innsikt som forelå hos gjerningspersonen da han foretok handlingen. Forsett forutsetter en betydelig mengde innsikt - sikkerhet eller høy grad av sannsynlighet - mens den som handler med

³⁸ Definisjonen er hentet fra Slettan, 2000, sin fremstilling av den tillatte risiko

³⁹ Eskeland, 2000

⁴⁰ Slettan, 2000

bevisst uaktsomhet, har innsett muligheten for følgen inntreden. Den ubevisste uaktsomhet særpreges derimot ikke ved noe psykologisk moment, den særpreges ved et normativt element; nemlig mangel på aktpågivenhet, oppmerksomhet og påpasselighet, i forhold til den norm som man må stille til aktsom atferd på vedkommende område⁴¹.

Nå er uaktsomme handlinger i utgangspunktet ikke straffbare etter norsk rett. Om en uaktsom handling skal bedømmes med straff, beror på en tolkning av den bestemmelse som er overtrådt. Det er i utgangspunktet de forsettelige handlinger som kan straffes, jf hovedregelen i strl. §40 første ledd.

Grensen mellom forsett og uaktsomhet kan altså teoretisk virke litt innviklet. I praksis byr imidlertid grensedragningen bare unntaksvis på problemer. I de fleste saker er det klart om det foreligger forsett eller uaktsomhet. Grensen går, som nevnt ovenfor, mellom den bevisste, grove uaktsomhet og henholdsvis sannsynlighetsforsett og *dolus eventualis* (etter den positive innvilgelsesteori, siden det kun er denne formen som har gyldighet i norsk rett). Har gjerningspersonen overhodet ikke tenkt seg muligheten av følgen, kan det aldri statueres forsett, men i høyden *ubevisst* uaktsomhet.

Det kan ofte være vanskelig å vite med sikkerhet hvilke tanker gjerningspersonen gjorde seg i gjerningsøyeblikket. Hva tenkte han da han avfyrte det drepende skuddet? Var det meningen bare å skremme eller såre, eller var det meningen å drepe? Ofte er det klart at *drapshensikt* forelå, og i så fall er saken grei; det foreligger forsett. Men var følgen bare mer eller mindre mulig, uten at hensikt forelå, kan det være vanskelig å avgjøre hvilken sannsynlighet gjerningspersonen regnet med i handlingsøyeblikket. Bedømmelsen kompliseres ved at han ofte handler spontant; i raseri, av skrekk eller under press av andre sterke følelser. Noen ganger vil ikke engang gjerningspersonen selv vite hva han tenkte i gjerningsøyeblikket.

⁴¹ Røstad, 1993

I slike tilfeller vil rettens avgjørelse lett bli skjønnsmessig. I prinsippet gjelder regelen om at all forsvarlig tvil skal komme tiltalte til gode, også for skyldformen; men i praksis kan nok dette forholde seg litt annerledes. Retten vil nok i blant ut fra en totalvurdering av det klanderverdige ved gjerningspersonens handling og omstendighetene ellers, ta avgjørelsen mer ut fra intuisjon enn visshet om skyldformen. Dette hevder Anders Bratholm⁴².

Slettan/Øie uttaler at den som bevisst tar en risiko som han kan bebreides sterkt for, og håper at den ikke blir realisert, opptrer altså (grovt) uaktsomt hvis han bare regner det som mulig, ikke sannsynlig, at følgen vil inntre⁴³. Han opptrer derimot forsettelig (i form av sannsynlighetsforsett), hvis han regner følgens inntreden som (mest) sannsynlig. Har gjerningspersonen ikke regnet følgen som sannsynlig, men bare som mulig, foreligger det uaktsomhet, hvis han handler i håp om at følgen ikke vil inntre. Men det foreligger forsett (i form av dolus eventualis) hvis han har ”innvilget” følgen i sin bevissthet. Hvis gjerningspersonen bare har akseptert risikoen, og ikke følgen, har han med andre ord vært bevisst uaktsom. Har han både akseptert risikoen og følgen, har han derimot utvist forsett i form av dolus eventualis.

Jeg vil illustrere dette grensetilfellet med to eksempler som Slettan/Øie bruker i sin bok ”Forbrytelse og straff”. Tilfellet er hentet fra Rt. 1972 s. 289 Ekebergsaken:

En ung student og hans venninne hadde seg en stund alene i bilen, som var parkert på Ekebergsletta i Oslo. Plutselig oppdager de en manns ansikt mot frontruten. Studenten, som oppfatter mannen som en kikker, blir dypt krenket og rasende. Mens ”kikkeren” beveger seg bort fra bilen, kaster studenten seg over i førersetet for å sette etter han. Han bestemmer seg for å kjøre forbi mannen i stor fart og så nær opp til ham som mulig for å skremme ham og gi ham en ”lærepenge”.

⁴² Se Bratholm, 1980

⁴³ Sletten, 2000

Men han feilberegner. Mannen blir ikke ”snittet”, han blir truffet. Med en hastighet av 50-60 km/t, blir han påført så store skader at han senere dør. Etter en landsomfattende etterforskning ble studenten pågrepet og satt under tiltale.

Prinsipalt ble han tiltalt for forsettlig drap (strl. §233 første ledd), subsidiært for forsettlig legemsbeskadigelse med særlig farlig redskap og med døden til følge (strl. §229 siste straffalternativ, jf. Strl. §232), atter subsidiært for uaktsomt drap (strl. §239) og for å ha forlatt noen i hjelpeløs tilstand (strl. §242 andre ledd).

Lagmannsretten uttalte i forbindelse med straffutmålingen at den tiltalte hadde utvist en

”...nesten utrolig grov uaktsomhet, som ligger meget nær opp til en forsettelig handling”.

Han ble altså dømt for uaktsomt drap (og for å ha etterlatt noen i hjelpeløs tilstand). Straffen ble fengsel i to år og tre måneder.

Et annet grensetilfelle er omtalt i Rt. 1990 s. 1270:

Saken gjaldt et usedvanlig rått og gruoppvekkende uaktsomt drap. Den domfelte tok blant annet et støvsugerrør og presset det

”... med svært stor kraft inn i Bs endetarm, slik at det oppstår en 22 cm lang sårkant fra endetarmsåpningen, gjennom blærehalskjertel og urinrør, som derved blir totalt overrevet, og fram til baksiden av fremre bukvegg”.

Drapet ble utført med *”den aller grovste grad av uaktsomhet”*, og forholdet lå *”i straffverdighet nær opp til forsettelig drap”* (s. 1273).

4 Dolus eventualis i norsk rettspraksis

4.1 Innledning

Det hersker stor uenighet om dolus eventualis bør godtas som forsettsform eller ikke. Noen mener at denne har noe for seg, mens andre ikke synes den er tilstrekkelig til fellelse. Hvor grensen skal trekkes, er stadig et tema i den strafferettslige teori. Rettstilstanden er derimot ikke så uklar som man på denne bakgrunn kanskje skulle tro. Høyesterett har slått fast at dolus eventualis, i form av den positive innvilgelsesteori, er en forsettsform som kan føre til fellelse, og Stortinget har vedtatt Justis- og politidepartementets forslag til en ny straffelov⁴⁴. Her er det bestemt at forsettsbegrepet, herunder dolus eventualis, skal defineres. Dolus eventualis i form av den positive innvilgelsesteori, er med dette bekreftet å skulle gjelde som forsettsform også i fremtiden.

Før jeg kommer nærmere tilbake til den nye straffeloven, vil jeg i det følgende se på hvordan Høyesterett forholder seg til forsettsformen dolus eventualis, og hvordan utviklingen har vært på dette området. Jeg har tatt for meg ni dommer og kjennelser som berører dette temaet. For å få en mest mulig riktig fremstilling av det Høyesterett mener om denne forsettsformen, har jeg valgt å sitere dommerne i stor grad. Dommernes uttalelser er svært viktige og spiller en meget stor rolle for dagens betydning av dolus eventualis. Det er på bakgrunn av disse uttalelser man vet hvordan man skal trekke grensen mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet.

Jeg har i *hovedsak* behandlet nyere dommer og kjennelser, da jeg synes det er mest relevant med tanke på å belyse dagens rettstilstand, som er hovedtanken bak denne fremstillingen. Jeg vil underveis drøfte og kommentere det som blir sagt og kommer frem i avgjørelsene.

⁴⁴ Ot.prp nr.90 (2003-2004)

4.2 Høyesterettsavgjørelsene

Jeg vil først se på to dommer som i teorien er blitt oppfattet slik at de trekker i retning av den hypotetiske innvilgelsesteori. I Rt 1991 s. 600 (som jeg kommer nærmere inn på nedenfor), uttaler imidlertid førstvoterende at avgjørelsene også kan forstås som utslag av den positive innvilgelsesteori. Avgjørelsene fra 1933 og 1945 kan altså forenes med begge varianter av *dolus eventualis*, og dette skyldes nok de vage formuleringene som er valgt. Så helt klare når det gjelder forsettsformen er avgjørelsene imidlertid ikke.

4.2.1 Rt 1933 s. 1132 Hakekorsflaggdommen

Denne saken gjaldt fire personer som 1. mai 1933 tok ned det tyske hakekorsflagget fra det tyske konsulatet i Narvik, skar ut hakekorset og heiste resten av flagget opp igjen.

De ble dømt for overtredelse av blant annet strl. §95 (som straffer de som forhåner en annen stats flagg), og for Høyesterett var spørsmålet om de hadde vært kjent med at hakekorsflagget var Tysklands offisielle flagg den gangen.

Førstvoterende uttaler om byrettens dom:

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

Det er etter min mening, ikke tvil om at det kan være vanskelig å statuere skyld etter *dolus eventualis*. Det kreves gode beviser i saken for å fastslå forsett i disse tilfellene. På den annen side kan det være gode grunner for å akseptere *dolus eventualis*, i alle fall etter den positive innvilgelsesteori. Gjerningspersonen har jo i disse tilfellene bevisst tatt det

standpunkt å ville foreta handlingen uansett hva resultatet måtte bli. Det er vanskelig å si om de tiltalte i Hakekorsflaggdommen var klar over den faktiske situasjonen, eller om de i det hele tatt regnet det som mulig at det var Tysklands offisielle flagg de forhånet.

At man i dag ikke kan straffe etter den hypotetiske innvilgelsesteori, er for meg ganske klart. Hva retten finner bevist at en person ville gjort i en tenkt situasjon, når gjerningspersonen ikke selv har tatt standpunkt til det, virker urimelig. Man vil jo uansett kunne straffe handlingen som uaktsom.

I dommen fra 1933, kan det virke som at dommeren ikke selv tar et bevisst standpunkt til om det er den positive eller hypotetiske innvilgelsesteori han straffer etter, men at han garderer seg med begge tilfellene i et enten/eller resonnement.

4.2.2 Rt 1945 s. 109 Quislingdommen

Saken gjaldt Vidkun Quisling, som på bakgrunn av dolus eventualis, blant annet ble dømt for overtredelse av strl. §83 (om å påføre Norge krig eller fiendtlighet).

Førstvoterende bemerker (s. 111):

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

Førstvoterende viste i tilslutning til dette til Hakekorsdommen i Rt 1933 s. 1132.

Til tross for at disse dommene ikke er helt klare med hensyn til hvilken forsettsform som skal statueres, er de altså blitt ansett for å forsvare dolus eventualis i form av hypotetisk

innvilgelse. Man ser klare tendenser i retning av den hypotetiske innvilgelsesteori både i dommen fra 1933 og i dommen fra 1945. Det går ikke frem i noen av disse tilfellene, om gjerningspersonene faktisk hadde følgene oppe til vurdering i sin bevissthet. Det oppstilles, som nevnt tidligere, et psykologisk kriterium for å konstatere forsett, hvor det avgjørende alltid vil være hva gjerningspersonen har tenkt⁴⁵. På denne måten kan man si at dommeren blir henvist til å trekke slutninger på grunnlag av sin alminnelige menneskekunnskap. Det er ofte umulig for gjerningspersonen selv å bedømme hvordan han ville ha handlet hvis omstendighetene var annerledes enn han faktisk trodde de var i det aktuelle tilfellet. Det er først når disse andre omstendighetene står klart for ham, at det er mulig å ta standpunkt til hvordan man da ville handlet.

Hvis dommeren alene skal ta standpunkt til hva gjerningspersonen ville gjort i en situasjon som bare er tenkt, og ikke nødvendigvis er tilfelle, er det klart at dommen kan virke lite tilfredsstillende. Det er særlig (den manglende) bevisbedømmelsen jeg stiller meg kritisk til i disse tilfellene. Den hypotetiske innvilgelsesteori vil dessuten kunne stride mot prinsippet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Dette er i overensstemmelse med den kritikk Jon Skeie fremholdt allerede i 1946⁴⁶.

Også Andenæs har utvist en viss skepsis til *dolus eventualis*, og da særlig den hypotetiske varianten. Han har andre betenkeligheter om bruk av denne forsettsformen enn det Skeie fremsetter, og jeg støtter Andenæs når han sier:

”Betenkelighetene beror ikke så meget på vanskeligheten ved å gjøre seg opp en mening om hvordan tiltalte ville ha handlet hvis han hadde regnet med omstendigheten som sikker; til en slik innvending, som ofte blir fremsatt, kan man jo svare, at hvis man ikke kan komme til noe sikkert resultat, må domstolen frifinne; for da mangler det nødvendige bevis for forsett. Avgjørende for meg er mer den prinsipielle betraktning at spørsmålet om det foreligger forsett bør avgjøres ut fra hva den handlende har villet og tenkt i

⁴⁵ Se nærmere om dette under punkt 3.2

⁴⁶ Skeie, 1946

gjerningsøyeblikket, ikke på grunnlag av hva han ville ha tenkt og gjort under andre forutsetninger⁴⁷.”

Det vil alltid være gjerningsøyeblikket som er avgjørende når man skal ta stilling til om tiltalte har utvist den nødvendige skyld. Hvis man tar i betraktning andre omstendigheter, vil det ikke være den aktuelle situasjon man bedømmer. Denne situasjonsbedømmelsen er det kun gjerningspersonen selv som kan uttale seg helt riktig om. Alt annet vil jo bare være synsing fra dommerens side, og det mener jeg vil kunne føre til flere uriktige fellelser. Det er svært viktig at det ikke skjer i strafferetten. Det har vært sagt, at det er bedre å la ti skyldige gå fri, enn å dømme en uskyldig. Strl. §40 første ledd krever at gjerningspersonen har utvist skyld i henhold til alle momentene i gjerningsbeskrivelsen. Dette underbygges også av legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet er et ulovfestet prinsipp, men det har meget stor vekt i norsk rett. Man kan ikke dømmes for handlinger, uten at de er brudd på bestemmelser i formell lov. Vi opererer altså med et absolutt lovkrav.

Det vil i alle fall, uten tvil, være svært vanskelig å bevise hvordan gjerningspersonen ville handlet under andre omstendigheter. Og med de strenge beviskrav vi opererer med i strafferetten, vil fellelse på grunnlag av den hypotetiske varianten av *dolus eventualis*, fort bli utilfredsstillende.

Dolus eventualis ved den hypotetiske innvilgelsesteori er ikke lenger noe problem i praksis, siden Høyesterett har slått fast at den hypotetiske innvilgelsesteori ikke lenger er en forsettsform i norsk strafferett, se den avgjørende dommen i Rt. 1991 s. 600 nedenfor.

4.2.3 Rt 1991 s. 600 Skoheroindommen

En utenlandsk statsborger ble i lagmannsretten dømt for overtredelse av strl. §162 tredje ledd til 10 års fengsel. Han hadde innført 693 gram heroin fra Sverige til Norge. Stoffet hadde han gjemt i skoene. Han visste at han innførte narkotika, men han hadde ikke

⁴⁷ Se om Andenæs og denne skepsisen i Røstad, 1993, s133

kjennskap til at det var heroin han innførte, og han visste heller ikke hvilke mengder det dreide seg om.

Han var derimot klar over at det dreide seg om et stoff og en mengde som kunne føre til en grov narkotikaforbrytelse, i og med at han erklærte seg skyldig etter strl. §162 andre ledd, som rammer disse tilfellene.

Fra lagmannsrettens rettsbelæring ble det etter begjæring av forsvareren protokollert følgende (s. 601):

”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”.

Lagmannsretten hevder altså her at tiltalte kan felles på bakgrunn av den hypotetiske innvilgelsesteori.

Tiltalte anket dommen på grunn av feil lovanvendelse, og han fikk medhold.

Med tilslutning av de øvrige dommerne gir førstvoterende innledningsvis en prinsipiell drøftelse av de ulike forsettskategorier: hensikt, sannsynlighetsforsett og dolus eventualis.

Deretter reiser han spørsmålet om

”...man kan gå et skritt videre og legge forsett til grunn selv om det ikke finnes bevist at gjerningsmannen har tatt noen slik beslutning, dersom det må anses bevist at han ville ha tatt den om han hadde ansett vedkommende omstendighet sikker eller overveiende sannsynlig” (s. 603).

Førstvoterende innskyter at det beror på en uriktig formulering når rettsbelæringen nøyer seg med å kreve sannsynlighet.

”Å statuere forsett i et slikt tilfelle vil være i overensstemmelse med den såkalte hypotetiske innvilgelsesteori: Etter min oppfatning er det ikke grunnlag for en slik utvidelse av området for dolus eventualis. Det virker lite naturlig at tiltaltes forsett og dermed handlingens straffbarhet etter vedkommende straffebud skal kunne bedømmes ikke ut fra hva han faktisk har besluttet, men ut fra hva han ville ha besluttet i en hypotetisk situasjon” (s. 603).

Dette er en viktig uttalelse i norsk rett når det gjelder dolus eventualis, og hvilke av dens former som kan føre til fellelse. Førstvoterende forkaster her forsett i form av hypotetisk innvilgelse, da han mener at dette vil være en utvidelse av dolus eventualis som det ikke er grunnlag for. Høyesterett har dermed med denne dommen slått fast at hypotetisk innvilgelse ikke er gjeldende norsk rett. Denne dommen i Rt 1991 s. 600, er altså helt avgjørende når man i dag tar stilling til dolus eventulistilfeller.

Under henvisning til at domfelte i Skoheroinsaken hadde erklært seg skyldig etter strl. §162 andre ledd, fant førstvoterende

”...å kunne legge til grunn for avgjørelsen at domfeltes forsett bare omfattet narkotika i pulverform av slik art - det for domfelte gunstigste alternativ vil være amfetamin - og i et slikt kvantum at forholdet går inn under straffelovens §162,2.ledd” (s. 603).

Situasjonen kunne kanskje vært en annen dersom han hadde nektet straffeskyld eller sagt at han visste at han fraktet narkotika, men at han overhodet ikke var klar over art og mengde. Det hjelper dog ikke å forholde seg bevisst uvitende, jf. Rt. 2001 s.58. Hvis han bevisst har latt være å skaffe seg opplysninger for å være i ”god tro”, kan det tyde på at han har tenkt på muligheten for den inntrufne følge og likevel valgt å handle. Hvis dette var tilfelle, kunne tiltalte blitt dømt etter strl. §162 tredje ledd, jf. den positive innvilgelsesteori. Man må likevel være forsiktig, så ikke resonnementet får preg av for mange hypotetiske momenter. Dette har man likevel på et vis reservert seg fra, ved at bevisst uvitenhet alene ikke er nok til å konstatere forsett.

Jeg er enig med Høyesterett når de forkaster den hypotetiske innvilgelsesteori. I slike tilfeller blir forsettsbegrepet ofte strukket lenger enn det man bør akseptere, men det hadde vært interessant å høre dommerens synspunkter på å felle etter tredje ledd, jf. det som er sagt over om bevisst uvitenhet⁴⁸.

Førstvoterende hevder altså at fellelse på grunnlag av hypotetisk innvilgelse, ikke er etablert i rettspraksis. Han hevder videre at de enkeltstående avgjørelsene i Rt 1933 s. 1132 og Rt 1945 s. 109, tross enkelte formuleringer, også forstås som utslag av den positive innvilgelsesteori. Førstvoterende går ikke nærmere inn på bakgrunnen for denne påstanden.

4.2.4 Rt 2001 s. 58

Denne dommen er sammen med 1991-dommen kanskje den viktigste når det gjelder hvor langt man kan gå i å statuere forsett. Dommerens uttalelser er i samsvar med det førstvoterende hevdet i Skoheroindommen, og er med på å slå fast at det som ble sagt den gang fortsatt gjelder i dolus eventualistilfeller. Uttalelsene i disse dommene er så tydelige, at de dessuten er med på å klargjøre hvor de nedre grensene for forsett skal trekkes.

Tre menn var dømt for overtredelse av strl. §162 jf. §49, for oppbevaring av 23,8 kg amfetamin i en bil i Danmark, og forsøk på innføring av stoffet til Norge. Høyesterett drøftet de nedre grenser for forsett. Flertallet kom til at lagmannsrettens foredrag vedrørende forsettskravet inneholdt uklarheter, noe som ble ansett som en saksbehandlingsfeil som kunne ha virket inn på lagrettens svar. Lagmannsrettens dom ble opphevet for de aktuelle tiltalepostene (Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25 §343 første ledd).

Høyesterett sa dette om forsettsbegrepet (s. 61-62):

⁴⁸ Se også om bevisst uaktsomhet under behandlingen av dommen i Rt. 2001 s. 58

”Hvor gjerningspersonen bevisst har latt være å skaffe seg opplysninger for ikke å gå glipp av unnskyldningen ”god tro”, snakker man om bevisst uvitenhet. Bevisst uvitenhet er ikke alene tilstrekkelig til å konstatere forsett. For at en gjerningsperson som bevisst har latt være å skaffe seg opplysninger, skal kunne dømmes for en forsettelig handling, må det finnes bevist at han har tatt en beslutning om å gjennomføre handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge. Som uttalt i Rt-1991-600, kan en slik beslutning anses tatt selv om avgjørelsestemaet ikke har fremstått som helt klart i gjerningspersonens bevissthet. Når en gjerningsperson har valgt å holde seg i bevisst uvitenhet, vil det i dette valget ofte ligge en sterk bevispresumsjon for at han har regnet med muligheten av resultatet, og som han ved å foreta handlingen legger for dagen at han har akseptert.”

Videre sier Høyesterett (s. 62):

”Dersom gjerningspersonen overhodet ikke har tenkt seg muligheten av resultatet, foreligger ikke forsett, men i høyden uaktsomhet, selv om det er på det rene at han under ingen omstendighet ville ha latt seg avskrekke. En hypotetisk vurdering av hvordan en gjerningsperson ville ha handlet hvis han hadde bedømt den faktiske situasjon annerledes, den såkalte hypotetiske innvilgelsesteori, er ikke tilstrekkelig til å konstatere forsett, jf. Rt-1991-600. Jeg nevner også at Straffelovkommisjonen i NOU 1992:23 har foreslått en definisjon av forsett som omfatter positiv innvilgelse. Utkastet åpner imidlertid ikke for den hypotetiske innvilgelsesteori”.

Høyesterett hevder altså, at for å konstatere forsett kreves det bevist at gjerningspersonen har tatt en beslutning om at handlingen skal gjennomføres selv om stoffet viser seg å være amfetamin og ikke hasj. Det er ikke tilstrekkelig til forsett at gjerningspersonen ikke stiller spørsmål om kvantum. Også her er det nødvendig for forsett at det finnes bevist at gjerningspersonen har tatt en beslutning om uansett å frakte det kvantum han faktisk fraktet eller medvirket til. Selv om det objektive gjerningsinnhold foreligger, kreves at

gjerningspersonen har innsett muligheten av dette og akseptert å gjennomføre handlingen likevel.

Førstvoterende henviser i stor grad til dommen i Rt 1991 s. 600, med utførlige sitater fra dommens side 602. 1991-dommen er behandlet ovenfor, så jeg går ikke nærmere inn på den her.

4.2.5 Rt 1980 s. 979 Haglgeværskudddommen

To ungdommer var i lagmannsretten tiltalt og dømt blant annet for forsøk på forsettelig drap. Begge anket dommen på bakgrunn av lagmannens forklaring vedrørende forsettsbegrepet med hensyn til skadefølgen.

Den ene av de to ungdommene hadde avfyrt skudd mens han var i basketak med tre polititjenestemenn, den andre hadde også skutt og truffet en av polititjenestemennene. Lagmannen har i sin rettsbelæring flere ganger gitt uttrykk for hva som ligger i kravet til forsett. Rettsbelæringen som på dette punkt er protokollert, inneholder uttalelser som ikke står i fullt samsvar med hverandre. De domfeltes anke over lovanvendelsen ble forkaset, under dissens. Førstvoterende understreker først at det kan være vanskelig å finne en enkel formel som dekker de forskjellige tilfeller som kan forekomme i praksis, i grenseområdet mellom bevisst uaktsomhet og forsett. Her vil bevisvurderingsmomentet komme inn. Førstvoterende sier om *dolus eventualis* i form av den positive innvilgelsesteori (s. 980):

”...Kort uttrykt går denne ut på at forsett foreligger om gjerningsmannen har tatt det standpunkt å ville foreta handlingen selv om følgen skulle inntre. Nå er det vel bare på det teoretiske planet en slik formel vil tre frem som ren jus. Praktisk anvendt vil det uvegerlig blande seg inn et moment av bevisvurdering og kravet om overbevisningsstyrke avhengig av hvor nær eller fjern muligheten for skadefølgen vil måtte fremstille seg. Det er også anerkjent at det kan være vanskelig å finne en enkel formel som dekker de forskjellige tilfelle som kan forekomme i praksis. Spesielt er det vanskelig å finne en dekkende

avgrensning i forhold til en skyldgrad som ikke når opp til forsett, men må anses som bevisst uaktsomhet. Det er nettopp her bevisvurderingsmomentet kommer inn.”

Førstvoterende kommenterer videre en del av lagmannens uttalelser, en av dem er basert på den positive innvilgelsesteori. Lagmannen hevder (s. 980):

”Hver av de tiltalte må, for å kunne straffes, være klar over at han skjøt og han må ha gjort dette til tross for at han regnet det som en mulighet at de ..I fornærmede kunne bli truffet og drept. Hvis de tiltalte skjøt for å drepe, altså hadde til hensikt å forvolde de fornærmedes død, er det klart at de subjektive vilkår for å dømme dem for drapsforsøk er til stede. For fellelse er det imidlertid ikke nødvendig at de tiltalte har handlet i drapshensikt. Det er tilstrekkelig at de har tatt i betraktning muligheten for at skuddene skulle drepe, og at de har ”tatt denne muligheten med på kjøpet”.”

Flertallet finner at lagmannen har gitt lagretten nødvendig og riktig orientering når han har tilføyd

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

Orienteringen må her også ses i lys av presiseringer som ellers er gjort i den protokollerte rettsbelæring.

Mindretallet vil ikke avvise at forsett kan fastslås på grunnlag av den positive innvilgelsesteori, men de mener imidlertid at lagmannen har brukt en uklar uttrykksmåte når han omtaler denne teori. Lagmannens uttalelse kan bety at de tiltalte ville skyte, selv om noen skulle bli drept. I så fall foreligger forsett.

”...Men det kan også bety at de tiltalte bevisst har tatt en risiko, at de med andre ord har skutt til tross for at de var klar over risikoen for at noen ville bli drept. I så fall foreligger ikke forsett, men bevisst uaktsomhet” (s. 982).

Mindretallet finner at om man ser alt det protokollerte i sammenheng, gir det et så uklart bilde at man ikke føler seg overbevist om at lagretten har forstått hvilke betingelser som må være oppfylt for at forsett skal foreligge. Det protokollerte siterer jeg i sammenheng (s.981):

”På advokat Feydts spørsmål om presisering uttalte lagmannen at det ikke var nødvendig at det ved avfiringen av skuddene måtte være overveiende sannsynlig for tiltalte at skuddene ville ramme dødbringende.

På spørsmål om presisering fra advokat Selinger uttalte lagmannen at det er nok at det er en nærliggende mulighet at skuddet kunne treffe og at det i så fall ville drepe. Men tiltalte må ha vært klar over muligheten og tatt denne følge med på kjøpet.

På statsadvokatens begjæring tilføyde lagmannen som ytterligere presisering at gjerningsmannen må for å kunne dømmes for drapsforsøk bevisst ha tatt den mulige drapsfølge med på kjøpet.”

Mindretallet stemte på dette grunnlag for at lagmannsrettens dom måtte oppheves i sin helhet. Høyesteretts flertall var ikke uenig i mindretallets forståelse av forsettsbegrepet, men flertallet mente at lagmannsretten hadde forstått rettsbelæringen korrekt, og anken over dommen ble derfor forkastet.

Også i tilfellene av den positive innvilgelsesteori kan bevisvurderingsmomentet være vanskelig. Dommeren må være sikker på at gjerningspersonen har vært klar over den mulige følge, og tatt denne ”med på kjøpet”.

På den annen side ville man ikke fått fanget opp alle de nødvendige tilfellene, hvis den positive innvilgelse ikke kunne føre til fellelse. I mange situasjoner er bevisene på det rene, og selv om gjerningspersonen ikke har ønsket den skadelige følge, velger han likevel å handle. På denne måten har han tatt et bevisst valg, han har som Andorsen beskriver det, tenkt noe ut over gjerningsøyeblikket⁴⁹.

Under slike omstendigheter som foreligger i denne saken, vil det nødvendigvis ikke være problematisk å bevise at gjerningspersonene har sett for seg den inntrufne følge og på denne måte ”tatt den med på kjøpet”. Når man løsner skudd med noen i nærheten, er sannsynligheten for å treffe til stede. Dolus eventualis krever ikke at følgens inntreden er overveiende sannsynlig.

Hvis man ikke skulle kunne straffe etter den positive innvilgelsesteori, ville tilfeller som dette ikke kunne dømmes som forsettelige. For noen er det betenkelig å dra den forsettelige handling så langt, man vil jo kunne straffes for uaktsomhet⁵⁰.

En som virkelig er kritisk til læren om dolus eventualis er danske Alf Ross. I sin bok ”Forbrydelse og straf” betegner han forsettsformen som ”et vildskud”, og mener som Skeie og Andenæs, at den hypotetiske innvilgelsesteori strekker forsettsbegrepet lenger enn det som kan aksepteres⁵¹. Men Ross går også hardt ut mot den positive innvilgelsesteori, og hevder at denne også baserer seg på et hypotetisk kriterium. Han bruker som eksempel, at både den som kjører vilt, og er likeglad med hensyn til hva som måtte skje av ulykker, og den som gjør akkurat det samme, men håper at alt skal gå bra, aksepterer skaderisikoen. Dette fordi de foretrekker å handle selv under denne risikoen, fremfor å gi avkall på fornøyelsen ved å kjøre vilt. Skal det være noen forskjell på disse to situasjoner, mener Ross at den følge som aksepteres i dolustilfellet, betyr den sikre, og ikke den mulige følge.

⁴⁹ Andorsen, 1996

⁵⁰ Se f.eks Ross, 1974

⁵¹ Ross, 1974

Dolus eventualis foreligger altså under forutsetning av at gjerningspersonen ville hevde sin interesse i å handle, selv om han med sikkerhet hadde innsett at skaden ville inntre.

Ross sier videre at psykologiske begreper som "ønske" og "håp", er uttrykk for en viss handlingsdisposisjon eller handlingsberedskap, som gir seg utslag i hypotetiske forhold, at gjerningspersonen under visse forutsetninger faktisk ville handle på en bestemt måte.

Alf Ross er ikke nådig i sin kritikk av dolus eventualis. Han hevder at denne forsettsformen bare har blitt et annet ord for ubevisst uaktsomhet, og at dolus eventualis t.o.m. er grovt i strid med strafferettslige prinsipper og alminnelig moraloppfatning. Han går så langt som til å si at

"...at straffe en mand, ikke for hvad han har gjort, men for hvad han formodes at ville have gjort i en anden situation, er så groft i strid med strafferetlige principper og almindelig moraloppfattelse, at enhver tale herom på forhånd må afvises. En lære der bygger på dette grundlag er, som Bergendal har sagt, uden "rim och reson". Domme afsagt med en begrundelse af denne art vil ikke kunne forstås og accepteres hverken af den dømte eller af almenheden. Og de skulle allerminst kunne fældes eller godtages af os jurister⁵²."

Jeg synes Alf Ross strekker det litt langt, i alle fall det han sier om den positive innvilgelsesteorien. Så lenge bevisene er på det rene, er det etter min oppfatning ikke så betenkelig å straffe etter denne formen for dolus eventualis. Jeg forstår derimot hans skepsis til den hypotetiske varianten.

4.2.6 Rt 2000 s. 2072

En 31 år gammel mann ble idømt 11 års ubetinget fengsel for å ha transportert 9, 853 kg amfetamin og 47,5 kg hasj fra Nederland til Norge, jf. Strl. §162 første og tredje ledd. Byretten og lagmannsretten hadde lagt til grunn at det forelå forsett i form av dolus

⁵² Ross, 1974, s. 70

eventualis. Anken til Høyesterett gjaldt straffutmålingen, men førstvoterende slår fast at det foreligger forsett.

Domfelte fikk i Nederland spørsmål om han ville transportere narkotika fra Nederland til Norge. Som betaling skulle han få 10 000 gylden, tilsvarende ca 37 500 kroner.

Oppdragsgiveren skaffet A en bil. Han skulle også få bilen som betaling. Domfelte fikk bilen levert fra oppdragsgiveren med narkotikaen gjemt i bilen. A reiste til Norge omtrent en uke senere. Da han kom til Norge ble narkotikaen avdekket skjult i bilen.

Lagmannsretten sluttet seg til byretten i sin begrunnelse, som la til grunn forsett i form av dolus eventualis. Forsvareren hadde gjort gjeldende at handlinger under denne formen for forsett måtte vurderes mildere enn slik det ellers blir gjort ved forsettelige handlinger.

Til dette sier førstvoterende (s. 2073):

”Dette kan ikkje vere haldbart. Domfelte tok på seg å vere kurer for narkotika frå Nederland til Noreg. Han handla med forsett. Etter mitt syn er handlinga ikkje ulikt straffverdig ut frå om domfelte sjølv plasserte narkotikaen i bilen eller om han let andre gjere det, vitande om at han ikkje hadde full kontroll med mengda han transporterte”.

Det er først og fremst ved straffutmålingen (hvis man ser bort ifra det personlige, psykologiske momentet), det får betydning om man dømmes for en forsettelig eller uaktsom handling. En av hovedbegrunnelsene for å benytte straff på visse handlinger, er prevensjon, både den allmennpreventive og individualpreventive. På denne bakgrunn vil det ofte være behov for en strengere straff, og det er viktig å slå ned på handlinger samfunnet ikke kan akseptere. Det er dessuten viktig å vise at rettsapparatet fungerer. Andenæs hevder (til tross for sin kritikk mot dolus eventualis), at det kan være gode grunner for å akseptere den positive innvilgelsesteori⁵³. Han nevner i denne sammenheng særlig narkotikasaker. Som eksempel nevner han (likt 2000-saken), de saker hvor kurèren

⁵³ Se Andenæs, 2004

for eksempel anfører at han overtok bilen etter at narkotikaen var plassert i den, men at han trodde det var et parti hasj, og ikke kokain han skulle frakte. Dersom denne versjonen ikke kan motbevise, må domfellelsen begrenses til forsettelig innførsel av hasj, evt. supplert med uaktsom innførsel av kokain. Når man har mulighet til å domfelle på grunnlag av *dolus eventualis*, blir forsettet mye enklere å bevise i en del situasjoner, hvor gjerningspersonen har utvist forsett i tradisjonell forstand. Andenæs hevder videre at *dolus eventualis* naturligvis også innebærer en viss utvidelse av forsettsbegrepet, men at det ikke nødvendigvis er betenkelig.

4.2.7 Rt 2003 s. 118

Saken gjaldt erverv og oppbevaring av ca 88 gram heroin for to domfelte:

A og B er begge heroinmisbrukere og har kjent hverandre i lang tid. En dag reiste de med fly fra Bodø til Oslo for å kjøpe heroin. A hadde 65 000 kroner som han skulle bruke til dette. Både A og B har for lagmannsretten opplyst at de forut for kjøpet forventet en pris på heroinen på 1000 kroner pr gram. B har imidlertid i politiforklaring opplyst at prisen var 600-800 kroner pr gram.

B mottok 65 000 kroner fra A for å kjøpe heroin som avtalt. B reiste deretter ut til sin kontakt og opplyste at hun hadde dette beløp til innkjøp. Etter en tid ble transaksjonen gjennomført og B mottok et parti heroin. Dette partiet tok hun med seg tilbake til A. A observerte pakken med heroin, men det var B som oppbevarte den. De domfelte reiste deretter med nattog til Trondheim hvor de ble pågrepet. Partiet med heroin ble etter pågripelsen målt opp til 88,04 gram.

Forsvareren til A har anført at hans forsett ikke strakk seg lenger enn til kjøp av 65 gram heroin, fordi han hadde gått ut fra at prisen var 1000 kr pr gram. Lagmannsrettens flertall legger følgende til grunn om begge domfeltes forsett (avsnitt 7):

”...Ingen av dem hadde fattet noen beslutning om å begrense kjøpet til et bestemt kvantum. Selv om ingen av dem har hatt en positiv forventning om å motta 88 gram heroin, finner

flertallet at dette kvantum lå innenfor den mengde som begge forsto at de kunne oppnå for kjøpesummen. Flertallet er enig med tingretten i at det for begges vedkommende i det minste foreligger forsett etter den positive innvilgelsesteori. Flertallet anser det godtgjort at begge hadde bestemt seg for å foreta handlingen selv om partiet skulle bli større enn forventet. Ved bedømmelsen har flertallet lagt til grunn de to tiltaltes forklaring for lagmannsretten, supplert med de opplysninger som under ankeforhandlingen ble gitt fra deres politiforklaringer.”

Høyesterett støtter lagmannsrettens forståelse av kravet til forsett i form av dolus eventualis.

Det kan selvfølgelig være betenkelig å straffe A for oppbevaring av 88 gram heroin, når han ikke hadde forventet å få mer enn ca 65 gram for de 65 000 kronene han skulle bruke på dette. På den annen side er det kjent at prisene på narkotika varierer en del fra tid til annen. At heroinen var noe rimeligere enn de tiltalte hadde forventet, kan som Høyesterett slår fast, ikke regnes i favør av de to. Denne risikoen (å motta et større parti narkotika enn man i utgangspunktet hadde tenkt), løper man når man kjøper heroin og ikke forsikrer seg om prisen. Også her kan man trekke inn den bevisste uvitenhet som er omtalt over⁵⁴. Tiltalte A kunne, og burde, kanskje forhørt seg bedre om pris, hvis det var viktig for han å ikke kjøpe mer enn de tenkte 65 gram. Han hadde gitt beskjed til B om å kjøpe heroin for 65 000 kroner, ikke bedt henne om å bare kjøpe 65 gram.

Også her støtter jeg Høyesterett, og dermed også lagmannsretten, når de velger å dømme etter dolus eventualis og den positive innvilgelsesteori. Jeg synes betenkelighetene med å benytte den positive innvilgelsesteori, er mindre enn fordelene man oppnår, når man kan straffe for forsettelige handlinger i disse tilfellene.

⁵⁴ Se mer om dette under behandlingen av Rt. 1991 s. 600 og Rt. 2001 s. 58

Kjell Andorsen er ikke enig i dette. I Jussens Venner i 1996 (s. 133), retter han kritikk mot at dolus eventualis bør godtas som forsettsform. Han peker først og fremst på de formuleringsvanskeligheter læren lider under. Han mener at denne læren gjennom rettspraksis, har vist seg svært vanskelig å uttrykke på en tilfredsstillende måte. Videre støtter han Ross, og hevder at den positive innvilgelsesteorien har et betydelig element av hypotese ved seg. Andorsen hevder at man sannsynligvis ville klart seg i alle fall like godt, om ikke bedre, uten læren. Man slapp da de vanskelighetene og betenkelighetene han hevder at læren utvilsomt trekker med seg.

Jeg synes Andorsen er vel kritisk i sine formuleringer, og jeg støtter ikke hans oppfatning, om at det vil være grunn til å kreve en høyere sannsynlighetsgrad når dolus eventualis skal benyttes, enn man ville gjort om skyldformen var bevisst uaktsomhet. I begge tilfeller holder gjerningspersonen følgen som mulig (og lite sannsynlig), men det er hans tanker om likevel å gjennomføre handlingen som er avgjørende. I dolus eventualistilfellene velger gjerningspersonen å handle uansett resultat, mens han i culpatilfellene ville handlet annerledes hvis den ulovlige følge skulle inntre.

I de følgende to dommene ser vi også hvordan Høyesterett forholder seg til dolus eventualis. I dommen fra 2004 hevder førstvoterende at det er for mye tvil rundt de faktiske omstendighetene til at man kan dømme tiltalte etter dolus eventualis. Han hevder det er tvil om tiltalte positivt har innvilget følgen. Høyesterett finner derfor at dolus eventualis ikke foreligger i dette tilfellet.

2005-dommen er en straffutmålingssak, men dolus eventualis er oppe til behandling også her. Førstvoterende setter ned tiltalte Bs straff, nettopp fordi han er påført ansvar for ranet med laveste grad av forsett.

4.2.8 Rt 2004 s. 1769

En 50 år gammel kvinne var som sjåfør med på et bilmøte hvor det foregikk overlevering av 294 gram heroin, og kvinnen ble i lagmannsretten dømt for overtredelse av strl. §162

første og annet ledd, jf. femte ledd. Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom siden domsgrunnene reiste en berettiget tvil om forsettskravet, her *dolus eventualis*, var riktig forstått.

Lagmannsretten uttaler (avsnitt 9):

”Lagmannsretten finner det bevist utover enhver rimelig tvil at A allerede i Oslo, eller senest på vei til X, forsto at turen dreide seg om narkotikahandel og at hun innså muligheten for at det var heroin som skulle skaffes, men at hun likevel fortsatte sin delaktighet i å skaffe til veie det narkotiske stoffet. Likeledes finner lagmannsretten det bevist utover enhver rimelig tvil at hun innså muligheten av at mengden av stoffet kunne være betydelig, men at hun likevel også fortsatte oppdraget på denne bakgrunn. Omstendighetene rundt kjøreturen fra Drammen til Oslo og deretter videre til X, med to ukjente personer i baksetet, må ha gjort at hun har innsett muligheten for at det var en betydelig mengde heroin de skulle skaffe. Det legges vekt på at E og D forlot bilen i Oslo, beskjeden om å dra til X på et tidspunkt rundt midnatt, hennes kjennskap til amfetamin, salgssteder og priser, herunder at det, i henhold til hennes egen forklaring, var forholdsvis lett å få tak i amfetamin i Drammensområdet. Ved å kjøre videre til X og ikke senere forlate bilen under turen finner retten det bevist at hun medvirket til erverv og oppbevaring av 194 gram heroin.”

Førstvoterende sier til dette (avsnitt 10):

*”Jeg må forstå lagmannsretten slik at domfeltes forsett både med hensyn til stoffets art og mengde er å anse som *dolus eventualis*.» Han mener det kommer til uttrykk ved formuleringene ”...og at hun innså muligheten for at det var heroin som skulle skaffes, men at hun likevel fortsatte sin delaktighet i å skaffe til veie det narkotiske stoffet”, og ”...at hun innså muligheten av at mengden av stoffet kunne være betydelig, men at hun likevel også fortsatte oppdraget på denne bakgrunn.”*

Førstvoterende hevder videre at det ikke er tilstrekkelig til å konstatere forsett i form av dolus eventualis, at det forhold som forsettet skal dekke, for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle. Det kreves i tillegg en positiv innvilgelse av dette momentet, hevder han.

Lagmannsretten måtte dessuten finne det bevist, at A bevisst hadde tatt det standpunkt at hun ville medvirke, selv om det var en så betydelig mengde heroin, (her er det tale om 194 gram heroin), som skulle kjøpes/oppbevares. Denne positive innvilgelse, som riktignok inneholder et hypotetisk element, skiller i det nedre grenseområdet, forsettet fra den bevisste uaktsomhet.

På dette grunnlag hevder Høyesterett at lagmannsrettens domsgrunner reiser berettiget tvil om forsettskravet er riktig forstått. Førstvoterende beskriver forsettskravet som gis i straffutmålingspremissene som mangelfulle og dermed uriktige. Høyesterett opphevet altså på denne bakgrunn lagmannsrettens dom.

4.2.9 Rt 2005 s. 83

Saken gjaldt utmåling av straff for henholdsvis drap og grovt ran, og grovt ran med dødsfølge. En dag satt A og B hjemme og drakk. Noe før midnatt gikk de i retning mot byen og kom forbi huset til C. De bestemte seg for å gå inn i huset i vinnings hensikt. Da de ikke hadde noe redskap og bryte seg inn med, gikk de inn i en redskapsbod på naboeiendommen hvor de tok med seg en øks. De brukte denne til å ta seg inn i Cs hus, gikk opp i annen etasje, hvor A bar med seg øksen, gikk inn på Cs soverom og drepte henne på en brutal måte.

Helt innledningsvis i forbindelse med voldsutøvelsen skrek C høyt. B hørte dette, og gikk til rommet. Det er usikkert om C var død idet B kom inn, eller om hun døde umiddelbart etter. Etter voldsutøvelsen ble øksen lagt ned på sengen mens de begge lette etter gjenstander å stjele.

Bakgrunnen for at B ble domfelt (til fengsel i 8 år) for grovt ran med dødsfølge, jf. strl. §268 andre og tredje ledd sammenholdt med §43, er etter premissene i lagmannsrettens dom følgende:

Han var med på å ta øksen fra en bod på naboeiendommen, benyttet den da de brøt seg inn i fornærmedes bolig og tok den med inn i huset. B hadde forsett med hensyn til at det kunne ende med et ran, han hadde tatt det standpunkt at selv om det skulle bli nødvendig med et ran, ble han med videre. Dette blir i følge lagmannsretten å betrakte som dolus eventualis ved positiv innvilgelse. Videre er det lagt til grunn at han kunne innsett muligheten av at ranet medførte fornærmedes død, men ikke at døden skulle bli voldt med en slik grad av brutalitet og "overskuddsvold".

Førstvoterende bemerker (avsnitt 17):

"Straffen må for B avspeile hans aktive medvirkning både før og etter drapet. Hans etterfølgende opptreden med fullstendig neglisjering av fornærmede og fullføring av ranet er sterkt klanderverdig. Når jeg likevel er kommet til at straffen er utmålt for strengt, har jeg lagt vesentlig vekt på det noe spesielle grunnlaget for at han er påført ansvar for ranet - med laveste grad av forsett - og for dødsfølgen. I forhold til det som i rettspraksis har vært normalsituasjonen når straffeloven §268 tredje ledd er anvendt, er hendelsesforløpet i vår sak nokså atypisk. Dødsfølgen var uforsettlig for B, som selv ikke utøvet vold."

Høyesterett satte ned straffen til fengsel i fem år.

4.3 Bevisbedømmelsen

Å bevise forsett, hvilke prosesser som har funnet sted i gjerningspersonens bevissthet, kan være vanskelig. Gjerningspersonens tankeinnhold, overveielsene, tvilen eller troen, kan ikke gjøres til gjenstand for direkte granskning, i alle fall ikke i prosessuell forstand. Hvilken innsikt eller kunnskap han har hatt i et bestemt tilfelle, eller med hvilken

sannsynlighet han har regnet med at en følge ville eller kunne inntre, er et nokså åpent spørsmål. Dessuten er det kanskje sjelden han vil være helt ærlig og oppriktig til skade for seg selv når disse spørsmålene kommer opp. I tillegg er det ofte faktiske forhold og tankeprosesser som ligger en stund tilbake i tid. Til tross for dette, må disse vanskelighetene ikke overdrives. Det er ikke sjelden at forsett ligger helt opp i dagen.

Når man skal avgjøre skyldspørsmålet, tar man utgangspunkt i det faktiske begivenhetsforløp, for så å prøve å danne seg et bilde av gjerningspersonens bevissthetsinnhold på gjerningstidspunktet.

I praksis er forsettets bevisproblemer, som nevnt ovenfor, nesten helt ut knyttet til tilfeller hvor tiltalte nekter å ha handlet med skyld. For å kunne kjenne tiltalte skyldig til straff, må dommeren prøve å rekonstruere den psykiske tilstand hos lovbrysteren på den tiden handlingen fant sted. Dommeren må altså danne seg et "bilde" av lovbrysterens holdning og innsikt på handlingstidspunktet, og ut ifra dette bedømme om det er grunnlag for den nødvendige bebreidelse overfor lovbrysteren. Dette kan i teorien virke enkelt og greit, men kan by på vanskeligheter når man skal praktisere det.

Viktige bevismidler kan ligge i tilståelse fra en medtiltalt og i forklaringer fra vitner. Gjennom slike "utsagnsbevis" kan man få opplysninger som kan godtgjøre at gjerningspersonen har handlet med forsett.

I en rekke tilfelle vil spørsmålet om utvist skyld måtte løses på grunnlag av det Røstad omtaler som "konkludente bevis", eller "slutningsbevis"⁵⁵. Man klarlegger hele situasjonen slik den forelå, og på denne måten kan man konkludere med at gjerningspersonen har hatt den nødvendige innsikt. Det er liten tvil om at det som til nå er sagt, vil by på problemer, særlig i dolus eventualistilfellene, hvor de fleste momenter er svært vage og usikre når det gjelder forsettsproblematikken.

⁵⁵ Se nærmere om dette i Røstad, 1993

Knud Waaben har uttrykt metoden om ”konkludente bevis”, som ”en kritisk anvendelse af almindelig psykologisk erfaring”⁵⁶.

Et tilsvarende synspunkt er kommet til uttrykk i Høyesteretts premisser i Lillehammersaken⁵⁷:

”Det ligger i sakens natur at vurderingen av hva de subjektivt har forstått, i stor utstrekning må skje ut fra de faktiske forhold, slik de tiltalte har kjent dem, og med anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger. Det er det som er skjedd her, og lagmannsrettens uttrykksmåte, særlig for AGs vedkommende, er... ikke annet enn en følge av at denne metode er anvendt, og for Gs vedkommende da med noe mindre støtte i andre bevismidler, spesielt den egne forklaring. Men konklusjonen synes å være, hva lagmannsretten mener at den hele foreliggende situasjon med nødvendighet må innebære.”

At en slik bevisføringsmetode også gjelder for dolus eventualis, kommer klart fram i Rt 1991 s. 600 (s. 602):

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

Jon Skeie har også uttrykt en del synspunkter om slike slutningsbevis:

⁵⁶ Waaben, 1957

⁵⁷ Rt 1974 s. 382

”Også når det gjelder å bedømme om tiltalte har handlet med forsett eller med hensikt, er nok dommeren henvist til en slutning fra ytre omstendigheter til den indre prosess; og det har vært sagt at den her angivne innvending derfor beviser for meget, og følgelig intet beviser... Svaret på det spørsmål om gjerningsmannen har handlet forsettelig, ...kan ganske visst i mange tilfelle volde tvil. Men oftest vil det inntrykk som hele sammenhengen gjør på dommeren, også være et vitnesbyrd om hvilke forestillinger den må ha fremkalt hos siktede⁵⁸”.

Uansett hvilke juridiske kriterier man legger til grunn i forsettslæren, står man altså i praksis ofte overfor vanskelige bevissspørsmål. Disse bevisstetsprosessene man i disse tilfellene har med å gjøre, er ikke gjenstand for direkte iakttakelse, og dersom man ikke kan bygge på gjerningspersonens egen tilståelse, må man, som jeg har vært inne på tidligere, trekke slutninger fra de ytre omstendighetene til det som foregikk i hans hjerne. Og selv om gjerningspersonen er helt oppriktig, kan det være vanskelig å si noe presist om sine tanker i gjerningsøyeblikket. Bevisstheten kan for eksempel ha vært nedsatt på grunn av opphisselse, skrekk eller beruselse, eller forholdet kan rett og slett være at gjerningspersonen har handlet raskt og impulsivt uten å gjøre seg noen tanker om følgene. At handlingen er skjedd impulsivt, utelukker ikke forsett, og dermed ikke dolus eventualis⁵⁹.

Den teoretiske fremstilling av forsettskravet kan gi inntrykk av at lovovertrederen handler klart bevisst og regner i sannsynlighetsprosenter. Dette er selvfølgelig ikke alltid tilfelle, og det er da viktig å være klar over at det til forsett ikke kreves en så klar bevissthet; forsettsbegrepet omfatter også det Andenæs betegner som det halvklare, slørede forsett⁶⁰. Det er her grunn til en viss forsiktighet ved bevisvurderingen. Det kan lett bli tale om uriktige avgjørelser, hvis dommeren overfor en tiltalt som har handlet impulsivt eller i

⁵⁸ Skeie, 1938 s. 49-50

⁵⁹ Se f. eks Rt. 1974 s. 66

⁶⁰ Andenæs, 2004

affekt uten videre går ut ifra at han har forstått alt det som han ville ha forstått ved rolig ettertanke.

Som man vil forstå ut ifra det som er sagt ovenfor, vil bevisbedømmelsen i en straffesak nesten alltid gi grunnlag for større eller mindre grad av tvil med hensyn til de relevante fakta. Flest riktige avgjørelser vil man få dersom man bygger på en regel om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn i hver enkelt sak. Men dette er ikke gjeldende rett med hensyn til *skyldspørsmålet*⁶¹. I straffesaker er det ikke hensynet til flest riktige avgjørelser som har størst vekt. Det som veier tyngst er at ingen uskyldige skal dømmes. Konsekvensen av dette, er at fakta som taler i tiltaltes disfavør bare kan legges til grunn dersom de anses som sikre. Dette blir ofte uttrykt ved å si at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Det er særlig her at bevisbedømmelsen for dolus eventuslistilfellene vil være vanskelig, nettopp fordi de byr på så mye tvil.

Denne regelen, om at enhver rimelig tvil med hensyn til handlingen skal komme tiltalte til gode, er ikke lovfestet, men den er sikker rett og er dessuten nedfelt i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)⁶² artikkel 6 nr. 2 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)⁶³ artikkel 14 nr. 2, som er norsk rett, jf. strpl. §4 og menneskerettsloven⁶⁴ §2 nr. 1 og 3. I straffesaker innebærer regelen at tiltalte ikke kan dømmes uten at retten er sikker på at tiltalte har begått den handling tiltalen gjelder.

⁶¹ Eskeland, 2000

⁶² Den europeiske menneskerettskonvensjon, som er gjort til norsk lov ved lov 21 mai. Nr 30. 1999, lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

⁶³ FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, som er vedlegg til Den europeiske menneskerettskonvensjonen

⁶⁴ Lov 21 mai. Nr 30. 1999, lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

5 Dolus eventualis i fremtiden

5.1 Innledning

Som det kommer frem ovenfor er det rettet stor kritikk mot forsettsformen dolus eventualis, og mange mener at denne ikke bør godtas som forsettsform i det hele tatt. Andre er noe mer forsiktig i sin kritikk av det eventuelle forsettet, og det hersker stor uenighet om hvorvidt dolus eventualis bør godtas som forsettsform eller ikke.

Dette vil i fremtiden ikke lenger by på problemer. Rettspolitisk vil det nok fortsatt være uenighet om betydningen av dolus eventualis, og doluslæren vil sannsynligvis fortsatt være gjenstand for debatt. Til tross for disse uenighetene har Stortinget nå vedtatt Justis- og politidepartementets forslag til ny straffelov (Ot. prp. nr 90 (2003-2004)). Det er den alminnelige delen som er vedtatt endret, og her er forsett, herunder dolus eventualis og den positive innvilgelsesteori, definert. Stortinget har dermed fulgt opp departementets syn, og valgt å beholde denne forsettsformen. Dolus eventualis i form av den positive innvilgelsesteori, lever altså videre, også i fremtiden. Men som jeg kommer inn på, har også arbeidet med den nye loven, vist at det hersker uenighet på området. Til tross for at dolus eventualis er vedtatt å gjelde som forsettsform også i fremtiden, synes jeg det er interessant å se på disse innvendingene som er fremsatt. Den nye straffeloven har ikke trådt i kraft enda.

5.2 Ot. prp. nr 90 (2003-2004) Ny straffelov

Initiativet til arbeidet med en ny straffelov ligger nesten 30 år tilbake i tid. Doluslæren har i alle år vært gjenstand for debatt, og heller ikke i forarbeidene til den nye straffeloven, har det vært enighet om dolus eventualis bør godtas som forsettsform eller ikke.

I kapittel 10 i proposisjonen (s. 111 flg.), drøftes spørsmål knyttet til den subjektive skyld. Justis- og politidepartementet, som har utarbeidet forslaget til den nye straffeloven, tar for seg om forsett fortsatt skal være den alminnelige skyldformen i straffelovgivningen.

Departementet konkluderer med et positivt svar på dette, men går også inn for å gjøre

uaktsomhet til en hovedskyldform. (Definisjon av uaktsomhet er tatt inn som den nye lovens §23). I proposisjonens kapittel 16 (s. 226 flg.), behandles spørsmål som knytter seg til de subjektive vilkår for straff, herunder utformingen av forsettsbegrepet.

I punkt 10.2 (s. 111-114), konkluderer Justis- og politidepartementet med at skyldformen forsett skal være den alminnelige skyldform i all straffelovgivning, også i spesiallovgivningen⁶⁵. Dette begrunner de i hensynet til klarhet og fullstendighet i straffelovgivningen, samtidig som dette svarer til prinsippene for kriminalisering. Departementet er klar over at forsett reelt sett sannsynligvis ikke kommer til å være den dominerende skyldform i spesiallovgivningen, men den foreslåtte regulering vil tvinge lovgiverne til å vurdere om det er tilstrekkelig grunn til også å ramme uaktsomme handlinger. Departementets forslag er i samsvar med Straffelovkommisjonens forslag, som fikk bred støtte under høringen. Skyldkravet er regulert i den nye lovens §21.

Under punkt 10.4 (s. 115-118), tar departementet for seg om *dolus eventualis*, eller eventuelt forsett, skal oppheves, eller fortsatt bli regnet som en forsettsform hos oss. Dette har det vært, og er det, stor uenighet om⁶⁶, og heller ikke Straffelovkommisjonens medlemmer har vært enige på dette punkt. Kommisjonen har i årenes løp flere ganger endret syn på om *dolus eventualis* bør videreføres i en ny straffelov, og også i det endelige forslaget er Straffelovkommisjonen delt i synet på om denne formen bør tas med videre. Flertallet, alle unntatt lederen Einar Høgetveit, mener at det ikke er behov for å beholde *dolus eventualis*. De legger særlig vekt på at denne forsettsformen for det første er prinsipielt betenkelig fordi den har et hypotetisk moment i seg. For det andre, hevder flertallet at *dolus eventualis* ofte reiser betydelige bevisproblemer. Til slutt legges det vekt på at det i praksis er vanskelig å formulere bevisstemaet på en tilstrekkelig presis måte, fordi man lett vil kunne overskride grensen mot bevisst uaktsomhet. Flertallet mener, at disse

⁶⁵ Til nå har forsett bare vært hovedskyldformen i straffelovens alminnelige del, mens skyldformen i spesiallovgivningen har berodd på en tolkning av det aktuelle straffebed. Se om dette under punkt 1.1

⁶⁶ Se over, f. eks under punkt 4.2, hvor en del kritikk mot *dolus eventualis* er belyst

momentene til sammen representerer så alvorlige rettssikkerhetsproblemer, at denne forsettsformen, som ligger så nær bevisst uaktsomhet, bør oppgis.

Kommisjonens leder derimot, hevder at det i praksis er et visst behov for denne skyldformen, og viser blant annet til drap, legemskrenkelses og narkotikaforbrytelser. Det er her viktig å huske på at det er den positive innvilgelsesteorien som drøftes. Den hypotetiske varianten blir ikke diskutert, da det allerede i rettspraksis, som nevnt over under punkt 4.2, er slått fast, at den ikke er å anse som gjeldende norsk rett.

Flertallet av høringsinstansene er enige med Straffelovkommisjonens leder, og går inn for å beholde *dolus eventualis*. Disse instansene legger blant annet vekt på at det er et praktisk behov for skyldformen, særlig for å bekjempe organisert kriminalitet med rot i lukkede, kriminelle miljøer. Også alvorlige legemskrenkelses og narkotikaforbrytelser fremheves særlig som lovbrudd der *dolus eventualis* er et praktisk behov. Høringsinstansene som går inn for å beholde *dolus eventualis*, synes ikke innvendingene mot forsettsformen som flertallet i kommisjonen kommer med, er overbevisende, og støtter dermed opp om mindretallets uttalelser.

Justis- og politidepartementet har også kommet til at fordelene ved *dolus eventualis* er flere enn ulempene. Departementet mener at høringen klart har påvist et reelt behov for å videreføre forsettsformen i en ny straffelov. Det peker også på at den alminnelige rettsbevisstheten kan tyde på at den som har et slikt forsett, bør straffes. Departementet nevner at hensynsløsheten til gjerningspersonen f. eks ved drap og alvorlige legemskrenkelses, kan være så klanderverdig at det oppfattes som lite rimelig bare å straffe for uaktsomhet, selv om de vanlige forsettstypene ikke er oppfylt.

Når det gjelder de momenter som høringsinstansene vektlegger mot å videreføre *dolus eventualis*, mener altså departementet at disse ikke veier så tungt, at et slikt forsett bør sløyfes. Når det er snakk om det hypotetiske momentet ved *dolus læren*, mener departementet at dette ikke må overdrives. Det hevder at når det ikke foreligger noen

tilståelse, så vil omtrent all forsettskonstatering ha elementet av hypotese i seg. Retten må ut ifra ytre omstendigheter og alminnelige erfaringssetninger avgjøre hva gjerningspersonen har tenkt eller forstått. På dette grunnlag står ikke bevisbedømmelsen ved dolus eventualis i noen vesentlig annen stilling enn bevisbedømmelsen ved andre typer forsett. Dessuten legges det vekt på, at reglene om bevisbyrden i straffesaker fører til at retten skal frifinne dersom det er rimelig tvil om det er bevist forsett i form av dolus eventualis. Innvendingen om at det er vanskelig å formulere bevistemaene tilstrekkelig presist, mener departementet at problemet nå er mindre enn tidligere, fordi alle straffesaker i dag starter i tingretten. Dette vil føre til at tingretten har bidratt til å klargjøre de avgjørende bevistemaene når juryen skal behandle spørsmålet i lagmannsretten.

I punkt 16.2 (s. 226-228) går departementet inn for at de ulike typene av forsett skal defineres i loven. Den hevder at dette vil gjøre loven mer informativ enn den er i dag, hvor det ikke finnes slike definisjoner. Denne bestemmelsen svarer til §22 i den nye loven. Siden flertallet i kommisjonen er imot å videreføre dolus eventualis, har den ikke foreslått noen definisjon av denne forsettsformen i §22. Men ettersom departementet går inn for å beholde denne formen for forsett, er det behov også for en slik definisjon. Departementet viser til en definisjon som er foreslått tidligere, i delutredning V⁶⁷ (mot dagens delutredning VII⁶⁸), og mener denne gir et hensiktsmessig utgangspunkt. Paragraf 22 er gjengitt i innledningen av oppgaven.

6 Avslutning

6.1 Sammenfatning og konklusjon

Jeg har i denne oppgaven forsøkt å gjøre rede for betydningen av dolus eventualis. Det har jeg gjort ved å ta for meg et utvalg Høyesterettsavgjørelser. På denne måten har jeg forsøkt

⁶⁷ NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser

⁶⁸ NOU 2002:4 Ny straffelov

å gi en klar fremstilling av hva rettspraksis sier og mener om denne forsettsformen. Dette har spesielt betydning når grensen mot uaktsomhet skal trekkes. Jeg har også viet teoriens holdninger til dolus eventualis betydelig plass, da jeg synes det er nødvendig med en slik fremstilling for bedre å forstå hvordan doluslæren benyttes i praksis. Læren har sitt utspring allerede i middelalderen og den har stadig vært gjenstand for debatt.

Som jeg har pekt på i denne fremstillingen, byr dolus eventualis på flere problemer. Det kan i første rekke være vanskelig bare å få en forståelse av begrepet dolus eventualis, og ikke minst hva denne teorien går ut på. Doluslæren har ingen betydelig plass i lærebøkene under studietiden, men det har vært interessant å få jobbe nærmere med temaet på denne måten. Særlig siden det er så delte meninger om denne teorien.

Når man arbeider med dolus eventualis skiller man mellom den positive og den hypotetiske innvilgelsesteori. Heller ikke dette skillet er helt problemfritt, men jeg har forsøkt å klargjøre dette. Det vesentlige her er det psykologiske momentet som spiller inn. Dolus eventualis i form av den hypotetiske innvilgelsesteori, er i dag ikke godtatt som forsettsform. Mange har vært kritiske til denne formen, og det har jeg god forståelse for. Den positive innvilgelsesteori har også møtt hard motstand, men er gjeldende rett, både etter rettspraksis og nå den nye straffeloven som er vedtatt. Som jeg har vært inne på, synes jeg denne formen for forsett, slett ikke er så betenkelig som noen vil ha det til. En gjerningsperson som bestemmer seg for å foreta en handling, og som i tillegg tar følgen ”med på kjøpet”, har hatt situasjonen til bedømmelse i sin bevissthet. På denne bakgrunn mener jeg det er rom for å straffe for en forsettelig handling.

For det andre kan det være vanskelig å trekke grensen mellom dolus eventualis og den bevisste uaktsomhet. Her er det innsikten om sannsynligheten for følgens inntreden som er avgjørende, og dette kan igjen føre til problemer under bevisbedømmelsen.

Bevisproblemene er også noe av bakgrunnen for at så mange har stilt seg negative, særlig til den hypotetiske varianten av dolus eventualis, og også at denne formen ikke lenger er gjeldende rett.

Rettspraksis har, som det går frem av denne oppgaven, vært en viktig rettskilde for meg under arbeidet med dolus eventualis. Høyesterett har på dolusområdet stilt opp retningslinjer for bruken av læren. Disse er i dag helt avgjørende, og er bestemmende for betydningen av dolus eventualis. Høyesterett har slått fast, at dolus eventualis ved den positive innvilgelsesteori, er en godkjent forsettsform, men at tilfellet er det motsatte for den hypotetiske varianten. Stortinget har nå fulgt opp dette synet, og har dessuten besluttet å klargjøre dette nærmere i en ny straffelov.

Dolus eventualis og den positive innvilgelsesteori, er altså fortsatt av betydning og lever videre, mens den hypotetiske varianten har gjort sitt, og er dermed historie.

1 Litteraturliste

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5.utg ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004

Andorsen, Kjell V. *Dolus eventualis*. I: JV. 1996, s116-135

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

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo, 2000

Jusleksikon. Jon Gisle, Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dordi Gjønnnes, Magnus Matningsdal og Magnus Aarbakke. Oslo, 1999

Mæland, Henry John. *Innføring i alminnelig strafferett*. 3.utg. Bergen, 2004

Ross, Alf. *Forbrydelse og straf*. København, 1974

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

Skeie, Jon. *Den norske strafferett bind I*. 2.utg. Oslo, 1946

Skeie, Jon. *Den norske strafferett bind II*. 1.utg. Oslo, 1938

Slettan, Svein. *Forbrytelse og straff*. Svein Slettan og Toril Marie Øie. Oslo, 1997

FORARBEIDER

NOU 1992:23 Ny straffelov

NOU 2002:4 Ny straffelov

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

LOVER OG KONVENSJONER

Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

Den europeiske menneskerettskonvensjon – vedlegg 2 til lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – vedlegg 6 til lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

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

Vegtrafikklov (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr. 4

DOMSREGISTER

Rt. 1933.1132 Hakekorsflaggdommen

Rt 1945.109 Quislingdommen

Rt. 1980.979 Haglgeværskudddommen

Rt. 1991.600 Skoheroindommen

Rt. 2000.2072

Rt. 2001.58

Rt. 2003.118

Rt. 2004.1769

Rt. 2005.83

