

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vilkårene for dolus eventualis

Kandidatnummer: 589

Leveringsfrist: 25/11.2014

Antall ord: 17 935



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Hva er dolus eventualis?	1
1.2	Hvorfor jeg har valgt å skrive om dolus eventualis	1
1.3	Hva jeg vil behandle og avgrensninger.....	2
2	SKYLDKRAVET I STRAFFERETTEN	3
3	DOLUS EVENTUALIS	5
3.1	Innledning	5
3.2	Begrunnelsen for at vi i norsk rett har dolus eventualis.....	5
3.3	Vilkårene for dolus eventualis	11
3.3.1	Grunnvilkåret.....	12
3.3.1.1	«Innsett».....	12
3.3.1.2	«Muligheten»	14
3.3.2	Tilleggsvilkåret	17
3.3.2.1	Den hypotetiske forutsetning	18
3.3.2.2	Beslutningen om å innvilge følgen	27
3.3.2.3	Grensen nedad mot uaktsomhet – Tilleggsvilkårets særlige betydning som avgrensningskriteriet	36
4	HVORDAN BEVISE DOLUS EVENTUALIS?	39
5	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	42
6	LITTERATURLISTE	43

1 Innledning

1.1 Hva er dolus eventualis?

Temaet for denne masteravhandlingen er *dolus eventualis*. Med dolus eventualis som problemstilling for oppgaven er vi innenfor fagområdet strafferett. Dolus eventualis er en forsettstype og faller således inn under det alminnelige straffbarhetsvilkåret skyld. Den finnes i to varianter: *Den hypotetiske innvilgelsesteori* og *den positive innvilgelsesteori*. Begge variantene består av et vilkår om at gjerningspersonen må ha innsett muligheten for det straffbare resultatet. Begge variantene inneholder også et vilkår om et standpunkt fra gjerningspersonen til en hypotetisk forutsetning om at det straffbare resultatet skulle inntre. Forskjellen ligger i at den hypotetiske innvilgelsesteori spør etter hvilket standpunkt gjerningspersonen *ville ha* tatt om han hadde tenkt på den hypotetiske forutsetningen, mens den positive innvilgelsesteori spør etter hvilket standpunkt gjerningspersonen *har* tatt. I norsk rett er den positive innvilgelsesteori gjeldende rett, mens den hypotetiske innvilgelsesteori er uttrykkelig avvist.¹ Dolus eventualis utgjør den nederste del av forsett. Den nederste del av forsett berører den øverste del av uaktsomhet. Vi er således innenfor et område hvor vanskelige avgrensningsspørsmål kan oppstå.

1.2 Hvorfor jeg har valgt å skrive om dolus eventualis

Etter at jeg tok prosess og strafferett på fjerde studieår ble det tidlig klart at det var strafferett jeg ville skrive masteravhandling innenfor. Jeg synes strafferett er det mest spennende området på jusstudiet. Strafferetten har mange interessante problemstillinger, og jeg kunne godt tenke meg å skrive om flere av dem. Når valget da falt på dolus eventualis skyldes dette hovedsakelig at temaet er kontroversielt og vanskelig håndterlig. På kursundervisning fikk vi høre at dette var jusstudentenes «store skrekk» på eksamen. Men det er ikke bare studentene som sliter med dolus eventualis. Også domstolen har slitt med å anvende læren i praksis.

Det særegne ved dolus eventualis er at man straffer gjerningspersonen for et standpunkt om å begå handlingen til en tenkt forutsetning om at følgen skulle inntre, i motsetning til ved de andre forsettsformene der man straffer gjerningspersonen for hva han har tenkt og besluttet i forbindelse med hva han har oppfattet som de faktisk foreliggende omstendigheter. Når man straffer gjerningspersonen for hva han har besluttet i forbindelse med en tenkt forutsetning, kan det reises spørsmål om et slikt skyldkrav er i overenstemmelse med det alminnelige

¹ Rt-1991-600

strafferettslige prinsipp om at skylden må foreligge i gjerningsøyeblikket. Det kan i den forbindelse spørres om rettssikkerheten til borgerne blir satt på prøve, hvis en slik konstruksjon skal aksepteres som en del av strafferetten. Temaets utfordrende og kontroversielle karakter gjør det særlig spennende å skrive avhandling om det, og har således hatt stor betydning for mitt valg.

1.3 Hva jeg vil behandle og avgrensninger

Jeg vil i denne oppgaven foreta en fremstilling av vilkårene for *dolus eventualis*. Det primære siktemålet er å redegjøre for hvordan rettstilstanden *er*, samtidig som jeg vil foreta drøftelser på hvordan rettstilstanden *bør* være, der det er rom for dette. I fremstillingen vil jeg behandle den positive innvilgelsesteori, og ikke gå nærmere inn på den hypotetiske innvilgelsesteori. Dette er fordi den hypotetiske innvilgelsesteori ikke er en del av norsk rett. Imidlertid vil jeg ved en del drøftelser trekke inn den hypotetiske innvilgelsesteori, for å sammenligne og illustrere poeng i forbindelse med behandlingen av den positive innvilgelsesteori.

Jeg vil ikke ta stilling til om *dolus eventualis* bør være en del av gjeldende rett. Videre vil jeg i liten grad vurdere *dolus eventualis* i et komparativt perspektiv. Det vil heller ikke bli foretatt en historisk redegjørelse. Dette skyldes at det ville favne for vidt om også dette skulle blitt behandlet.

Grunnen til at jeg kun vil ta for meg vilkårene i *dolus eventualis*, er at det ved en bred innfallsvinkel vil være vanskelig å gå i dybden innenfor ordgrensen. Oppgaven og behandlingen av problemstillingene ville blitt overfladisk. Vilårene for *dolus eventualis* reiser mange og til dels uavklarte spørsmål. Dette åpner for stor grad av problematisering. Ved en grundig behandling av disse er det derfor ikke plass til noe særlig mer. Vilårene for *dolus eventualis* er også selve hjertet i skyldformen. Når noe må bortprioriteres er det derfor naturlig at dette blir andre temaer enn vilårene. Når det er sagt er jeg klar over at *dolus eventualis* reiser mange andre, og til dels uavklarte, problemstillinger jeg ikke får behandlet. En slik problemstilling er om *dolus eventualis* kan fingeres ved selvforskyldt rus. Etter gjeldende rett kan ikke hensikt og overlegg fingeres. Da reiser det seg spørsmål om *dolus eventualis* kan fingeres. *Dolus eventualis* og medvirkning kunne også ha vært behandlet. Det kan etter mitt syn reises spørsmål om *dolus eventualis* er forenlig med det «doble skyldkrav» til medvirker. En annen problemstilling er *dolus eventualis* og de straffbare forberedelseshandlinger, der det etter min oppfatning vil oppstå spørsmål om *dolus eventualis* er anvendelig som skyldform. *Dolus eventualis* som straffutmålingsmoment kunne også ha vært problematisert.

2 Skyldkravet i strafferetten

Dolus eventualis er som nevnt en skyldform. De to hovedformene for skyld er forsett og uaktsomhet. Hvilke skyldkrav som oppstilles avhenger av hvilken lov som regulerer saksforholdet. For straffelovens vedkommende er hovedregelen forsett for forbrytelser, med mindre annet er uttrykkelig bestemt eller utvetydig forutsatt jfr. Straffeloven (strl.) § 40 (1). Denne hovedregelen gjelder kun straffelovens egne bestemmelser. For spesiallovgivningen gjelder ingen hovedregel, det er opp til lovgiver selv å vurdere hvilke skyldkrav som bør stilles. Uaktsomhet er imidlertid det mest brukte skyldkravet i spesiallovgivningen. Dette betyr at dolus eventualis har størst relevans ved handlinger som faller inn under straffeloven. I den nye straffeloven er derimot situasjonen annerledes. Her er forsett gjort til hovedregelen for all straffelovgivning, med mindre annet er bestemt.² Ved store deler av spesiallovgivningen er imidlertid skyldkravet allerede bestemt å være uaktsomhet. Denne endringen vil derfor ikke utgjøre noen særlig praktisk forskjell, i alle fall til å begynne med.

Det er et vilkår at skylden må foreligge i gjerningsøyeblikket. Dette er et alminnelig prinsipp. For straffelovens vedkommende kan prinsippet leses ut av strl. § 42 første ledd sammenholdt med § 40 første ledd. Av § 42 (1) fremgår det at dersom gjerningspersonen var uvitende «ved foretagelsen av en handling» om omstendigheter ved denne som betinger straffbarheten eller forhøyer straffeskylden, skal disse omstendighetene ikke tilregnes ham. Sammenholdt med setningen i § 40 (1) «på den der ei har handlet med» knesettes da prinsippet om at skylden må foreligge i gjerningsøyeblikket.

Det er videre et vilkår at skylden må dekke hele den objektive gjerningsbeskrivelse i straffebudet. Dette kalles «dekningsprinsippet».³ Er skyldkravet forsett innebærer dette at gjerningsmannen må ha handlet forsettlig med hensyn til alle de objektive momentene i straffebudet.

² Straffeloven (2005) § 21

³ Andenæs (2004) s.221

Forsett deles vanligvis inn i kategoriene *hensiktsforsett*, *sannsynlighetsforsett* og *dolus eventualis*.⁴ Det er likevel mulig å operere med flere kategorier. Dette avhenger av om man anser overlegg som en egen forsettkategori eller kun et straffutmålingsmoment, og om man skiller mellom visshets- og sannsynlighetsforsett. De ulike forsettskategoriene fremgår ikke direkte av loven selv, men er utviklet gjennom teori og rettspraksis. Felles for de tre forsettskategoriene er at de innehar viljes- og innsikts aspekter.

Hensiktsforsett kjennetegnes av at det forbryterske resultat er tilsiktet av gjerningspersonen. Med dette menes at gjerningsmannen har hatt et ønske om å fremkalle det straffbare resultat ved sin opptreden. Dette gjelder også der gjerningspersonen beklager resultatet, men dette er nødvendig som middel til et videre mål. Hvis det foreligger hensikt spiller det i utgangspunktet ingen rolle hvilken sannsynlighet for følgen som forelå. Begrunnelsen for dette er at gjerningsmannen er særlig å bebreide ved denne type forsett. Unntak må derimot gjøres for helt upåregnelige følger. Videre må det gjøres en avgrensning mot handlinger innenfor «samfunnets tillatte risiko».⁵

Sannsynlighetsforsett foreligger når følgen ikke er ønsket av gjerningspersonen, men fremstår som sikker eller overveiende sannsynlig i gjerningsmannens bevissthet i handlingsøyeblikket.⁶ Det er ikke den objektive sannsynlighetsgrad man legger til grunn, men gjerningspersonens forestilling om hvilken sannsynlighet som forelå. Dette følger av at enhver skal bedømmes ut i fra sine egne faktiske forestillinger vedrørende gjerningen jfr. strl§ 42 første ledd. I «overveiende sannsynlig» ligger det et krav om sannsynlighetsovervekt, det vil si at det må være mer sannsynlig at det straffbare resultat vil inntre enn motsatt.

⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.226

⁵ Andenæs (2004) s.159

⁶ Rt-1980-979

3 Dolus eventualis

3.1 Innledning

For tilfeller hvor gjerningspersonen hverken har hatt hensikt eller ansett det som mest sannsynlig at følgen vil inntre, oppstår det spørsmål om man i visse situasjoner likevel skal statuere forsett. I Norge er det gjeldende rett at forsett kan statueres i tilfeller der gjerningspersonen ikke anser følgen som mest sannsynlig. Betingelsen er at han anser følgen som en mulighet av handlingen. Videre er det et krav om at han tar det standpunkt at han ville ha begått handlingen selv om det straffbare resultat skulle inntre. Det er dette som kalles *den positive innvilgelsesteori*. Den positive innvilgelsesteori er som nevnt innledningsvis under pkt. 1.1 en variant av dolus eventualis. Den andre varianten kalles *den hypotetiske innvilgelsesteori*. Som ved den positive innvilgelsesteori er det også her et vilkår om at gjerningsmannen må ha innsett muligheten for at følgen kan inntre. Men forskjellen er at man ved den hypotetiske innvilgelsesteori opererer med en fullstendig hypotetisk innvilgelse. Man spør ikke om hva gjerningsmannen *har* besluttet, men derimot om hva han *ville ha* besluttet dersom han hadde innsett at følgen skulle inntre. Det er som nevnt kun den positive innvilgelsesteori som er gjeldende rett i Norge.⁷

I fremstillingen vil jeg flere steder knytte behandlingen av de ulike problemstillingene opp mot følger. Dette er fordi dolus eventualis-resonnementet er lettest å beskrive når det knyttes opp mot følger. Det må i den forbindelse likevel presiseres at det som gjelder for følger, gjelder tilsvarende for andre deler av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Betingelsene er at gjerningspersonen har innsett muligheten for at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet blir oppfylt, og at han beslutter å handle selv om gjerningsbeskrivelsen skulle bli oppfylt.

3.2 Begrunnelsen for at vi i norsk rett har dolus eventualis

Når det sondres mellom skyldformene forsett og uaktsomhet vil det oppstå et berøringsfelt mellom disse. Forsettes nedre grense og uaktsomhetens øvre grense vil berøre hverandre. I dette berøringsfeltet vil det oppstå en gråsoner. I denne gråsonen må man oppstille kriterier for å skille de to skyldformene fra hverandre, der hensynet til bl.a. hensiktsmessighet, rettssikkerhet, beviselighet og effektivitet må tas i betraktning.

⁷ Rt-1991-600

Allerede ved utformingen av straffeloven av 1902 var man åpen for at *dolus eventualis* skulle være en del av det strafferettslige forsett. Dette ble, på noe uklart vis, uttalt av straffelovkommisjonen i 1896:

«Er følgen ikke tilsigtet..., er den dog at betrakte som forsætlig forvoldt, saafremt den maatte fremstille sig som nødvendig eller ganske overveiende sandsynlig. Har følgen på den anden side fremstillet sig som vel mulig, men dog usandsynlig, vil her altid blot uagtsom forbrydelse foreligge. Kan den endelig hverken betegnes som overveiende sandsynlig eller som usandsynlig, betrædes et felt, hvor løsningen er og alltid maa være meget usikker. Af væsentlig betydning vil det her maatte være, om den skyldige kan siges at have acquiesceret ved følgens indtræden eller ikke, d.v.s. om han havde kunnet forudse dens indtræden, dog vilde have handlet paa samme Maade, eller om han har handlet, stolende paa, at en gunstig Skjæbne vilde forskaane ham for den frygtede Følges indtræden.»⁸

Av det siterte fremgår det at straffelovkommisjonen har tenkt at det kan oppstå situasjoner der man ved skyldvurderingen havner i et berøringsfelt mellom det nedre sjikt av forsett og det øvre sjikt av uaktsomhet. I dette området vil rettstilstanden være usikker. Det gis uttrykk for at det må være av vesentlig betydning om den skyldige kan sies å ville ha handlet på samme måte, selv om følgen skulle inntre. Det som her uttrykkes er kjernen i *dolus eventualis*. Det illustrerer *dolus eventualis* helt sentrale funksjon: Å skille forsett fra uaktsomhet.

Etter min oppfatning er det derimot uklart om det er den hypotetiske eller den positive innvilgelsesteori kommisjonen beskriver. Setningen «...om den skyldige kan siges at have acquiesceret ved følgens indtræden eller ikke...», er i mine øyne nærliggende å tolke som et uttrykk for den positive innvilgelsesteori. Dette på grunn av formuleringen «at have», som gir uttrykk for noe gjerningspersonen *har* gjort. Hadde hensikten vært å beskrive den hypotetiske innvilgelsesteori, ville en mer naturlig formulering vært «...om den skyldige kan siges at *ville* have acquiesceret...». [min tilføyelse] Setningen «...om han hadde kunnet forudse dens intræden, dog vilde have handlet paa samme Maade...» synes jeg derimot isolert sett best samsvarer med den hypotetiske innvilgelsesteori. Dette på grunn av formuleringen «vilde have handlet». Ved den positive innvilgelsesteori spør man ikke om hva gjerningspersonen *ville ha* gjort, men hva han *har* gjort. Det avgjørende er hva gjerningspersonen *har* forutsett, og hvordan han *har* bestemt å handle under denne forutsetning. Imidlertid vil det gi et misvisende bilde av hva lovgiver har ment, om man leser setningene isolert. Den sistnevnte setningen tar kun sikte på å beskrive hva som ligger i formuleringen «...Om den skyldige kan siges at have acquiesceret ved følgens indtræden eller ikke...». Og som nevnt mener jeg at denne formuleringen gir uttrykk for den positive innvilgelsesteori. Straffelovkommisjonen har nok derfor hatt den positive innvilgelsesteori i tankene- og ikke den hypotetiske.

⁸ S.K.M s.58

Formuleringen «...eller om han har handlet, stolende paa, at en gunstig Skjæbne vilde forskaane ham for den frygtede Følges indtræden», gir etter min oppfatning uttrykk for at gjerningspersonen handler i tillitt til at det skal gå bra jfr. «...stolende paa, at en gunstig Skjæbne vilde forskaane ham...». Slik jeg oppfatter forarbeidene skilles det mellom gjerningspersonen som innvilger følgen, og gjerningspersonen som handler i tillitt til at følgen ikke vil inntre. Har gjerningspersonen handlet i tillitt til at følgen ikke vil inntre, foreligger slik jeg tolker forarbeidene bevisst uaktsomhet. Jeg mener at skillet mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet ikke kan baseres på om gjerningspersonen har handlet i tillitt til at det skal gå bra eller ikke. Dette kommer jeg tilbake til under pkt.3.3.2.3.

Betraktningene hos straffelovkommisjonen har et prinsipielt preg over seg. Man konstaterer at det vil foreligge et spenningspunkt mellom forsett og uaktsomhet der rettstilstanden vil være uklar, og at gjerningspersonens holdning til følgen vil være avgjørende for om man faller ned på forsett eller uaktsomhet. Det sies derimot lite om hvorfor det skulle være nødvendig med en slik skyldkonstruksjon i praksis, f.eks. om visse typer kriminalitet reiser behov for en slik skyldform.

I land som ikke har sannsynlighetsforsett, som f.eks. Tyskland og Sverige, har dolus eventualis spilt en viktig praktisk rolle. Grunnen til dette er at man i tilfeller hvor det verken kan statueres hensikts- eller visshetsforsett, må benytte dolus eventualis hvis man skal statuere forsett. Konsekvensen blir dermed at dolus eventualis favner om flere tilfeller, hvorpå den praktiske betydningen blir større. I land som f.eks. Norge og Danmark der sannsynlighetsforsett er gjeldende rett, har derimot dolus eventualis betydning vært mer perifer. Det store flertall av de praktiske tilfeller vil bli omfattet av forsettsformene hensikts- og sannsynlighetsforsett. Umiddelbart kunne man derfor tenke at behovet skulle være mindre her. Dette synspunktet ble også fremhevet av straffelovkommisjonen i delutredning 1 til ny straffelov.⁹

Likevel viderefører og kodifiserer den nye straffeloven av 2005 dolus eventualis i § 22 c). Det uttales i forarbeidene til den nye loven at det særlig vil være behov for dolus eventualis ved bekjempelse av narkotikakriminalitet, grove legemskrenkelser og mer generelt for å straffe bakmenn i organisert kriminalitet. Departementet mener også at behovet for dolus eventualis antakeligvis er større i dag enn tidligere, på grunn av en økt fremvekst av mer kynisk organisert kriminalitet. Man mener videre at behovet for en slik skyldform har vist seg særlig aktuell i forbindelse med narkotikasaker, der en kurer uriktig gir uttrykk for at han ikke visste hva han transporterte. Det nevnes oppsummeringsvis at også den alminnelige rettsbevissthet

⁹ NOU 1983:57 s.146

kan tilsi at dolus eventualis bør aksepteres som skyldform. Hensynsløsheten i handlingen, som for eksempel grove legemskrenkelser, kan være så klanderverdig at det anses som lite rimelig og kun straffe for uaktsomhet.¹⁰ Det ble også uttalt at man ville risikere en uthuling av sannsynlighetsforsettet, ved at det aksepteres lavere sannsynlighetsgrad enn 50 % for å kunne straffe, om dolus eventualis ikke ble videreført.¹¹

Jeg er delvis enig i synspunktet om at den alminnelige rettsbevissthet kan tilsi at dolus eventualis bør aksepteres som skyldform ved særlig grove og klanderverdige forbrytelser. Departementet har et poeng i at visse handlinger kan anses så klanderverdige at det i henhold til den alminnelige rettsbevissthet vil være lite rimelig og kun straffe for uaktsomhet. Har f.eks. gjerningspersonen utøvd svært grov og hensynsløs vold, vil nok en utbredt oppfatning være at handlingen ikke bør rubriseres som uaktsom med derigjennom lavere straff for gjerningspersonen. I alminnelighet vil det nok også oppfattes som mindre graverende at handlingen blir rubrisert som uaktsom og ikke forsettlig, forsettlige handlinger er mer klanderverdige. Etter mitt syn kan imidlertid den alminnelige rettsbevissthet også tilsi at dolus eventualis ikke bør aksepteres som skyldform. En kjent alminnelig oppfatning er at det er forskjell på å gjøre noe og kun tenke noe. At gjerningspersonen har tenkt at han uansett f.eks. vil smugle narkotika selv om det skulle være heroin, betyr ikke nødvendigvis at han faktisk ville gjort det hvis han visste det var heroin. Ofte kan man temmelig skråsikkert uttale seg om hva man ville ha gjort under gitte omstendigheter, og så gjør man stikk motsatt når man faktisk kommer i situasjonen. At man skal straffes for et standpunkt til en *tenkt* forutsetning i motsetning for et standpunkt til en *faktisk* forutsetning, kan nok i vel så stor grad hevdes å stride mot den alminnelige rettsbevissthet som å være i overenstemmelse med den. Å bruke den alminnelige rettsbevissthet som argument for at dolus eventualis bør utgjøre en del av gjeldende rett, er etter mitt syn derfor ikke treffende, fordi hva den alminnelige rettsbevissthet vil mene om spørsmålet må anses uklart.

Vedrørende behovet for dolus eventualis ved legemskrenkelser, må det nevnes at det store flertall av saker der dolus eventualis er aktuell som skyldform gjelder narkotikaforbrytelser. Relativt få saker gjelder legemskrenkelser. I den någjeldende straffelov er det også slik at man kan straffes for skadefølgen av legemskrenkelser etter §§ 228 og 229, hvis man kunne ha innsett muligheten for følgen av handlingen, såkalt «culpa levissima» jfr. § 43. Det skal således svært lite til for at man kan straffes for skadefølgen. Behovet for dolus eventualis er derfor ikke stort på dette området. Den nye straffeloven viderefører derimot ikke «culpa levissima». Her er kravet vanlig uaktsomhet til følgen. Spørsmålet blir hva gjerningspersonen

¹⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.117-118

¹¹ NOU 1992:23 s.118

burde ha innsett. Videre skal ikke en uaktsom følge alene føre til høyere strafferamme, men inngå i en totalvurdering av om forholdet er grovt.¹² Dolus eventualis kan dermed bli mer aktuelt å bruke når hele den nye straffeloven trer i kraft, for å fange opp følger man tidligere kunne subsumere under straffeloven § 43 og dennes svært lave terskel.

Flertallet i straffelovskomiteen, alle utenom komiteens leder, gikk i motsetning til departementet inn for at dolus eventualis ikke burde videreføres.¹³ Innvendingene er særlig at dolus eventualis innehar et hypotetisk element, at det er vanskelig å bevise og at det er formuleringssårbar. Departementet tok i betraktning synspunktene til straffelovskomiteen, men mente at disse ikke måtte overdrives. For det første hevdes det at nær sagt all forsettskonstatering har elementer av hypotese i seg. Forsett konstateres ved å trekke slutninger fra de ytre omstendigheter rundt handlingen og alminnelige erfaringssetninger, til hva som har foregått i gjerningspersonens hode. Dette er således ikke unikt for dolus eventualis. Departementet viste større forståelse for argumentet om at dolus eventualis er vanskeligere å bevise enn andre forsettformer. Likevel la departementet stor vekt på beviskravet i strafferetten, som må medføre at retten må frifinne tiltalte hvis det ikke er hevet over enhver rimelig tvil at det foreligger dolus eventualis i saken. Det henvises også til at Borgarting lagmannsrett, som er den domstolen som behandler flest saker om dolus eventualis, er av den oppfatning at dolus eventualis ikke reiser vanskeligere bevissspørsmål enn de andre skyldformer.

I forbindelse med innvendingen om at bevistemaet ved dolus eventualis er vanskelig å formulere, uttalte departementet følgende:

«Innvendingen om at det er vanskelig å formulere bevistemaene tilstrekkelig presist, må regnes som et mindre problem enn tidligere fordi alle straffesaker nå starter i tingretten. Behovet for klart og presist å angi hva som er bevistemaet oppstår særlig ved jurybehandling i lagmannsretten. Men her vil behandlingen i første instans ha bidratt til å klargjøre de avgjørende bevistemaene. Departementet legger også vekt på at dersom eventuelt forsett skal videreføres i den nye straffeloven, bør forsettstypen defineres direkte i loven.»¹⁴

At vanskelighetene med å formulere bevistemaene tilstrekkelig presist må regnes som et mindre problem enn tidligere fordi alle straffesaker nå starter i tingretten, tror jeg ikke er riktig. Dette understøttes av uttalelsen Borgarting lagmannsrett ga da spørsmålet om å videreføre dolus eventualis ble sendt på høring. Borgarting formulerte bevistemaet for dolus eventualis slik:

¹² Straffeloven (2005) § 24

¹³ NOU 2002:4 s.224

¹⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.118

«Domfellelse etter denne forsettsformen forutsetter bevist at gjerningspersonen har regnet det som mulig at det straffbare resultat vil inntre og at han i den situasjonen likevel har valgt å utføre handlingen.»¹⁵

Denne formuleringen er uheldig. At gjerningspersonen regnet som mulig at det straffbare resultat ville inntre og likevel valgte å utføre handlingen, er bevisst uaktsomhet og ikke dolus eventualis. Skal dolus eventualis statueres må gjerningspersonen også ha bestemt seg for å foreta handlingen selv om følgen *skulle* inntre. Uttalelsen til Borgarting illustrerer en fundamental utfordring med dolus eventualis: Forskjellen fra bevisst uaktsomhet er marginal. Ved anvendelsen og formuleringen av dolus eventualis, må rettsanvenderen derfor være særlig oppmerksom på og ha klart for seg hva som skiller bevistemaet i dolus eventualis fra bevistemaet ved bevisst uaktsomhet. Jeg synes det er merkelig at departementet ikke kom med en bemerkning til uttalelsen fra Borgarting. Det kan i den forbindelse spørres om departementet har lest uttalelsen godt nok.

Når det gjelder anførselen om at behandlingen i første instans vil bidra til å klargjøre bevistemaet for juryen i jursaker, synes jeg det er uklart hva som menes med dette. Av straffeprosessloven (strpl.) § 362 (3) følger at det som regel kun er domsslutningen til tingretten som skal leses opp før juryen har truffet sin kjennelse. Dette henger sammen med at det skal foretas en fullstendig ny behandling av saken så langt den er henvist, når anken omfatter bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet jfr. strpl. § 31 (1). Lagretten skal bare bygge på det som fremkommer under ankeforhandlingen, og ikke påvirkes av tingrettens premisser og den autoritet lekdommerne eventuelt kunne komme til å tillegge disse. Reservasjonen i «som regel» i § 362 (3) tar primært sikte på tilfeller der bare en del av bevisbedømmelsen blir angrepet, og hvor bevisføringen blir begrenset til denne del jfr. Rt-1999-757. I slike tilfeller kan opplesning tillates for de ikke-bestridte deler.¹⁶ Ved fullstendig ny prøving av saken, vil derfor en eventuell avklarende beskrivelse av dolus eventualis i tingrettens premisser som hovedregel ikke komme lagretten til gode.

Den siterte uttalelsen til departementet fremstår ikke overbevisende. Anførselen til departementet om at vanskeligheten med å formulere bevistemaene ved dolus eventualis må regnes som et mindre problem enn tidligere, fordi alle straffesaker nå starter i tingretten, mister etter mitt syn tyngde på grunn av høringsuttalelsen til Borgarting. Også anførselen om at behandlingen i første instans vil bidra til å klargjøre de avgjørende bevistemaene ved jurybehandling, gir liten mening når juryen som hovedregel ikke blir gjort kjent med førsteinstansens domspremisser. Disse momentene gjør at det etter min oppfatning kan spørres om ikke behovet for å kunne straffe handlinger i grenseområdet mellom forsett og

¹⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.117

¹⁶ Kommentarutgave straffeprosessloven § 362

uaktsomhet som forsettlig, har gått på bekostning av rettssikkerhetsbetraktninger, når departementet har valgt å videreføre *dolus eventualis*.

3.3 Vilkårene for *dolus eventualis*

Dolus eventualis består av en to-leddet vurdering. Den ene vurderingen vedrører at gjerningspersonen må ha innsett muligheten for at følgen skal inntre. Dette kaller jeg *grunnvilkåret*. Den andre vurderingen er at han må ha tatt det standpunkt at han ville ha foretatt gjerningen selv om følgen skulle inntre. Dette kaller jeg *tilleggsvilkåret*. Skal *dolus eventualis* statueres må begge disse vilkårene være oppfylt.¹⁷ For å unngå stadige gjentakelser av hva som ligger i vilkårene, vil jeg flere steder kun henvise til begrepene *grunnvilkåret* og *tilleggsvilkåret*.¹⁸ Videre vil jeg for å slippe å skrive resonnementet for tilleggsvilkåret fullt ut hver gang det behandles enkelte ganger bruke formuleringene «innvilget følgen» og «positiv innvilgelse».

Som nevnt under pkt.2.1, er de to hovedskyldformene i norsk rett forsett og uaktsomhet. Vurderingstemaet etter disse er forskjellig. Ved forsett er det sentrale hva gjerningspersonen har forstått og hva han har tilsiktet. Det sentrale er hvilke psykologiske prosesser som har foregått i gjerningspersonens hode. Kjernen i forsettbegrepet er derfor subjektiv.¹⁹ Ved uaktsomhet er det sentrale å vurdere gjerningspersonens handlemåte opp mot en objektiv norm for rettmessig adferd. Kjernen i uaktsomhetsbegrepet er således objektiv.²⁰ Når vurderingstemaet er forskjellig må nødvendigvis også vilkårene være forskjellige. Skillet mellom forsett og uaktsomhet må derfor reflekteres i vilkårene. Ved forsett må vilkårene få frem hva som gjør handlingen mer enn bare uaktsom. Ved hensiktsforsett gjøres dette ved at følgen må være tilsiktet. Ved sannsynlighetsforsett gjøres det ved at gjerningspersonen må ha innsett at følgen sikkert eller mest sannsynlig inntre. *Dolus eventualis* utgjør forsettets nedre grense mot bevisst uaktsomhet. Vilkårene har derfor en særlig avgrensingsfunksjon. I et slikt berøringsfelt vil det oppstå vanskelige grensedragningsstilfeller. Man er avhengig av å oppstille vilkår som på en klar og tydelig måte får frem hvor grensen går. Det er dette man har forsøkt å gjøre ved *dolus eventualis*. Ved vurderingen av om vilkårene er hensiktsmessige, vil det derfor være helt sentralt å vurdere om man med disse i tilstrekkelig grad får frem skillet til den bevisste uaktsomhet. Hvordan disse to skyldformene forholder seg til hverandre, vil således være en rød tråd ved redegjørelsen for vilkårene for *dolus eventualis*.

¹⁷ Rt-1984-875

¹⁸ Termene *grunnvilkår* og *tilleggsvilkår* er hentet fra Andorsen (1996)

¹⁹ Andenæs (2004) s.243

²⁰ Andenæs (2004) s.243

3.3.1 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret innebærer som nevnt at gjerningspersonen må ha innsett muligheten for en følge. Dette kan spaltes i to vurderinger: Krav til innsikt hos gjerningspersonen og muligheten for følgen. Selv om de to vurderingene til dels glir over i hverandre, tilsier pedagogiske og systematiske grunner at de behandles separat under hver sitt punkt. Bestanddelene «innsikt» og «mulighet» er fellesvilkår ved *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet. Det kan i den forbindelse reises spørsmål om forståelsen av disse skal være lik ved de to skyldformene.

3.3.1.1 «Innsett»

Hva som ligger i vilkåret «innsett» i forbindelse med *dolus eventualis* er i liten grad berørt i rettskildene. Dette blir som oftest kort behandlet av domstolene. Det er heller ikke problematisert nevneverdig i teorien. Betydningen av vilkåret må likevel ikke underdrives. Grunnvilkåret er selve inngangsporten til at man skal kunne straffes etter *dolus eventualis*. Er ikke grunnvilkåret oppfylt, statueres i høyden uaktsomhet. Høyesterett har også har brukt andre ord og begreper tilsvarende «innsett», når de har beskrevet grunnvilkåret f.eks. «vært klar over muligheten»,²¹ «ansett en slik følge som mulig»,²² «for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig»,²³ og «regnet det som mulig».²⁴ Formuleringen «innsett muligheten» ble bl.a. brukt i Rt-2004-1565. Etter min oppfatning rommer denne formuleringen et klarere begrep i «innsett», enn de andre nevnte formuleringene. Pedagogiske og plassbesparende hensyn medfører derfor at jeg foretar en vurdering hva som ligger i «innsett», samtidig som mine vurderinger og konklusjoner her, også vil gjelde der andre tilsvarende formuleringer er brukt.

Formuleringene Høyesterett har brukt må som utgangspunkt tolkes etter en naturlig språklig forståelse. Begrepet «innse» defineres som å «bli klar over» eller «forstå» i bokmålsordboka.²⁵ Dette betyr først og fremst at gjerningspersonen må ha tenkt på muligheten for følgen. Har han ikke tenkt seg denne muligheten overhodet, kan det i høyden statueres uaktsomhet.²⁶ Å tenke på muligheten for følgen, og å innse muligheten for følgen, er likevel to forskjellige ting. Tankene og vurderingene må resultere i at gjerningspersonen «blir klar over» muligheten, hvis man skal si at han har innsett den. Narkotikakurere som kun får et tankestreif om at det kan være heroin, har ikke nødvendigvis språklig sett «innsett» at det

²¹ Rt-1980-979

²² Rt-1991-600

²³ Rt-2004-1769

²⁴ Rt-2013-789

²⁵ Universitetet i Oslo i samarbeid med Språkrådet (2010)

²⁶ Rt-2001-58

kan være heroin. Praksis kan imidlertid tyde på at det ikke opereres med en streng ordlydsfortolkning av «innsett» og tilsvarende begreper. Det er antakeligvis tilstrekkelig at gjerningspersonen kun har tenkt på muligheten. Dette understøttes bl.a. av Rt-2001-58 der Høyesterett brukte formuleringene «regnet med muligheten av resultatet», «*tenkt seg muligheten av resultatet*» og «innsett muligheten» ved beskrivelsen av grunnvilkåret. [min kursivering] En annen avgjørelse som peker i samme retning er Rt-2011-1110, hvor Høyesterett behandlet en anke der lagmannsretten hadde formulert grunnvilkåret som at gjerningspersonen «...*tenkte seg muligheten av at hans kjøring ville forårsake fornærmedes død...*». [min kursivering] Høyesterett hadde ingen bemerkninger til dette. Det skal likevel sies at spørsmålet i saken var om dolus eventualis kunne fingeres, og ikke om lagmannsretten hadde formulert bevistemaet i dolus eventualis feil. Høyesterett var således ikke nødt til å ta stilling til om formuleringen var uriktig. Også hensiktsmessighetsgrunner taler for at det er tilstrekkelig at gjerningspersonen kun har tenkt på muligheten. Hvis ikke kan gjerningspersonen si at han tenkte på muligheten, men at han ikke innså den, for så å slippe unna straff. Bevismessig vil det være svært vanskelig å operere med et skille mellom en gjerningsperson som kun har tenkt seg muligheten, og en gjerningsperson som har «forstått» og «blitt klar over» muligheten.

Hva som ligger i «innse» har som nevnt innledningsvis i liten grad kommet på spissen i teori og praksis. Ofte blir det relativt kort slått fast at gjerningsmannen har «innsett» muligheten for følgen. Dette kan illustreres med avgjørelsen fra Rt-2009-750. Her hadde gjerningspersonen foretatt en rekognosering av et hus på forhånd, og oppfattet det som at det ikke oppholdt seg mennesker der. En stund senere kom han tilbake og skjøt mot huset for å skremme. Det oppholdt seg imidlertid et menneske i huset, og gjerningspersonen ble dømt for forsøk på drap i lagmannsretten etter dolus eventualis. Dommen ble opphevet i Høyesterett fordi lagmannsretten ikke hadde drøftet tilleggsvilkåret om positiv innvilgelse. Samtidig uttalte Høyesterett at rekognoseringen på forhånd uansett var lite forenlig med at gjerningspersonen hadde tatt et standpunkt om å skyte selv om han skulle drepe noen. Etter min oppfatning kunne Høyesterett med fordel også ha problematisert om gjerningspersonen i det hele tatt hadde innsett muligheten for drap på handlingstidspunktet, når han begynte å skyte. Jeg mener det er nærliggende at han ikke hadde innsett denne muligheten, på grunn av rekognoseringen på forhånd hvorpå han trodde at huset var tomt.

Om gjerningspersonen har innsett muligheten er som nevnt helt sentralt ved dolus eventualis. Samtidig har det betydning for grensdragningen mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet, som igjen kan få betydning for straffutmålingen. Jeg mener derfor domstolen med fordel kan bruke noen ord på en generell og utdypende forklaring av hva som må til for å «innse» noe, før den foretar subsamsjonen.

3.3.1.2 «Muligheten»

Begrepet «mulighet» i *dolus eventualis* forstand reiser avgrensningsspørsmål i forbindelse med hvordan begrepet skal forstås ved sannsynlighetsforsett og bevisst uaktsomhet. Avgrensningsspørsmålet relaterer seg til hvilken sannsynlighetsgrad som kreves vedrørende muligheten. Det er klart at det ikke stilles krav om sannsynlighetsovervekt, i så fall vil det foreligge sannsynlighetsforsett. Spørsmålet er således hvor langt under 50 % man kan gå. Som nevnt under pkt.3.3.1.1 har Høyesterett uttrykt grunnvilkåret på flere forskjellige måter. Det er brukt formuleringer som «ansett en slik følge som mulig»²⁷, «innsett muligheten av»,²⁸ «for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig»²⁹ og «regnet det som mulig».³⁰ Alle disse formuleringene er vage og gir ikke noe klart svar på hva som kreves. Basert på det rent språklige er det derfor vanskelig å slå fast hvilken sannsynlighetsgrad for følgen som må foreligge. Jeg mener likevel formuleringene indikerer at muligheten må være mer enn bare teoretisk. At noe «fremstilte seg som mulig», ble «ansett som mulig» eller ble «regnet som mulig», tilsier at muligheten ikke kan være fjern og teoretisk. Det fjerne og teoretiske kan vanskelig «fremstille seg som mulig», og det er også etter min oppfatning ulogisk å ha «ansett» eller «regnet som mulig» noe helt upraktisk og teoretisk. Også uttalelser i forarbeidene tilsier at de helt upraktiske og teoretiske følgene må holdes utenfor:

«Har følgen på den anden side fremstillet sig som vel mulig, men dog usandsynlig, vil her altid blot uagtsom forbyrdelse foreligge. Kan den endelig hverken betegnes som overveiende sandsynlig eller som usandsynlig, betrædes et felt, hvor løsningen er og alltid maa være meget usikker.»³¹

Det er mye som kan fremstille seg som mulig i teorien. Men har det ingen eller liten overføringsverdi til praksis, vil det raskt bli karakterisert som fjernt og usannsynlig. Om muligheten for følgen må være *sannsynlig* gir derimot forarbeidene ikke noe klart svar på. Det finnes en uttalelse om *dolus eventualis* i motivene til § 42 som muligens tilsier at følgen må ha fremstått som sannsynlig for gjerningspersonen. Uttalelsen lyder: «...en Mangel paa positiv Kundskab om vedkommende Omstændighed kan da ialfald ei diskutere, naar Angjældende ved, at den er sandsynlig, og har besluttet uden Hensyn hertil at udføre sin plan».³² Andorsen mener denne uttalelsen retter seg mot tilleggsvilkåret.³³ Jeg mener den

²⁷ Rt-1991-600

²⁸ Rt-2004-1565

²⁹ Rt-2004-1769

³⁰ Rt-2013-789

³¹ S.K.M s.58

³² S.K.M s.63

³³ Andorsen (1996) s.123

nevnte formuleringen i vel så stor grad kan tolkes som en henvisning til grunnvilkåret jfr. «...naar angjeldende ved, at den er sandsynlig...». Ordet «ved» peker på gjerningspersonens viten. Og gjerningspersonen vet ingenting om den hypotetiske forutsetning i tilleggsvilkåret, men kun om den innsette muligheten.

Uttalelsene i Høyesterett indikerer imidlertid ikke etter mitt syn at muligheten må ha fremstått som sannsynlig. Hadde intensjonen vært at bare den sannsynlige mulighet skulle omfattes, hadde det vært naturlig at dette ble uttrykt ved betegnelser som «nærliggende mulighet» og «sannsynlig mulighet». Også uttalelser i teorien understøtter synspunktet om at muligheten må være praktisk, men heller ikke mer. Andenæs hevder at følgen må ha «fremstilt seg som mer eller mindre *mulig* for gjerningsmannen»,³⁴ mens Bratholm mener at risikoen for at følgen skal inntre «*ikke er helt minimal*». ³⁵ Stigen mener at en hvilken som helst mulighet for overtredelse i prinsippet vil være nok, med forbehold om at muligheten det er verdt å regne med.³⁶ Det er nærliggende å lese disse formuleringene som en avgrensning mot de helt upraktiske og usannsynlige følgene. Særlig Stigens formulering «verdt å regne med» indikerer dette. Det helt upraktiske og usannsynlige er ikke verdt å regne med. Et annet moment som understøtter at den usannsynlige mulighet ikke bør omfattes, er at det vil være vanskeligere å hevde at gjerningspersonen med vilje forårsaket rettsbruddet hvis følgen fremstod som fjern og usannsynlig. Dette poengteres også av Urbye.³⁷ Har gjerningspersonen ansett følgen som sannsynlig og begår handlingen likevel, kan dette være et sterkt indisium på at han har villet innvilge følgen. Har han derimot ansett følgen som fjern og usannsynlig kan dette være et sterkt indisium på at han ikke har villet innvilge følgen. Jeg skriver at det *kan* være et sterkt indisium. De konkrete omstendigheter kan tilsi en annen vurdering.

Min oppfatning etter dette er at det må kreves en «praktisk mulighet». Muligheten kan ikke være teoretisk og usannsynlig, men trenger heller ikke å ha fremstått som sannsynlig for gjerningspersonen.

Som ellers i forsettslæren er det sentrale å finne frem til hva *gjerningspersonen* har forstått og innsett. Vurderingstemaet for mulighet må således være hva den aktuelle gjerningspersonen har ansett som en praktisk mulighet. Imidlertid må man, med mindre det foreligger tilståelse fra gjerningspersonen, ta utgangspunkt i de ytre omstendigheter i saken for å finne frem til hva han har tenkt. Det vil da være nærliggende å ta utgangspunkt i hva en alminnelig oppfatning vil være. Hvis allmenheten ikke ville ansett muligheten som praktisk, må

³⁴ Andenæs (2004) s.235

³⁵ Bratholm (1980) s.217

³⁶ Stigen (2010) s.586

³⁷ Urbye (1909) s.18

utgangspunktet være at heller ikke gjerningspersonen innså muligheten. Likevel må man være bevisst på at det kan være omstendigheter ved den aktuelle gjerningspersonen, f.eks. særlig kompetanse eller lav intelligens, som gjør at man må justere vurderingen etter dette. Både objektive og subjektive momenter må således tas i betraktning for å klarlegge hva akkurat denne gjerningspersonen har ansett som en praktisk mulighet. Dette illustrerer at skillet mellom «innsett» og «mulighet» er til dels glidende.

En annen problemstilling er om det bør opereres med forskjellig sannsynlighetsterskel for den innsette mulighet ved *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet utover de usannsynlige følger. Ved usannsynlige følger vil det som nevnt ikke kunne statueres *dolus eventualis*.

En grensedragnings som går ut over de usannsynlige følger vil bli svært marginal. Skulle grensedragningen f.eks. blitt avgjort ved praktisering av forskjellige gradsforskjeller av sannsynlighet innenfor begrepet «praktisk», kan det spørres om ikke grensen ville blitt *for* marginal. Forskjellen i sannsynlighetsgrad måtte i så fall avgjøres innenfor rammen av usannsynlige følger, som aldri vil kunne statuere annet enn uaktsomhet, og de mest sannsynlige følger, der sannsynlighetsforsett konstateres. Å skulle operere med et sannsynlighetsskille her vil antakeligvis by på store utfordringer. Vurderingene vil ved slike tilfeller i liten grad kunne basere seg på faste kriterier. De vil således bli svært skjønnsmessige. Dette kan gi utslag i en vilkårlig avgrensning, som igjen kan få store konsekvenser for gjerningspersonen, all den tid strafferammen for forsettlig og uaktsomme handlinger ofte er veldig forskjellig. Også Andorsen hevder at det i praksis vil bli svært vanskelig og subtilt med to ulike sannsynlighetskrav for *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet. Han mener at grensen er den samme, og at dette er rimelig å anta siden *dolus eventualis* danner forsettets nedre grense til bevisst uaktsomhet.³⁸ Teoretisk hevder han derimot at dette kan stille seg annerledes. Han mener at det kan være grunn til å kreve en noe høyere sannsynlighetsgrad ved *dolus eventualis*, på grunn av svakhetene ved denne forsettsformen.³⁹ Senere har Andorsen foreslått at grunnvilkåret kanskje bør strammes opp ved at det må foreligge en «nærliggende mulighet».⁴⁰

Selv om man endrer formuleringen av grunnvilkåret, slik Andorsen foreslår, til kun å gjelde den «nærliggende mulighet», vil grensedragningen mellom hva som utgjør en nærliggende mulighet og kun en praktisk mulighet fortsatt bli svært subtil. Etter min oppfatning vil heller ikke en slik innstramning av vilkåret bøte på eventuelle svakheter ved *dolus eventualis*. Tvert i mot vil det etter mitt syn føre til desto flere komplikasjoner. *Dolus eventualis* reiser i sin

³⁸ Andorsen (1996) s.122-123

³⁹ Andorsen (1996) s.122-123

⁴⁰ Andorsen (2009) s.179-180

nåværende form vanskelige grensedragnings- og bevissspørsmål. En differensiering innad i mulighetsvilkåret vil medføre enda flere marginale grensedragninger med ytterligere bevisutfordringer. Rettssikkerhetsmessige grunner tilsier derfor at en slik differensiering ikke bør gjøres. Etter min oppfatning bør det derfor ikke opereres med en forskjellig sannsynlighetsterskel for hva slags «mulighet» som må foreligge ved *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet.

3.3.2 Tilleggsvilkåret

Tilleggsvilkåret er det andre leddet i *dolus eventualis* vurderingen. Vilkåret går ut på at gjerningsmannen tenker seg hypotetisk at handlingen vil realisere gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen, og at han tar det standpunkt at han ville ha begått gjerningen uansett. Gjerningspersonen innvilger således følgen. Det er dette som er bakgrunnen for betegnelsen *positiv innvilgelsesteori*. I den forbindelse må det nevnes at gjerningspersonen fortsatt må innse muligheten for følgen. Både grunnvilkåret og tilleggsvilkåret må være oppfylt for at forsett skal kunne statuere. Som regel er det ikke grunnvilkåret som har skapt problemer når *dolus eventualis* har blitt anvendt i praksis, men derimot tilleggsvilkåret. Det er tilleggsvilkåret som skiller *dolus eventualis* fra bevisst uaktsomhet. Det er derfor svært viktig at dette blir formulert og anvendt riktig.

Av pedagogiske og systematiske grunner deler jeg behandlingen av tilleggsvilkåret i tre. Jeg vil først behandle det hypotetiske faktum standpunktet om å innvilge følgen må knytte seg til. Denne delen av tilleggsvilkåret benevner jeg den hypotetiske forutsetning. Under den hypotetiske forutsetning reiser det seg spørsmål om gjerningspersonen må ha tenkt hypotetisk at handlingen *sikkert* realiserer gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen, eller om det er tilstrekkelig at han tenker hypotetisk at den *mest sannsynlig* gjør det. Dette er den helt sentrale problemstilling i min behandling av den hypotetiske forutsetning nedenfor. Deretter vil jeg behandle hvilke krav som stilles til beslutning hos gjerningspersonen i henhold til den hypotetiske forutsetningen. Videre vil det bli redegjort for tilleggsvilkåret særlige betydning som avgrensningskriteriet mellom *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet. *Dolus eventualis* utgjør som nevnt forsettets nedre grense. Det er i tilleggsvilkåret man finner det avgjørende avgrensningskriteriet. Imidlertid har anvendelsen av tilleggsvilkåret som avgrensningskriteriet ofte bydd på problemer i praksis. Når hensikten til domstolen har vært å uttrykke *dolus eventualis*, har den mange ganger uttrykt bevisst uaktsomhet isteden. Selv om hvordan *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet forholder seg til hverandre går som en rød tråd gjennom behandlingen av vilkårene, er tilleggsvilkårets særlige rolle som avgrensningskriteriet et så sentralt aspekt av *dolus eventualis*, at det etter min oppfatning bør behandles i et eget punkt.

3.3.2.1 Den hypotetiske forutsetning

Det sentrale spørsmålet ved den hypotetiske forutsetning, er om den omfatter kun de sikre eller også de mest sannsynlige følger. Om den hypotetiske forutsetning skal omfatte kun de sikre eller også de mest sannsynlige følger, er viktig å ta stilling til fordi det påvirker grensedragningen mellom *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet. I tilfeller hvor gjerningspersonen kun har innsett muligheten, men ikke tatt et standpunkt til om han ville ha innvilget følgen, foreligger bevisst uaktsomhet. Det samme gjør det om han innser muligheten, og tar et standpunkt om at han ville gjort det selv om det var *sannsynlig* at følgen skulle inntre. Grensen mellom *sannsynlig* og *mest sannsynlig* går ved 51 %. Åpner man således for at tilleggsvilkåret i *dolus eventualis* skal omfatte de mest sannsynlige følger, kommer man nærmere den bevisste uaktsomhet enn om tilleggsvilkåret kun gjelder de sikre følger. Grensedragningen blir da mer marginal.

I de fleste høyesterettsavgjørelser som behandler temaet, indikerer formuleringene av tilleggsvilkåret at det kun er de sikre følgene som omfattes. Eksempler på slike formuleringer er: «selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge»,⁴¹ «selv om det skulle bli nødvendig med et ran»,⁴² «også om han hadde visst at det narkotiske stoffet var heroin»,⁴³ «selv om noe skulle bli drept»,⁴⁴ «selv om det var skjult 10,44 kilo heroin i bilen».⁴⁵ Høyesterett har riktignok ikke i noen av de nevnte sakene brukt begrepet «sikkert», men derimot brukt ord som «skulle» og «var». Slike ord må i mine øyne anses som synonymer med «sikkert». Det gir liten mening å si at noe «skulle» skje eller at det «var» heroin, hvis meningen med formuleringene også var at de mest sannsynlige følgene skulle omfattes. Isolert sett er ordene «skulle» og «var» for bastante til å skulle beskrive annet enn det sikre.

Høyesterett har i to saker brukt formuleringer hvor det eksplisitt fremgår at tenkt sannsynlighetsovervekt er nok: «selv om skaden med sikkerhet eller mest sannsynlig ville inntre» og «selv om det var sikkert eller mest sannsynlig at hun ville bli hindret av det».⁴⁶ Også i disse avgjørelsene bruker Høyesterett ord som er synonymer med «sikkert» jfr. «ville» inntre. Men ordet «ville» modifiseres ved at formuleringen «sikkert eller mest sannsynlig» settes foran. I disse avgjørelsene sikter «ville» således kun til en hypotetisk situasjon, at noe

⁴¹ Rt-2001-58

⁴² Rt-2005-83

⁴³ Rt-2009-229

⁴⁴ Rt-2009-750

⁴⁵ Rt-2011-747

⁴⁶ Rt-2004-1565 og Rt-2007-1559

«ville» skje. Det forannevnte illustrerer at ord som «skulle», «var» og «ville» har en dobbelt betydning. Den ene betydningen er at slike ord sikter til noe hypotetisk. Den andre betydningen er at de sikter til noe sikkert. Ved høyesterettsavgjørelsene der det ikke eksplisitt uttales noe om sannsynlighetsgraden for følgen i tilleggsvilkåret, må ordene både tolkes som en henvisning til en hypotetisk følge og til at denne er sikker. Ved høyesterettsavgjørelsene der det eksplisitt uttales at både tenkt visshet og tenkt sannsynlighetsovervekt vedrørende følgen omfattes, kan ordene kun tolkes som en henvisning til en hypotetisk følge, og naturligvis ikke også til at denne følgen sikkert skal inntre.

I Rt-1991-600 ble følgende uttalt om *dolus eventualis*:

«Når den positive innvilgelsesteori skal anvendes i praksis, vil det ofte oppstå bevisspørsmål. Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iaktakelse, og det må derfor ofte bygges på slutninger fra omstendighetene ved handlingen. Således kan gjerningsmannen gjennom sin adferd ha lagt for dagen at han har besluttet å foreta handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment *skulle foreligge*...Finner retten det bevist at tiltalte har tatt en slik beslutning, skal retten legge til grunn at det foreligger forsett. Protokollatet av lagmannens rettsbelæring i vår sak stiller oss imidlertid overfor det spørsmål 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* - jeg innskyter at det beror på en uriktig formulering når rettsbelæringen nøyer seg med å kreve sannsynlighet.» [mine kursiveringer]

Etter mitt syn er det det uklart om Høyesterett ved denne beskrivelsen legger til grunn at tenkt sannsynlighetsovervekt er nok. Høyesterett uttaler først at «således kan gjerningsmannen gjennom sin adferd ha lagt for dagen at han har besluttet å foreta handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment *skulle foreligge*». [min kursivering] Denne formuleringen indikerer at kun de sikre følger omfattes jfr. «skulle». Når retten senere omtaler den hypotetiske innvilgelsesteori uttaler den derimot følgende: «...dersom det må anses bevist at han ville ha tatt den om han hadde ansett vedkommende omstendighet *sikker eller overveiende sannsynlig* - jeg innskyter at det beror på en uriktig formulering når rettsbelæringen nøyer seg med å kreve sannsynlighet». [min kursivering] Selv om det ikke var avgjørende for saken blir det fastslått at det ikke er tilstrekkelig med sannsynlighet under 50 %. De lege lata blir det videre direkte uttalt at sannsynlighetsovervekt skal være nok. Riktignok relaterer denne uttalelsen seg til behandlingen av den hypotetiske innvilgelsesteori. Men den avgjørende forskjellen mellom den positive- og den hypotetiske innvilgelsesteori, beror på om gjerningspersonen faktisk *har* tatt en beslutning eller om domstolen vurderer og beslutter at gjerningspersonen *hadde* tatt et standpunkt. Jeg kan derimot ikke se at det skal være noen forskjell mellom de to variantene, vedrørende om den hypotetiske forutsetning skal omfatte kun de sikre eller også de mest sannsynlige følgene. I så fall skulle det ikke være grunn til å utvide straffansvaret til å omfatte sannsynlighetsovervekt kun ved den hypotetiske innvilgelsesteori, med tanke på at denne på grunn av sin fullstendige hypotetiske karakter, er mer kontroversiell enn den positive innvilgelsesteori. Jeg mener således uttalelsen bør tas til

inntekt for at Høyesterett mente at den hypotetiske forutsetning også omfatter de overveiende sannsynlige følger, uavhengig av om det er den positive- eller den hypotetiske innvilgelsesteori som anvendes.

I avgjørelsene som er avsagt etter den nevnte Rt-2007-1559, der det ble lagt til grunn at tenkt sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, har man formulert tilleggsvilkåret som at det kun er de sikre følgene som omfattes. Jeg viser i den forbindelse til avgjørelsene jeg har referert til ovenfor. Høyesterett har ikke i noen av de senere sakene eksplisitt fraveket avgjørelsene der sannsynlighetsovervekt skulle være nok. De har derimot henvist til andre avgjørelser der formuleringen som brukes indikerer at det kun er tenkt sikkerhet som omfattes. Det har ofte blitt vist til Rt.2004 s.1769, der følgende formulering ble brukt:

«Det er ikke 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. Lagmannsretten måtte således ved sin straffutmåling 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 inntil 194 gram - som skulle kjøpes/oppbevares.»

I denne avgjørelsen ble ordet «var» benyttet ved beskrivelsen av følgen. Siden det ikke eksplisitt uttales om det kun er de sikre eller også de mest sannsynlige følgene som omfattes, må formuleringen, som jeg nevnte tidligere, tolkes som en henvisning til både en hypotetisk situasjon og til en sikker følge.

Når ikke Høyesterett i etterkant av avgjørelsene der tenkt sannsynlighetsovervekt skulle være nok eksplisitt har fraveket disse, men likevel utelukkende har brukt formuleringer som indikerer at kun de sikre følgene omfattes, er det vanskelig å trekke sikre slutninger om hva intensjonen til Høyesterett har vært. Kanskje har Høyesterett i stillhet vurdert og fraveket avgjørelsene der tenkt sannsynlighetsovervekt skulle være nok, men latt være å nevne dette. Det er ikke uvanlig at Høyesterett fraviker tidligere praksis gradvis, og derigjennom unngår kontante brudd. Men Høyesterett har stor autoritet og utøver en betydelig påvirkning på rettstilstanden gjennom sin rettsskapende rolle. Var hensikten å fravike avgjørelsene der det ble lagt til grunn at tenkt sannsynlighetsovervekt skulle være nok, ville det derfor vært naturlig å gjøre dette på en tydeligere måte, uten nødvendigvis å være bastant. Videre hadde det vært hensiktsmessig om dette ble gjort i plenumsavgjørelsen i Rt-2009-750. Plenumsavgjørelser har større vekt enn avgjørelser avsagt både i storkammer og avdeling.⁴⁷ Det er således hensiktsmessig å drøfte og løse prinsipielle rettsspørsmål her. Det må i den forbindelse likevel nevnes at problemstillingen ikke var satt på spissen i den nevnte plenumsavgjørelsen. Den har etter hva jeg kan se, heller ikke vært satt på spissen i andre

⁴⁷ Eckhoff (2001) s.178-179

avgjørelser. Det er mulig at dette er grunnen til at problemstillingen ikke har vært, i alle fall eksplisitt, behandlet av Høyesterett.

Vi kan etter det ovenfor nevnte slå fast at Høyesterett har operert med forskjellig sannsynlighetsgrad for den hypotetiske følgen, sikkert og mest sannsynlig, uten at det begrunnes nærmere hvorfor dette gjøres. Hva som skal være gjeldende rett er heller ikke, i hvert fall eksplisitt, klargjort. Jeg vil derfor videre vurdere mulige grunner til at Høyesterett har lagt til grunn forskjellig sannsynlighetsgrad for følgen.

En mulig begrunnelse for at Høyesterett klart og eksplisitt la til grunn at tenkt sannsynlighetsovervekt var tilstrekkelig i Rt-2004-1565 og Rt-2007-1559, er at det på tidspunktet for avsigelse av avgjørelsene forelå et forslag til § 22 c) i den nye straffeloven av 2005. Etter det nevnte lovforslaget skulle tenkt sannsynlighetsovervekt være nok for å statuere *dolus eventualis*.⁴⁸ Når lovgiver i forbindelse med utarbeidelsen av en ny straffelov har kommet med uttalelser i forarbeidene om hvordan *dolus eventualis* skal forstås, er det ikke usannsynlig at dette kan ha påvirket Høyesterett, selv om slike uttalelser riktignok ikke er bindende. Stigen hevder at dette antakeligvis er begrunnelsen for at Høyesterett la til grunn at tenkt sannsynlighetsovervekt skulle være nok i de to avgjørelsene.⁴⁹ Jeg er enig i at dette er en mulighet, og den er etter mitt syn heller ikke urealistisk. Men etter min oppfatning hadde Høyesterett allerede på et tidligere tidspunkt i Rt-1991-600, beskrevet *dolus eventualis* på en måte som ga indikasjoner på at tilleggsvilkåret også omfattet tenkt sannsynlighetsovervekt. Denne avgjørelsen indikerer etter mitt syn at Høyesterett selv har vært inne på tanken om at tenkt sannsynlighetsovervekt skal være nok. Jeg mener derfor at man ikke med sikkerhet kan slå fast at det er det nevnte lovforslaget til § 22 c) i den nye straffeloven, som er grunnen til at Høyesterett i Rt-2004-1565 og Rt-2007-1559 uttalte at også de mest sannsynlige følgene skulle omfattes.

Når det gjelder forarbeidene til den någjeldende straffeloven av 1902, finnes det som påpekt under pkt.3.3.1.2 en uttalelse i motivene til § 42 om *dolus eventualis*, som i følge Andorsen trekker i retning av at sannsynlighetsovervekt omfattes av den hypotetiske forutsetning i tilleggsvilkåret.⁵⁰ Som nevnt mener jeg at denne uttalelsen antakeligvis sikter til grunnvilkåret. For å unngå gjentakelse viser jeg til begrunnelsen min for dette under pkt.3.3.1.2. Det bør imidlertid i denne forbindelse nevnes at formuleringen kun omtaler den *sannsynlige følge*. *Sannsynlig* er noe annet enn *overveiende sannsynlig*. Den *sannsynlige* følge

⁴⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.425-426

⁴⁹ Stigen (2010) s.587

⁵⁰ Andorsen (1996) s.123

er som nevnt i Rt-1991-600, ikke en del av den hypotetiske forutsetning. Dette understøtter at det er grunnvilkåret lovgiver har hatt i tankene.

Videre ble følgende uttalt om *dolus eventualis* i forarbeidene til straffeloven av 1902:

«Af væsentlig betydning vil det her maatte være, om den skyldige kan siges at have acquiesceret ved følgens indtræden eller ikke, d.v.s. om han havde kunnet forudse dens indtræden, dog vilde have handlet paa samme Maade, eller om han har handlet, stolende paa, at en gunstig Skjæbne vilde forskaane ham for den frygtede Følges indtræden.»⁵¹

Av det siterte følger det etter min oppfatning at det kun er de sikre følgene som omfattes jfr. formuleringene «følgens intræden» og «dens indtræden». Begrepet «indtræden» isolert sett, sikter etter en naturlig språklig fortolkning til at noe sikkert skjer. Var hensikten at også de mest sannsynlige følgene skulle omfattes, hadde det vært mer adekvat å velge et annet begrep enn «indtræden». I alle fall burde man modifisert begrepet ved og f.eks. bruke en formulering som «den sikre eller mest sannsynlige indtræden».

Forarbeidene til straffeloven av 1902 er etter mitt syn ikke helt klare, selv om jeg synes de peker i retning av at kun de sikre følgene omfattes. Etter min oppfatning medfører likevel det faktum at de er uklare sammenholdt med at de er over hundre år gamle, at de tillegges begrenset vekt.

Når det gjelder forarbeidene til den nye straffeloven av 2005, står ikke disse i noe formelt forhold til den någjeldende straffelov. Lovgiver har imidlertid kun tatt sikte på å videreføre gjeldende rett i § 22 i den nye loven. Forarbeidene til bestemmelsen kan dermed kaste lys over hva rettsstilstanden er etter någjeldende straffelov. Derfor bør de tas med i vurderingen av hva som er gjeldende rett som etterarbeider til straffeloven av 1902.

I forarbeidene til straffeloven av 2005 ble det som nevnt først foreslått at § 22 c) skulle omfatte både de sikre og mest sannsynlige følger. Det ble antatt at dette var i overenstemmelse med gjeldende rett.⁵² Etter departementets vurdering ville en sondring mellom visshet og sannsynlighetsovervekt gjøre bestemmelsen unødig komplisert og danne grobunn for feiltolkninger.⁵³ Videre ble det fremhevet at når sannsynlighetsforsett omfattet både visshet og sannsynlighetsovervekt, burde også den hypotetiske forutsetningen i *dolus eventualis* omfatte sannsynlighetsovervekt.⁵⁴ Ordlyden i den endelige bestemmelsen i § 22

⁵¹ S.K.M s.58

⁵² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.228

⁵³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.228

⁵⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.425

bokstav c) inneholder derimot ingen alternativ om sannsynlighetsovervekt. I bestemmelsen heter det at «forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet...holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det *skulle* være tilfellet». [min kursivering]

I forbindelse med utarbeidelsen av endringsforslaget til § 22 c) i Ot.prp.nr.22 (2008-2009), uttales det at den endelige ordlyden ikke er ment å utgjøre noen realitetsendring, men utelukkende er ment å gi bestemmelsen en mer hensiktsmessig språklig utforming. Det henvises samtidig til side 424 i det opprinnelige forslaget fra Ot.prp.nr.90 (2003-2004) der det samme nevnes.⁵⁵ Imidlertid omfatter ordlyden til endringsforslaget etter en naturlig språklig fortolkning kun de sikre følger. Dette skaper uklarhet. Riktignok finnes det uttalelser fra straffelovkomiteen i to ulike NOU-er, der det argumenteres for at tilleggsvilkåret kun bør omfatte de sikre følger.⁵⁶ I NOU 1992:23 uttalte straffelovkomiteen at det kan reises tvil om berettigelsen av skyldformen *dolus eventualis*, og at den hypotetiske forutsetningen derfor kun bør omfatte de sikre følger og ikke også de mest sannsynlige. I NOU 2002:4 uttalte mindretallet i straffelovkomiteen, som ønsket å videreføre *dolus eventualis*, at den hypotetiske forutsetning kun burde gjelde de sikre følger. Begrunnelsen var at man ved å akseptere tenkt sannsynlighetsovervekt beveget seg farlig nær den bevisste uaktsomhet. Imidlertid har NOU-er generelt mindre rettskildemessig vekt enn Ot.prp-er. Når det da i Ot.prp.nr.90 legges til grunn at sannsynlighetsovervekt skal være nok, samtidig som det uttales at dette er uttrykk for gjeldende rett, og man senere i Ot.prp.nr.22 ved endringen av ordlyden uttaler at hensikten med denne endringen kun var å gi bestemmelsen en mer hensiktsmessig språklig utforming, og ikke lede til noen realitetsendring, tilsier forarbeidene at både de sikre og de mest sannsynlige følgene omfattes. Problemet er imidlertid at den valgte ordlyden strider i mot det som fremgår av forarbeidene, og således kan tolkes som å gi uttrykk for en realitetsendring.

Situasjonen rundt den nye straffeloven § 22 c) fremstår som rotete. Forarbeidene peker i en retning, og ordlyden i en annen. Stigen hevder at lovgiver må sies å ha gått inn for et krav om tenkt visshet, og at dette må gjelde til tross for departementets uttalelser.⁵⁷ Jeg mener synspunktet har noe for seg, særlig fordi lovgiver ikke i ettertid har forsøkt å endre ordlyden, til tross for at problematikken har vært tatt opp og kritisert flere steder i teorien.⁵⁸

⁵⁵ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.397

⁵⁶ NOU 1992:23 s.118-119, NOU 2002:4 s.225

⁵⁷ Stigen (2010) s.587

⁵⁸ Andorsen (2009) s.177-178, Stigen (2010) s.587, Høivik (2010) s.238-239.

Faktum er uansett at det foreligger motstrid mellom ordlyd og forarbeider. Lovens ordlyd har særlig stor vekt på strafferettens område jfr. legalitetsprinsippet og Grl.§ 96. Det klare utgangspunkt er at ordlyden må gå foran forarbeidene, med mindre motstriden kan tolkes bort. Denne motstriden kan etter mitt syn ikke tolkes bort. Begrepet «skulle» kan ikke tolkes til også å omfatte det mest sannsynlige. Ordlyden må derfor gå foran. Dette betyr at det som fremgår av forarbeidene til straffeloven av 2005, kun kan ha begrenset verdi ved tolkning av rettsstilstanden etter den någjeldende straffelov av 1902. Heller ikke ordlyden i § 22 c) bør det legges særlig vekt på ved tolkningen av någjeldende rett, siden denne strider i mot den uttalte hensikten til lovgiver.

Den juridiske teori virker å være delt i spørsmålet. Noen synes å mene at det kun er de sikre følgene som rammes.⁵⁹ Andre virker derimot å mene at sannsynlighetsovervekt er nok.⁶⁰ Heller ikke i den juridiske teori finner man dermed et klart svar på om det kun er de sikre- eller om også de mest sannsynlige følger omfattes av tilleggsvilkåret.

Når rettsstilstanden er uklar må reelle hensyn vurderes. Et synspunkt som har blitt hevdet av Stigen, er at fornuftsmessige grunner tilsier at tenkt visshet kreves.⁶¹ Begrunnelsen for dette er at når gjerningspersonen er usikker på utfallet av en handling og stiller seg spørsmålet «hva hvis det skjer», må vel dette bety «hva hvis det virkelig skjer» og ikke «hva hvis det er overveiende sannsynlig at det skjer». Det er nok et poeng at gjerningspersonen i dolus eventualis tilfeller, hvor det jo er en forutsetning at han resonnerer, gjerne tenker seg følgen som sikker og ikke overveiende sannsynlig. Dette er nok det mest naturlige å tenke hvis man først foretar et slikt resonnement når gjerningen begås. Synspunkt er således lett å følge. Men om dette er en innvending av vekt for å utelate noe fra en lovregulering, er jeg mer usikker på. Det må i den forbindelse understrekes at Stigen kun hevder at *fornuftsmessige* grunner tilsier at tenkt visshet kreves. Om han også mener at dette er et *argument* for at tenkt sannsynlighetsovervekt bør utelates, er i mine øyne mer uklart, og jeg hevder ikke dette. Uansett reiser et slikt synspunkt interessante spørsmål som kan være nyttige å behandle. Jeg vil derfor drøfte synspunktet nedenfor.

Det er flere hensyn som må tas i betraktning når man lager en lovregel. Et slikt hensyn er konsekvensbetraktninger. I norsk rett har man ved siden av dolus eventualis også hensikts- og sannsynlighetsforsett. Den hypotetiske vurderingen som gjøres i tilleggsvilkåret, og som er avgjørende for om forsett kan statueres, henter momentene sine fra sannsynlighetsforsett.

⁵⁹ Andenæs (2004) s.236, Eskeland (2013) s.296, Røstad (1993) s.132, Mæland (2012) s.176, Stigen (2010) s.587

⁶⁰ Bratholm (1980) s.215, Skeie (1937) s.403, Kjerschow (1930) s.92, Andorsen (2009) s.178

⁶¹ Stigen (2010) s.587

Man kan si det slik at gjerningsmannen har utøvet et tenkt sannsynlighetsforsett. Ved alminnelig sannsynlighetsforsett statueres forsett både ved visshet og overveiende sannsynlighet. Hvis man ved *dolus eventualis* kun skal akseptere visshet ved innvilgelsen, tar man bort noe som er tilstrekkelig for å konstatere forsett vanligvis. Og tanken bak *dolus eventualis* er jo nettopp å utvide straffansvaret til å kunne straffe gjerningspersonen for en beslutning han har tatt, om hvordan han ville handlet i en hypotetisk situasjon. Når gjerningspersonen da vanligvis ville hatt forsett ved å ha ansett følgen som overveiende sannsynlig i gjerningsøyeblikket, taler konsekvensmessige grunner for at dette også bør gjelde når han skal straffes for hva slags innsikt han har hatt om en hypotetisk forutsetning. At det kan virke usannsynlig at noen ville ha tenkt «hva hvis det er overveiende sannsynlig at det skjer» fremfor «hva hvis det sikkert skjer», er ikke etter mitt syn et tungtveiende argument for at sannsynlighetsovervekt ikke skal omfattes av tilleggsvilkåret. Helt usannsynlig er det antakelig heller ikke at slike tilfeller kan oppstå.

Det er også blitt hevdet at et tilleggsvilkår som kun gjelder de sikre følger, er lettere å forene med tanken om at skillet mellom bevisst uaktsomhet og *dolus eventualis* skal reflektere at det er forskjell på å akseptere en risiko og å akseptere en følge.⁶² Aksept av risiko er i høyden uaktsomhet. Synspunktet er at et tilleggsvilkår der sannsynlighetsovervekt omfattes, ikke innebærer en aksept av følgen. Er ikke følgen sikker, men bare mest sannsynlig, er det mer nærliggende å hevde at gjerningspersonen har akseptert en høyere grad av risiko enn at han aksepterte følgen. Skal det gi mening å stille et selvstendig krav om noe mer enn aksept av risiko, bør innvilgelsen dekke noe annet enn å ta en litt høyere risiko. Jeg deler oppfatningen om at det ikke vil være naturlig å si at man har akseptert en følge, når denne ikke er sikker. Da er jeg enig i at man, i hvert fall språklig og logisk, kun har akseptert en større risiko. Jeg mener likevel at dette ikke er et sterkt argument for at sannsynlighetsovervekt bør utelates. Formuleringer som at den forsettlige gjerningsperson har akseptert følgen, mens den uaktsomme gjerningsperson har akseptert risikoen, er kun en måte å prøve å fremstille skille på. Retten skal ikke måtte innordne seg etter slike formuleringer. Det er formuleringene som må innrette seg etter retten. Imidlertid kan det etter mitt syn argumenteres for at formuleringen fortsatt kan brukes for å illustrere skillet. Ved vanlig sannsynlighetsforsett er det tilstrekkelig at gjerningspersonen har ansett følgen som overveiende sannsynlig. Når gjeldende rett er at forsett foreligger i slike tilfeller, kan dette etter min oppfatning tas til inntekt for et synspunkt om at følgen – og ikke bare risikoen – rettslig sett må sies å være akseptert, selv om den bare har fremstått som overveiende sannsynlig for gjerningspersonen. Synspunktet bør kunne ha overføringsverdi til den hypotetiske forutsetning i tilleggsvilkåret i *dolus eventualis*, som henter momentene sine fra sannsynlighetsforsettet.

⁶² Høivik (2010) s.236

Som nevnt ble det i forarbeidene til straffeloven av 2005 argumentert for at den hypotetiske forutsetning kun burde gjelde de sikre følger.⁶³ Synspunktet var at man ved å akseptere sannsynlighetsovervekt beveget seg farlig nær den bevisste uaktsomhet. Jeg er enig i at man beveger seg nær den bevisste uaktsomhet ved *dolus eventualis*. Men det gjør man også om den hypotetiske forutsetning kun gjelder de sikre følger. Logiske grunner tilsier derfor ikke at kun de sikre følgene bør omfattes. Jeg vil anta at man ved et slikt synspunkt først og fremst har hatt bevismessige hensyn og rettssikkerhetsmessige betraktninger for øye. Jeg er enig i at dette må tas i betraktning. Men jeg er derimot ikke enig i at bevishensyn og rettssikkerhetsbetraktninger bør stå i veien for at også sannsynlighetsovervekt skal omfattes. Klarer ikke påtalemyndigheten å bevise ut over en hver rimelig tvil at tiltalte har tenkt på følgen som sikker, kan ikke *dolus eventualis* konstateres. Det samme må selvsagt gjelde ved sannsynlighetsovervekt. Det må bevises ut over en hver rimelig tvil at tiltalte har tenkt hypotetisk at følgen mest sannsynlig inntreffer. Men klarer påtalemyndigheten dette, synes jeg det er mer betenkelig å rubrisere handlingen som bevisst uaktsom og ikke forsettlig, all den tid sannsynlighetsforsett, som *dolus eventualis* henter momentene sine fra, er en del av norsk rett.

Det ble som nevnt også uttalt i forarbeidene at det kan reises tvil om *berettigelsen* av skyldformen *dolus eventualis*, og at den hypotetiske forutsetningen derfor kun bør omfatte de sikre følger og ikke også de mest sannsynlige.⁶⁴ Etter mitt syn bør ikke et argument om *berettigelsen* av skyldformen tillegges særlig vekt. Når man har valgt å åpne for *dolus eventualis* i den någjeldende straffelov, betyr jo dette at man har ansett skyldformen som mer berettiget enn uberettiget. Berettigelsen av skyldformen er derfor ikke noe godt argument i seg selv for at kun de sikre følgene bør omfattes.

Videre er det som jeg ovenfor har vært inne på flere ganger ved vanlig sannsynlighetsforsett tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Når lovgiver så har valgt å gå et skritt videre å straffe gjerningspersonen - ikke for hva han har tenkt om de faktiske omstendigheter - men hva han har tenkt om en hypotetisk forutsetning, har jeg vanskelig for å finne vektige grunner for at ikke det tilsvarende skal gjelde her. Tenkt visshet og tenkt sannsynlighetsovervekt *bør* således etter mitt syn omfattes av tilleggsvilkåret i *dolus eventualis*. Rettstilstanden må som nevnt anses uavklart, men jeg er imidlertid også av den formening at både tenkt visshet og tenkt sannsynlighetsovervekt *er* omfattet av tilleggsvilkåret etter gjeldende rett.

⁶³ NOU 2002:4 s.225

⁶⁴ NOU 1992:23 s.118-119

3.3.2.2 *Beslutningen om å innvilge følgen*

Ovenfor har jeg behandlet hvilke følger som inngår i tilleggsvilkåret, og konkludert med at både de sikre og de mest sannsynlige etter min oppfatning omfattes etter gjeldende rett. Når gjerningsmannen har tenkt seg følgen som hypotetisk sikker eller overveiende sannsynlig, og besluttet å begå den straffbare handlingen uansett, blir neste spørsmål hvilke krav som må stilles til denne beslutningen.

Når det stilles krav om et standpunkt fra gjerningspersonen til den hypotetiske forutsetning, må det selvfølgelig foreligge en bevissthet hos gjerningspersonen som gjør det mulig å ta et slikt standpunkt. En beskrivelse av bevissthetsgraden som må foreligge hos gjerningsperson ble gjort i Rt-1991-600.

«Således kan gjerningsmannen gjennom sin adferd ha lagt for dagen at han har besluttet å foreta handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge. En slik beslutning kan nok anses tatt selv om avgjørelsestemaet *ikke har fremstått helt klart* i gjerningsmannens bevissthet. Finner retten det bevist at tiltalte har tatt en slik beslutning, skal retten legge til grunn at det foreligger forsett.»[min kursivering]

Ved uttalelsen om at avgjørelsestemaet ikke må ha fremstått helt klart i gjerningsmannens bevissthet, sikter retten til det som har fått betegnelsen *sløret forsett*.⁶⁵ Det kreves ikke en klar bevissthet hvor gjerningspersonen regner i sannsynlighetsprosenter. En halvklar bevissthet er nok.⁶⁶ Og i langt mindre grad kreves det at gjerningspersonen har noen klar bevissthet om eller innsikt i de enkelte ledd i dolus eventualis-resonnementet.⁶⁷

At en vag og halvklar bevissthet skal være tilstrekkelig for å konstatere forsett kan umiddelbart synes problematisk ved en konstruksjon som dolus eventualis som fordrer en resonerende gjerningsperson. Begrepene «vag» og «halvklar» er tøyelige begreper med uklare grenser. Vil det være mulig å foreta et dolus eventualis resonnement med en «vag» og «halvklar» bevissthet om dette? Jeg synes likevel ikke man skal overvurdere betydningen av disse problemstillingene i forbindelse med dolus eventualis. At dolus eventualis fordrer en resonerende gjerningsperson gjør ikke denne forsettsformen unik. Også ved hensiktsforsett og sannsynlighetsforsett må gjerningspersonen resonnere. Alle valg og beslutninger man tar, er basert på et eller flere resonnementer. Begrepet resonnement er ikke ensbetydende med at man rolig og behersket med klare tanker setter seg grundig inn i et forhold. Et resonnement kan skje hurtig og overfladisk, uten at man nødvendigvis må ha hatt en klar oppfatning og formening om hva man tenkte og besluttet. Mange hverdagslige valg gjøres nettopp slik.

⁶⁵ Rt-2011-1104

⁶⁶ Andenæs (2004) s.240

⁶⁷ Andorsen (2009) s.163

Resonnementet ved *dolus eventualis* blir riktignok annerledes enn ved de andre forsettsformene fordi det er todelt. Gjerningspersonen må resonnerer seg frem til en innsett mulighet for følgen, samtidig som han må foreta et resonnement om hva han ville gjort om denne sikkert eller mest sannsynlig skulle inntre. Et slikt resonnement kan høres avansert ut, og man kan få inntrykk av at dette fordrer en stor grad av klarhet og bevissthet i gjerningspersonens tankeprosess. Etter mitt syn gjør det ikke det. Dette kan illustreres med følgende eksempel: Narkotikakurere som leverer fra seg bagen til sikkerhetskontroll med noe han vet er narkotika, innser rett før han overleverer bagen at den kanskje inneholder heroin. Samtidig sier han til seg selv at han trenger pengene, og at han ville gjort det selv om det sikkert eller mest sannsynlig skulle være heroin. Denne tankeprosessen er i seg selv ikke særlig komplisert. Det må etter mitt syn være fullt mulig å foreta et slikt resonnement hurtig, uten at man har en helt klar oppfatning og formening om sine egne tanker.

Det kan riktignok virke sært at en gjerningsperson som kun har innsett muligheten for følgen, samtidig har tenkt hypotetisk at følgen sikkert eller mest sannsynlig skulle inntre, for deretter å ta et standpunkt om at han ville gjort det uansett. Men det er en annen diskusjon. *Dolus eventualis*-resonnementet i seg selv, er ikke særlig vanskelig. Antakeligvis er det vel så vanskelig å hevde at en gjerningsperson f.eks. har ansett noe som overveiende sannsynlig med en vag og halvklar bevissthet, i situasjoner hvor han har handlet på impuls ved f.eks. et spontant slag etter en fornærmelse. Anvendelsen av det slørede forsett medfører derfor etter mitt syn ikke større utfordringer ved *dolus eventualis* enn ved de andre forsettsformer. Riktignok kan det diskuteres om betegnelsen *sløret forsett* og hva den innebærer bør utgjøre en del av forsettslæren. Det kan stilles spørsmål ved om man da ikke lempet på kravene til hva som må foreligge av bevissthet og vilje hos en forsettlig gjerningsperson, for å gjøre det enklere å bevise forsett. Men dette blir en annen diskusjon det ikke er plass til å gjøre i denne oppgaven.

Et annet spørsmål er om *dolus eventualis* kan statueres ved *bevisst uvitenhet*. Ved *dolus eventualis* vil det alltid foreligge uvitenhet hos gjerningspersonen. Han har ikke annet enn innsikt i den mulige følgen. Uvitenheten kan både være bevisst og ubevisst. Med bevisst uvitenhet menes at gjerningspersonen bevisst har holdt seg uvitende om omstendigheter rundt handlingen. Narkotikakurere har for eksempel med viten og vilje holdt seg uvitende om hva han innfører. Det er slått fast i rettspraksis at bevisst uvitenhet ikke fritar for konstatering av *dolus eventualis*. I Rt-2001-58 ble følgende uttalt:

«Hvor gjerningspersonen bevisst har latt være å skaffe seg opplysninger for ikke å gå glipp av unnskyldningen 'god tro', snakker man om bevisst uvitenhet.»

Etter min oppfatning er det uklart om Høyesterett med dette har ment at bevisst uvitenhet bare foreligger når formålet har vært å kunne påberope «god tro». Antakeligvis er det ikke slik det er ment fra Høyesteretts side. Høyesterett har nok ment at intensjonen med å holde seg bevisst uvitende noen ganger kan være for å ikke gå glipp av unnskyldningen «god tro», uten at dette betyr at bevisst uvitenhet ikke kan foreligge i andre tilfeller. Hensiktsmessighetsgrunner tilsier at det avgjørende må være at gjerningspersonen har valgt å holde seg uvitende, og ikke hva formålet med å holde seg uvitende har vært. Videre ble følgende uttalt:

«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.»

Denne uttalelsen er etter mitt syn upresis. Formuleringen «...har regnet med muligheten av resultatet, og som han ved å foreta handlingen legger for dagen at han har akseptert...» kan tolkes som at det kun er muligheten for følgen gjerningspersonen har akseptert, og ikke at følgen sikkert eller mest sannsynlig inntreffer. Tolkes formuleringen slik, er jeg i så fall enig i at bevisst uvitenhet i flere tilfeller kan tas til inntekt for at gjerningspersonen har innsett muligheten for følgen, og at han ved å begå handlingen må hevdes å ha akseptert denne mulighet. Men ved en slik tolkning er kun grunnvilkåret oppfylt. Da kan bevisst uaktsomhet statueres, men ikke *dolus eventualis*. Vurderingen kan stille seg annerledes i forbindelse med tilleggsvilkåret, hvor gjerningspersonen må holde følgen som sikker eller overveiende sannsynlig. Her vil det etter min oppfatning være mindre rom for å operere med presumsjoner basert på bevisst uvitenhet. Den bevisste uvitenhet trenger ikke nødvendigvis å si noe om hvilke standpunkt gjerningspersonen har tatt til en hypotetisk forutsetning om at følgen sikkert eller mest sannsynlig inntreffer. Den trenger heller ikke si noe om at han har tatt et slikt standpunkt overhodet. Motivasjonen for å holde seg bevisst uvitende kan være ulik fra individ til individ. Det kan f.eks. være at gjerningspersonen har innsett muligheten for at det er heroin han smugler. Han vil likevel ikke vite mer, fordi han ikke hadde turt å gjøre det hvis han visste eller anså det som mest sannsynlig at det var heroin. Det kan også være at gjerningspersonen har holdt seg bevisst uvitende fordi han er likegyldig. Og en likegyldig gjerningsperson som ikke har foretatt et *dolus eventualis* resonnement, kan ikke straffes etter *dolus eventualis*. Han kan kun straffes for bevisst uaktsomhet. Når Høyesterett hevder at det på generelt grunnlag ved bevisst uvitenhet ofte kan foreligge en sterk bevispresumsjon for at gjerningspersonen ville begått handlingen hvis han anså følgen som sikker eller overveiende sannsynlig, er dette for bastant etter mitt syn. Jeg mener man med fordel kunne moderert «ofte kan» til «kan». Dette ville i mine øyne bedre fått frem at vurderingen er åpen og nyansert, og at det kan være mange ulike grunner for at gjerningspersonen har valgt å holde seg bevisst uvitende.

Også i teorien forfektes et annet synspunkt enn det Høyesterett har anført. I dansk rettsteori hevder Ross at *dolus eventualis* kun kan statueres ved bevisst uvitenhet hvis gjerningspersonen unnlater å søke opplysning om det relevante faktum fordi han er likegyldig.⁶⁸ Hvis gjerningspersonen derimot ønsker å forbli i uvitenhet fordi han overfor seg selv og andre vil kunne hevde at han ikke visste noe, anfører Ross at dette ønske om god samvittighet kan tas som tegn på at han ikke ville handlet hvis det ikke var noen mulighet for å være i god tro. Da foreligger etter Ross's syn ikke *dolus eventualis*.⁶⁹ Ross uttaler videre at den som ønsker å bevare en slags god samvittighet, og i hvert fall unngå straffansvar, utvilsomt handler i håpet om at det kriminaliserende moment ikke foreligger. Jeg er bare delvis enig i disse betraktningene. Jeg er enig i at bevisst uvitenhet på grunn av likegyldighet til faktum kan gi indikasjoner på at gjerningspersonen har bestemt seg for å begå handlingen uansett om han da skulle innvilge følgen. Men et synspunkt om at den som har holdt seg bevisst uvitende på grunn av et ønske om god samvittighet ikke skal kunne straffes etter *dolus eventualis*, mener jeg kan nyanseres. Hvis en gjerningsperson har holdt seg bevisst uvitende fordi han ønsker å bevare en slags god samvittighet, er jeg enig i at dette *kan* tas til inntekt for at han ikke ville begått handlingen hvis følgen sikkert eller mest sannsynlig skulle inntre. Men selv om samvittighetsgrunner har vært avgjørende for valget om å holde seg bevisst uvitende, trenger ikke dette nødvendigvis å bety at gjerningspersonen ikke har tatt et standpunkt om å foreta handlingen selv om han skulle innvilge følgen. En alminnelig oppfatning er at man ofte vil ha en bedre samvittighet om man ikke vet enn om man vet. Dette vil nok også gjelde i tilfeller hvor man har tenkt at man vil begå handlingen uansett hva dette måtte innebære, men hvor man ønsker å vite så lite som mulig for å slippe den ekstra belastningen det er og faktisk vite. Samvittighet er ingen fast størrelse. Den finnes i ulike grader. Det må derfor etter min oppfatning være mulig å bevare en «slags god samvittighet», som Ross uttaler det,⁷⁰ ved å holde seg bevisst uvitende, men samtidig ta et standpunkt om at man ville begått handlingen uansett.

Synspunktet om at den som har ønsket å bevare en god samvittighet utvilsomt har håpet at det kriminaliserende gjerningsmoment ikke foreligger kan også problematiseres. Helt innledningsvis vil jeg nevne at ordet «håp» etter mitt syn ikke er hensiktsmessig å bruke for å avgjøre om *dolus eventualis* foreligger eller ikke. Dette kommer jeg tilbake til under pkt. 3.3.2.3. Samvittighet er som nevnt ingen fast størrelse. Den mest samvittighetsfulle, i form av den mest aktsomme og forsiktige personen, ville aldri begått handlingen hvis han da ville innvilget følgen. Han «håper» selvsagt at han ikke vil innvilge følgen. Den minst samvittighetsfulle, den likegyldige gjerningspersonen, ville derimot aldri nølt med å begå

⁶⁸ Ross (1974) s.72

⁶⁹ Ross (1974) s.72

⁷⁰ Ross (1974) s.72

handlingen selv om han ville innvilget følgen. Han har ikke noe «håp» om at følgen ikke skal inntre. Mellom disse to ytterpunktene vil mennesker operere med ulike grader av samvittighet. Grunnen til at gjerningspersonen velger å holde seg i bevisst uvitenhet, kan som nevnt være fordi belastningen med og faktisk vite vil tyngre samvittigheten i for stor grad. Selv om han ikke kan bevare samvittigheten til det fulle og hele fordi han begår handlingen, ønsker han i alle fall å bevare det han kan av samvittighet. Dette er etter min oppfatning ikke ensbetydende med at gjerningspersonen «håper» at han ikke vil innvilge følgen. Narkotikakurieren kan f.eks. være i en desperat situasjon hvor han er nødt for å tjene mest mulig penger og ta store sjanser, samtidig som han fordømmer sin egen adferd. Den pengelense familiefaren, som kanskje også har mottatt trusler mot både ham selv og familien, har bestemt seg for og gjennomføre og akseptere det han blir bedt om. Samtidig orker han ikke å vite og å ta innover seg hva det faktisk er han gjør, fordi dette helt vil ødelegge samvittigheten hans. I et slikt tilfelle mener jeg gjerningspersonen har ønsket å bevare «en slags god samvittighet», uten at han har noe «håp» om at følgen ikke skal inntre. Jeg er derfor ikke enig i at den som har holdt seg bevisst uvitende av samvittighetsgrunner aldri skal kunne oppfylle vilkårene i *dolus eventualis*.

Ross nevner også at den som holder seg bevisst uvitende av ønske om å unngå straffansvar, utvilsomt har et håp om at det kriminaliserende moment ikke foreligger. Dette er jeg ikke enig i. Heller ikke den som ønsker å unngå straffansvar trenger nødvendigvis å ha et håp om at det kriminaliserende moment ikke foreligger. Han kan tvert i mot håpe at det kriminaliserende moment foreligger, f.eks. at det er heroin han smugler, fordi dette vil gi ham bedre betalt og gjøre han mer ettertraktet for senere oppdrag. Han ønsker likevel ikke å vite om det er heroin, fordi han med uvitenheten håper å oppnå mildere straff eller ingen straff hvis han skulle bli tatt, altså påberope seg god tro. Dette gjør nødvendigvis ikke handlingen mindre straffverdig. Men det illustrerer at synspunktene til Ross etter min oppfatning er mulig å nyansere.

I den nevnte avgjørelsen fra Rt-2001-58 ble det gjort en svært viktig presisering:

«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 forsettlig handling, må det finnes bevist at han har tatt en beslutning om å gjennomføre handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge.»

Denne uttalelsen setter det hele på plass. Det fremgår at bevisst uvitenhet kan indikere at vilkårene i *dolus eventualis* er oppfylt. Bevisst uvitenhet kan derimot aldri alene fastslå *dolus eventualis*. Det må fortsatt bevises at gjerningspersonen har oppfylt både grunnvilkåret og tilleggsvilkåret. Imidlertid risikerer man at dette kan komme i bakgrunnen hvis man opererer med presumsjoner basert på den bevisste uvitenhet. Etter min oppfatning bør det derfor utvises forsiktighet med å danne klare presumsjoner om at gjerningspersonen har oppfylt vilkårene i *dolus eventualis*, alene basert på at han var bevisst uvitende. Det kan være mange

grunner til at gjerningspersonen valgte å holde seg bevisst uvitende. Rettsanvenderen bør derfor ha en åpen tilnærming til hva man kan utlede av den bevisste uvitenhet.

Basert på det jeg har drøftet kan det legges til grunn at det i gjerningspersonens bevissthet positivt må være aktivert en beslutning om å ville innvilge den hypotetiske følgen. I rettspraksis er dette formulert på ulike måter. I Rt-2004-1769 formuleres kravet til beslutning som at gjerningspersonen «bevisst hadde tatt det standpunkt». I Rt-2003-118 og Rt-2004-1565 benyttes formuleringen «hadde bestemt seg», og i Rt-2011-1219 brukes formuleringene «valgt å handle» og «positivt besluttet seg for». Noen realitetsforskjell mellom formuleringene er det neppe. Det sentrale er at retten får frem at det ble foretatt en bevisst beslutning fra gjerningspersonen om at han ville begå handlingen selv om følgen skulle inntre. Det er dette som er den positive innvilgelse. Dette er helt avgjørende å få frem når tilleggsvilkåret skal formuleres. Bommer man her risikerer man å beskrive noe annet enn den positive innvilgelsesteori. Dette skjedde bl.a. i lagmannsrettsavgjørelsen som var anket til Høyesterett Rt-1984-875. Dolus eventualis ble her formulert på følgende måte:

«Det foreligger også forsett hvis tiltalte ville ha foretatt handlingen selv om han hadde visst eller var klar over at pengene skulle brukes til innkjøp av narkotika. Det er da en forutsetning at muligheten for at pengene ville bli brukt til kjøp av narkotika, hadde vært fremme i tiltaltes bevissthet.»

Høyesterett uttalte at det var nærliggende å anta at flere ord var falt ut, og at formuleringen var så vidt ufullstendig og vanskelig tilgjengelig at lagretten ikke hadde hatt et forsvarlig grunnlag for sin avgjørelse. Lagmannsrettsavgjørelsen ble dermed opphevet for en av de tiltalte. Det nevnes ikke spesifikt om den nevnte rettsbelæringen ga uttrykk for den hypotetiske innvilgelsesteori, og om lagmannsrettsavgjørelsen i så fall ble opphevet på grunn av dette. Når Høyesterett uttalte at det var nærliggende at flere ord var falt ut og at formuleringen var ufullstendig, indikerer dette imidlertid at Høyesterett mente det manglet en formulering av et standpunkt fra gjerningspersonen til den hypotetiske forutsetning. Det er i alle fall kun i forbindelse med den positive innvilgelse at formuleringen fremstår som mangelfull og ufullstendig. Den hypotetiske innvilgelsesteori er riktig og fullstendig beskrevet, det mangler ingen ord her. Etter mitt syn er det derfor nærliggende å anta at Høyesterett opphevet avgjørelsen fordi lagmannsretten ikke hadde formulert noen positiv innvilgelse fra gjerningspersonen. Jeg mener uansett at lagmannsrettsavgjørelsen kan tolkes som å gi uttrykk for den hypotetiske innvilgelsesteori jfr. formuleringen «...hvis tiltalte *ville ha* foretatt handlingen». [min kursivering]. Ved den positive innvilgelsesteori måtte formuleringen blitt «*har* tatt det standpunkt å ville foreta handlingen».

I Rt-1991-600 kom den grunnleggende avgjørelsen om dolus eventualis som avklarte rettstilstanden. Lagmannsretten hadde i sin rettsbelæring brukt en lignende formulering som i saken fra Rt-1984-875:

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

Høyesterett mente at denne formuleringen av tilleggsvilkåret ga uttrykk for den hypotetiske innvilgelsesteori. Begrunnelsen for dette ligger i at lagmannsretten hadde brukt formuleringen «ville ha gjennomført». Ved *dolus eventualis* etter den positive innvilgelsesteori er vilkåret at gjerningspersonen *har* villet følgen gjennom sitt standpunkt. Man spør ikke om hva gjerningspersonen *ville ha gjort* hvis han *hadde* tenkt at følgen skulle inntre. Høyesterett avviste samtidig at den hypotetiske innvilgelsesteori var en del av norsk rett.

I Rt-1980-979 aksepterte Høyesterett at lagmannsretten hadde brukt formuleringen «tatt denne følge med på kjøpet» for å beskrive tilleggsvilkåret. At Høyesterett godtok at formuleringen «tatt denne følge med på kjøpet» ble brukt av lagmannsretten, er omdiskutert og til dels kritisert i teorien.⁷¹ Kritikken går ut på at man ved å bruke en slik betegnelse ikke klart nok får frem at gjerningspersonen har akseptert følgen. Betegnelsen kan i vel så stor grad tolkes som at han kun har akseptert risikoen. Og i så fall foreligger kun bevisst uaktsomhet. Muligens har denne uklarheten spilt inn i Høyesteretts forståelse av *dolus eventualis* i den nevnte avgjørelse. Høyesterett uttalte følgende:

«Så vidt skjønnes er uttalelsen basert på det som blir kalt den positive innvilgelsesteori. Den gir uttrykk for at det som minst må til for fellelse, er at de domfelte har skutt til tross for at de regnet med muligheten for treff og død, og har akseptert denne mulighet.»

Det gjengitte sitatet gir uttrykk for bevisst uaktsomhet og ikke *dolus eventualis* jfr. «akseptert denne mulighet». Høyesterett virker således å ha tolket «tatt denne følge med på kjøpet» som et uttrykk for en akseptert *mulighet* for følgen, mens lagmannsretten med formuleringen antakeligvis har ment å uttrykke at *følgen*, og ikke muligheten, må være akseptert. Dette illustrerer at man må være presis i begrepsbruken når *dolus eventualis* skal formuleres. Er formuleringen tvetydig kan denne fort tolkes på en annen måte enn den er ment. Dette kan få store konsekvenser for den som blir dømt, siden strafferammen for forsettlige og uaktsomme handlinger ofte er markant forskjellig.

Som illustrert ovenfor er tilleggsvilkåret formuleringssårbar. På grunn av den marginale grensen til bevisst uaktsomhet, må man være svært nøye med formuleringsvalg. Ved formuleringen av tilleggsvilkåret har det blitt trådt feil så mange ganger, at rettssikkerheten blir satt på prøve. En konsekvens i begrepsbruken av hva som utgjør en tilfredsstillende

⁷¹ Andenæs (2004) s.237, Andorsen (1996) s.130

beslutning hos gjerningspersonen hadde derfor vært en fordel. Den formuleringen som i mine øyne best beskriver hva som må foreligge hos gjerningsmannen – en beslutning som er positivt aktivert i gjerningsmannens bevissthet – er formuleringen *bevisst har tatt det standpunkt å ville foreta handlingen, selv om følgen sikkert eller mest sannsynlig skulle inntre*. Ved en slik formulering får man for det første frem at det må foreligge en bevissthet hos gjerningspersonen. Dernest får man frem at denne bevisstheten må knytte seg til et standpunkt. Begrepet «standpunkt» er klart og utvetydig, og skulle dermed være godt egnet til å få frem hva gjerningsmannen må ha besluttet i gjerningsøyeblikket. Imidlertid har man valgt formuleringen «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet» i § 22 c) i den nye straffeloven av 2005.

Begrunnelsen til departementet for å kodifisere *dolus eventualis* i lovteksten, var at en slik kodifisering i større grad ville klargjøre hva bevistemaet er.⁷² Jeg deler oppfatningen om at en kodifisering *kan* være hensiktsmessig. Den kan gjøre rettsstilstanden mer forutberegnelig, og i større grad bevisstgjøre rettsanvenderen på hva som må bevises. Betydningen av en kodifisering bør likevel ikke overdrives. Det er en godt innarbeidet oppfatning at *dolus eventualis* utgjør en del av norsk strafferett er. Det skulle således ikke være behov for en kodifisering for å bevisstgjøre rettsanvenderen om at *dolus eventualis* er en del av gjeldende rett. Om det er mer klargjørende med en kodifisering, er heller ikke åpenbart i mine øyne. Det finnes etter hvert en omfattende høyesterettspraksis om *dolus eventualis*. Der finnes både begrunnelse for temaet, uttalelser om avgrensingsproblemene mot bevisst uaktsomhet og eksempler på hvordan bevistemaet skal formuleres. Avgjørelsene vil nok derfor ofte være mer klargjørende enn en kortfattet lovtekst. Særlig når bevistemaet har skapt såpass mye hodebry i praksis, kan det spørres om en kortfattet lovtekst vil skape større forståelse for hva som skal bevises. I så fall må lovteksten uttrykke bevistemaet svært presist og forståelig for rettsanvenderen. Dette vil være utfordrende. I den forbindelse må det nevnes at den valgte formuleringen i straffeloven av 2005 § 22 c) har blitt kritisert.⁷³ Formuleringen er ikke klar, og særlig Andorsen er kritisk til ordlyden.⁷⁴ Han mener denne er direkte i strid med den lovforståelse Høyesterett har gitt uttrykk for, og i tillegg er åpenbart dårligere enn uttrykksmåten i en allerede vedtatt lov. Han er kritisk til at formuleringen i det opprinnelige forslaget til § 22 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 oppfylt» er byttet ut med «Holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet».

⁷² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.118

⁷³ Andorsen (2009) s.177-178

⁷⁴ Andorsen (2009) s.177-178

Når det gjelder påstanden om at ordlyden er direkte i strid med den lovforståelse Høyesterett har lagt til grunn, er jeg ikke nødvendigvis enig i at den *er* direkte i strid. Imidlertid er jeg enig i at den kan *oppfattes* å være i strid med lovforståelsen til Høyesterett. Ordlyden kan tolkes som at gjerningspersonen innser muligheten for følgen, og velger å handle selv om det skulle være *mulig* at følgen skulle inntre. Da foreligger bevisst uaktsomhet. Tolkes ordlyden slik vil den være i strid med den lovforståelse Høyesterett har lagt til grunn. Men det er ikke nærliggende å tolke ordlyden slik, siden lovgiver har hatt til hensikt å beskrive forsett og ikke uaktsomhet. En annen tolkningsmulighet av formuleringen er at den gir uttrykk for at gjerningspersonen har innsett muligheten for følgen, og at han velger å handle selv om følgen skulle inntre. Dette er *dolus eventualis*. Likevel indikerer ordet «skulle» at kun de sikre følgene omfattes. Som nevnt under pkt.3.3.2.1, må det etter min oppfatning anses som usikkert om både de sikre og mest sannsynlige følgene omfattes av tilleggsvilkåret etter gjeldende rett. Etter mitt syn er det likevel nærliggende at begge omfattes, noe også Andorsen mener.⁷⁵ I så fall medfører den valgte ordlyden en innstramning av någjeldende rett, og et brudd med hvordan Høyesterett tidligere har forstått *dolus eventualis*. På den annen side er det fullt mulig å argumentere for at tilleggsvilkåret etter gjeldende rett, kun gjelder de sikre følger. Det er blitt anført i teorien at det gjennom høyesterettsavgjørelsene fra Rt-2009-229, Rt-2009-750 (plenumsdom) og Rt-2009-1014, ble fastslått at kun de sikre følgene omfattes.⁷⁶ Har man en slik oppfatning, er det samsvar mellom den lovforståelse Høyesterett har lagt til grunn, og lovens formulering som kun omfatter de sikre følger.

Hva som utgjør gjeldende rett må som nevnt etter mitt syn anses uavklart. Og når det ikke er klart hva rettsstilstanden er, synes jeg det blir vanskelig å hevde at ordlyden som er valgt *er* direkte i strid med den lovforståelse Høyesterett har lagt til grunn. Imidlertid åpner den for ulike tolkningsmuligheter, bl.a. at den kan tolkes å gi uttrykk for bevisst uaktsomhet. Den åpner således for et tolkningsalternativ som Høyesterett uttrykkelig har avvist flere ganger. Og dette er problematisk. Hensikten var jo nettopp å få klargjort bevismaet i lovteksten for å gjøre rettsanvendelsesprosessen enklere, tryggere og mer effektiv. Den skal være et pedagogisk hjelpemiddel for rettsanvenderen. Jeg er således enig i Andorsens påstand om at den valgte formuleringen er åpenbart dårligere enn det opprinnelige forslaget. Kodifiseringen av *dolus eventualis* i den nye straffeloven kan derfor virke mot sin hensikt.

⁷⁵ Andorsen (1996) s.123

⁷⁶ Høivik (2010) s.235-236

Den fordel den kunne være å kodifisere *dolus eventualis* i lovteksten, har som vist i liten grad blitt utnyttet av lovgiver. Etter mitt syn bør derfor rettsanvenderen i vel så stor grad som tidligere fortsette å bruke andre rettskilder enn bare loven, når denne trer i kraft.

3.3.2.3 *Grensen nedad mot uaktsomhet – Tilleggsvilkårets særlige betydning som avgrensingskriteriet*

Det er som nevnt tilleggsvilkåret som skiller *dolus eventualis* fra bevisst uaktsomhet. Det er derfor helt avgjørende at dette formuleres og anvendes korrekt. Behandlingen av tilleggsvilkåret har likevel ofte bydd på problemer i praksis, særlig i lagmannsretten, hvorpå avgjørelsene er blitt opphevet av Høyesterett.⁷⁷ Det finnes mange eksempler på lagmansrettsavgjørelser som har blitt opphevet fordi man ikke har drøftet tilleggsvilkåret på en korrekt måte. I noen tilfeller indikerer formuleringsvalget at lagmannsretten ikke har drøftet tilleggsvilkåret overhodet. I LB-1998-1436 ble *dolus eventualis* formulert slik:

«Etter en samlet vurdering av bevisene mener lagmannsretten at det er bevist bortenfor rimelig tvil at B før han åpnet en av bakkdørene der to av pakkene lå, hadde tenkt over muligheten av at det dreide seg om narkotika, innbefattet at det kunne være heroin, men at han likevel fortsatte. De subjektive vilkår for straff foreligger.»

Heller ikke i LF-2004-14341 ble tilleggsvilkåret drøftet:

«A har, da han bestemte seg for å kjøre og fortsette kjøringen, akseptert denne store skaderisiko og likevel valgt å kjøre som han gjorde. Skaden er da påført forsettlig.»

Også i LA-2004-17101 hadde lagmannsretten helt unnlatt å drøfte tilleggsvilkåret:

«Lagmannsretten finner det nærmest utenkelig at domfelte ikke i det minste har innsett muligheten for at det parti hun skulle frakte, var på adskillig mer enn 200 gram. Hun har likevel valgt å gjennomføre oppdraget for å tjene opp de 1000 euro hun skulle motta og som skulle dekke morens reise til Sri Lanka og gaver til hennes sønn der.»

I disse tilfellene har ikke lagmannsretten gjort annet enn å konstatere at gjerningspersonen har innsett muligheten for følgen. Formuleringen fra LF-2004-14341 skiller seg riktignok fra de to andre, ved at vurderingen eksplisitt knyttes opp mot en innsett risiko fremfor en innsett mulighet. Implisitt er det derimot ingen forskjell. Den innsette mulighet for følgen, vil alltid være en innsett risiko for at noe kan skje. Om man velger å formulere grunnvilkåret som en innsett risiko eller en innsett mulighet medfører således ingen realitetsforskjell. Det sentrale ved disse formuleringene er at lagmannsretten ikke har drøftet tilleggsvilkåret og den positive innvilgelse overhodet, selv om man har ment å konstatere forsett i form av *dolus eventualis*.

⁷⁷ Bl.a. Rt-1991-600, Rt-2004-1769 og Rt-2009-750

Lagmannsretten har trodd at den konstaterte forsett, mens den i realiteten konstaterte bevisst uaktsomhet. Avgjørelsene fra LB-1998-1436 og LF-2004-14341 ble ikke anket. Avgjørelsen fra LA-2004-17101 ble derimot påanket, men denne ble forkastet av Kjæremålsutvalget.⁷⁸

I andre avgjørelser har lagmannsretten vist at de har tenkt på at tilleggsvilkåret må innebære en positiv innvilgelse, men derimot formulert denne galt. Dette ble gjort i LA-2008-117350:

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

Høyesterett opphevet avgjørelsen med den begrunnelse at lagmannsretten ved en slik formulering ikke viste at de hadde tatt stilling til om det forelå en positiv innvilgelse.⁷⁹ Jeg er enig i dette. Lagmannsretten viser ved formuleringen «bevisst tatt det standpunkt» at de har tenkt på det ene aspektet av tilleggsvilkåret, at gjerningspersonen må ha tatt et standpunkt. Men de har helt utelatt å knytte dette standpunktet opp i mot det andre aspektet av tilleggsvilkåret, en hypotetisk forutsetning om at følgen sikkert eller mest sannsynlig inntreffer. Standpunktet knyttes opp i mot den innsette mulighet. Da har man beskrevet bevisst uaktsomhet, og ikke dolus eventualis.

Et nyere eksempel fra LB-2014-27294 viser nok en gang at lagmannsretten har problemer i forbindelse med tilleggsvilkåret. Lagmannsretten opphevet tingrettens dom med følgende begrunnelse:

«Det er ikke tilstrekkelig at siktede holdt det for mulig at pengene stammet fra straffbare forhold og likevel valgte å utføre betalingene. Tingretten måtte også finne det bevisst at siktede bevisst tok det standpunkt at han ville ta imot pengene og overføre dem videre selv om han holdt det for mulig at pengene stammet fra straffbare forhold.»

Formuleringen bevisst tok det standpunkt å ville ta imot pengene og overføre dem videre, selv om han holdt det for mulig at pengene stammet fra straffbare forhold, blir feilaktig når man skal statuere dolus eventualis. Det bevisste standpunktet knytter seg i lagmannsrettens resonnement kun til en mulig- og ikke til en sikker eller mest sannsynlig følge. Dette er som nevnt bevisst uaktsomhet og ikke dolus eventualis.

I juridisk teori har grensedragningen vært uttrykt som at den bevisst uaktsomme håper det skal gå bra, mens den som handler med forsett under dolus eventualis ikke har et slikt håp.⁸⁰

⁷⁸ HR-2004-1708-U

⁷⁹ Rt-2009-1014

⁸⁰ Kjerschow (1930) s.92, Ross (1974) s.62

Jeg mener at håp ikke er et hensiktsmessig begrep for å avgjøre om handlingen omfattes av *dolus eventualis* eller bevisst uaktsomhet. Som jeg argumenterte for under pkt.3.3.2.2, er det etter mitt syn mulig å ha et håp om at følgen ikke skal inntre, samtidig som man tar et standpunkt om at man ville begått handlingen selv om følgen skulle inntre. Stigen er av samme oppfatning.⁸¹ Von Hippel, som regnes for å være den som har utformet den *positive innvilgelsesteori*, hevder at det må foreligge to vilkår hvis man skal operere med «håp» som avgrensningskriteriet.⁸² For det første må det foreligge et håp om at følgen ikke inntre. Videre må dette håpet ha vært avgjørende for at han foretok handlingen. Ross hevder at det andre vilkåret i Von Hippels formel er helt avgjørende. Hvis håpet kun er et ønske uten noen funksjon i gjerningspersonens beslutningsprosess, savnes enhver grunn til å tillegge håpets forekomst noen betydning for handlingens kriminalistiske eller moralske vurdering.⁸³ Jeg er enig med Ross i dette. Skal man bruke «håp» som avgrensningskriteriet, må det brukes slik som i Von Hippels formel. Det må være snakk om et slags «kvalifisert håp» med andre ord. Dette bør også reflekteres i formuleringen hvis man skal bruke «håp» som avgrensningskriteriet.

Skillet mellom *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet har også vært uttrykt som at den uaktsomme handler «...i tillid til, at risikoen ikke realiseres».⁸⁴ Som illustrert under pkt.3.2, virker også forarbeidene til straffeloven av 1902 å operere med dette skillet.⁸⁵ Etter min oppfatning er ikke dette treffende. Den som handler i tillitt til at risikoen *faktisk* ikke realiseres, kan likevel ha tatt et standpunkt om at han ville ha gjort det selv om følgen sikkert eller mest sannsynlig skulle inntre. Narkotikakureren er desperat etter et bedre liv, og har bestemt seg for å gjøre hva som helst for å oppnå dette. Men han ser helst at muligheten for den innsette følgen ikke inntre, f.eks. at det er 2 kg. heroin han smugler, fordi konsekvensene ved å bli tatt vil være enorme. Han har også fått forsikring fra bakmannen om at det ikke er heroin han smugler, og stoler på dette. Da handler gjerningspersonen etter mitt syn i tillitt til at det skal gå bra. Men dette betyr nødvendigvis ikke at handlingen er mindre straffverdig.

Stigen hevder også at det ikke er treffende å uttrykke forskjellen som at den uaktsomme «setter sin lit til' at det skal gå bra».⁸⁶ Begrunnelsen hans er derimot at den som ikke setter sin lit til at det skal gå bra, ikke nødvendigvis har innvilget følgen, slik dette vilkåret forstås i norsk rett. Han nevner som eksempel at den likegyldige gjerningspersonen ikke kan sies å

⁸¹ Stigen (2010) s.593

⁸² Ross (1974) s.62

⁸³ Ross (1974) s.62

⁸⁴ Hurwitz (1971) s.232

⁸⁵ S.K.M s.58

⁸⁶ Stigen (2010) s.593-594

sette sin lit til at det skal gå bra, men vedkommende behøver heller ikke å ha positivt innvilget overtredelsen. Dette er jeg enig i. Men han mener også at den som setter sin lit til at det skal gå bra aldri vil innvilge følgen. Som jeg har argumentert for ovenfor er jeg av en annen oppfatning.

Min oppfatning er at formuleringer som «håp» og «handle i tillit til/sette sin lit til» bør unngås helt. Ordet «håp» er tøyelig og upresist. Det utgjør dermed ikke noe klart avgrensningskriteriet. Man må altså som Ross hevder stille et tilleggskrav om at dette håpet har vært avgjørende for handlingen. Å lage en formulering om et kvalifisert håp synes i mine øyne unødvendig tungvint, og er egnet til å skape forvirring i et tema som allerede er utfordrende nok som det er. Fraser som «handle i tillitt til/sette sin lit til» er heller ikke i mine øyne tilstrekkelig presise som avgrensningskriteriet. Tilstedeværelsen av «tillitt/lit» utelukker ikke nødvendigvis en positiv innvilgelse. Fraværet av «tillitt/lit» er på den annen side ikke ensbetydende med en positiv innvilgelse. Begrepene illustrerer således ikke grensedragningen mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet på en logisk, klar og presis måte. Det er den positive innvilgelsen som skiller dolus eventualis og bevisst uaktsomhet. Det er tilstedeværelsen eller fraværet av denne som avgjør hvordan handlingen rubriseres. Derfor bør etter mitt syn ethvert forsøk på å formulere grensedragningen fokusere på dette, og ikke fokusere på fraværet eller tilstedeværelsen av andre tankeprosesser i gjerningspersonens hode.

4 Hvordan bevise dolus eventualis?

Det avgjørende for om dolus eventualis kan statueres, må som for de andre forsettsformene være bevisførselen i saken. Selv om det er gjerningspersonens subjektive oppfatning forsettsvurderingen må knyttes opp mot, er et felles kjennetegn for forsettsformene at ingen av dem kan være gjenstand for en umiddelbar objektiv konstatering. Hvis det ikke foreligger tilståelse fra gjerningspersonen må man som regel trekke slutninger fra de ytre omstendigheter rundt handlingen, til hva som har foregått i gjerningspersonens hode i gjerningsøyeblikket.⁸⁷

Likevel kommer man ikke bort i fra at bevistemaet er annerledes ved dolus eventualis enn ved de andre formene for forsett. Ved dolus eventualis skal det bevises at gjerningspersonen har tatt en beslutning om å foreta handlingen under en hypotetisk forutsetning. Ved de andre forsettsformene knyttes bevisene ikke til gjerningspersonens vilje vedrørende en hypotetisk forutsetning, men til hans vilje vedrørende hva han har oppfattet som de faktisk foreliggende omstendigheter. Hvordan gjerningspersonen har handlet i en bestemt situasjon kan ofte

⁸⁷ Rt-1991-600

fortelle mye om hva han har tenkt og villet i akkurat denne situasjonen. Når beslutningsgrunnlaget derimot er en hypotetisk forutsetning, blir utledningen om hva gjerningspersonen har tenkt og villet mer usikker, fordi det er begrenset hva man kan utlede fra en persons handling i en situasjon, til hvordan han har tenkt å ville handle i en annen situasjon. Og gjøre noe er som kjent noe ganske annet enn å tenke noe.

Når man skal ta stilling til om *dolus eventualis* skal kunne statueres vil man derfor i en del tilfeller måtte ta flere momenter i betraktning. Et relevant moment vil være om gjerningspersonen erkjente en relativt stor sannsynlighet for følgen. Høyesterett uttalte i Rt-1980-979 at bevisvurderingen og kravet om overbevisning involverer en vurdering «av hvor nær eller fjern muligheten for skadefølgen vil måtte fremstille seg». Dette er naturlig. Har gjerningspersonen ansett muligheten som usannsynlig, vil det generelt være vanskeligere å bevise at han har tatt et standpunkt om å begå handlingen selv om følgen sikkert eller mest sannsynlig skulle inntre. Har han derimot ansett den som sannsynlig, kan dette gi indikasjoner på at han har tatt et standpunkt om at han også vil begå handlingen selv om følgen da skulle bli innvilget.

Andre momenter er om gjerningspersonen har opptrådt særlig hensynsløst eller vist stor besluttsomhet. En hensynsløs handling kan gi indikasjoner på at gjerningspersonen har tatt et standpunkt om å begå handlingen selv om følgen sikkert eller mest sannsynlig skulle inntre. En hensynsløs gjerningsperson bryr seg jo ikke om hva konsekvensene av handlingen vil bli. Motsatt vil en mer «hensynsfull» handling kunne indikere at gjerningspersonen ikke har tatt et standpunkt om å begå handlingen, hvis han da skulle innvilge følgen. Stor grad av besluttsomhet vil også kunne tilsi at gjerningspersonen har innvilget følgen. At slike momenter kan være relevante illustreres i Rt-2005-83. Domfelte ble her dømt for ran med uforsettlig dødsfølge. Høyesterett viste til at lagmannsretten hadde funnet det bevist at domfelte hadde vært med på å ta en øks fra en bod i naboeiendommen, benytte den da han og kameraten brøt seg inn i fornærmedes bolig og ta den med videre inn i huset. Videre hadde han forsett med 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. Den fornærmede ble ranet og drept på en særdeles brutal måte, hvorpå domfelte fullstendig neglisjerte fornærmede, og fortsatte å lete etter verdigjenstander for så å ta flere av disse med seg. Det skal uansett sies at lagmannsretten helt hadde unnlatt å behandle grunnvilkåret – den gikk rett på tilleggsvilkåret. Avgjørelsen kunne derfor ha vært opphevet.

Rene impulshandlinger vil nok på den annen side ofte kunne si mindre om det forelå en positiv innvilgelse fra gjerningspersonen i handlingsøyeblikket. Hvis impulshandlingen i tillegg er begått i sinne, frykt eller nervøsitet, vil en positiv innvilgelse gjennomgående være

vanskeligere å bevise, fordi det vil være mindre nærliggende at gjerningspersonen i slike tilfeller har foretatt et *dolus eventualis* resonnement, selv om det ikke er umulig.

Gjerningspersonen kan også ha hatt en særlig stor interesse i å foreta handlingen. En gjerningsperson med en særlig stor interesse i å begå handlingen, vil ofte ha en større motivasjon til å gjøre det uansett om følgen skulle inntre. Avgjørelsen fra LE-2006-111075 illustrerer at dette kan være et relevant moment i bevisvurderingen. I avgjørelsen hadde gjerningspersonen narkogjeld han måtte betale. For å få tak i penger til dette ga han tre beroligende tabletter til sin bestemor, og tok deretter et bankkort fra lommeboken hennes for å ta ut penger for å dekke gjelden. Gjerningsmannens særlige interesse i å få tak i pengene, ble trukket inn i vurderingen av om *dolus eventualis* forelå etter strl.§ 229, i forbindelse med neddoping av bestemoren. Det ble konkludert med at *dolus eventualis* forelå.

Et annet relevant moment er om gjerningspersonen forsøkte å forebygge overtredelsen. Har gjerningspersonen forsøkt å forebygge følgen, er dette et sterkt indisium på at han ikke har villet følgen, og at han således ikke har foretatt noen positiv innvilgelse. I Rt-2009-750 hadde gjerningspersonen på forhånd foretatt en rekognosering av et hus der gardinene var trukket for og det var helt mørkt. Samtidig hadde han kjent på panseret til bilen som stod utenfor huset i oppkjørselen, og merket at panseret var kaldt. Han hadde således foretatt undersøkelser i forkant for å forsikre seg om at huset var tomt. Han ble likevel dømt i lagmannsretten, fordi den mente at han med rekognoseringen i det minste hadde innsett muligheten for at det oppholdt seg mennesker i huset. Når han likevel besluttet å skyte, mente retten at han måtte dømmes for forsøk på drap. Avgjørelsen ble imidlertid opphevet av Høyesterett, fordi lagmannsretten hadde beskrevet bevisst uaktsomhet. Høyesterett uttalte også at rekognoseringen på forhånd for å finne ut av om det var folk i huset, var vanskelig å forene med at gjerningspersonen bevisst tok et standpunkt om å skyte selv om noen skulle bli drept. Dette kan jeg slutte meg til. Det kan bemerkes at resultatet ved ny behandling av saken i lagmannsretten, resulterte i frifinnelse vedrørende tiltalen som gjaldt forsøk på drap.⁸⁸

De nevnte momentene illustrert i de ulike avgjørelsene, viser at andre momenter enn bare handlingen i en del tilfeller vil bli trukket inn i vurderingen av om *dolus eventualis* foreligger, og gjerne da i forbindelse med om gjerningspersonen har innvilget følgen. Også ved de andre forsettsformene vil andre momenter enn bare handlingen kunne være relevante, men her vil man som nevnt ofte i stor grad kunne utlede av handlingen selv at gjerningspersonen handlet forsettlig. Man vil f.eks. med tilnærmet sikkerhet kunne fastslå at den som går inn i en butikk og tar med seg ting derfra i en bag, har hatt «hensikt» om å bortta en gjenstand som tilhører en

⁸⁸ LB-2009-107968

annen. Videre vil man også med tilnærmet sikkerhet kunne fastslå at den som slår og sparker en person mot hodet, har forstått at dette «mest sannsynlig» kom til å skade vedkommende. At man med tilnærmet sikkerhet skal kunne fastslå at en narkotikakurer, som jo er det mest vanlige tilfellet der *dolus eventualis* anvendes, har innsett muligheten for at det f.eks. er heroin han smugler, og bestemt seg for å gjøre det uansett om det sikkert eller mest sannsynlig skulle være heroin, må etter min oppfatning ofte være vanskelig bare ved å vurdere handlingen isolert. Andre momenter må nødvendigvis derfor i mange tilfeller trekkes inn, for at man med tilnærmet sikkerhet skal kunne fastslå at gjerningspersonen har foretatt et *dolus eventualis* resonnement.

5 Avsluttende betraktninger

Jeg skrev innledningsvis at *dolus eventualis* er kontroversielt og vanskelig håndterlig. Det mener jeg også etter å ha skrevet denne oppgaven. Det kan anføres gode grunner for *dolus eventualis*, og det kan anføres gode grunner mot en slik skyldform. Min oppfatning etter å ha skrevet denne oppgaven, er at det vil være behov for en skyldform som verken er sannsynlighetsforsett eller bevisst uaktsomhet. Dette gjelder særlig ved narkotikaforbrytelser. Imidlertid mener jeg at tilleggsvilkåret om innvilgelsen av en hypotetisk følge er problematisk å anvende som en avgjørende bestanddel i en skyldform. Det virker noe urealistisk at gjerningspersoner skal ha foretatt et slikt resonnement i gjerningsøyeblikket. Videre fremstår det på meg som vanskeligere å bevise en slik tankeprosess enn å bevise tankeprosessene ved de andre forsettstypene. Dette kan medføre at man konstruerer en skyld som ikke forelå, og at beviskravene i realiteten blir senket for å få rubrisert handlingen som forsettlig. Jeg mener derfor man bør være åpen for å vurdere andre alternativer som avgrensning mellom forsett og uaktsomhet. Hvordan slike alternativer bør utformes, og om disse vil være mer hensiktsmessige enn *dolus eventualis*, blir det imidlertid ikke plass til å gå inn på i denne oppgaven.

6 Litteraturliste

Litteratur:

- Andenæs Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. ved Matningsdal og Rieber-Mohn. Oslo, 2004.
- Andersen Andersen, Kjell V. *Dolus eventualis*. Jussens venner (1996) s.116-135 (sitert fra Lovdata)
- Andersen Andersen, Kjell V. *Dolus eventualis-tolv år etter*. Jussens venner (2009) s.155-180 (sitert fra Lovdata)
- Bratholm Bratholm, Anders *Strafferett og samfunn*. Oslo, 1980
- Eckhoff Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo, 2001
- Eskeland Eskeland, Ståle *Strafferett*. 3.utg. Oslo, 2013
- Hurwitz Hurwitz, Stefan *Den danske kriminalrett almindelig del*. 4. reviderede udgave ved Knud Waaben. København, 1971
- Høivik Høivik, Knut. *Dolus eventualis i norsk rett-har vi den nå? Liber amicorum et amicorum Karin Cornils-Glimt af nordisk straffrätt og straffeprosessrett*, 1.utg.ved Thomas Elholm, Vagn Greve, Peter Asp, Ragnheidur Bragadottir, Dan Frände og Asbjørn Strandbakken, s.231-242, København. (2010)
- Kjerschow Kjerschow, Per *Straffeloven med kommentar og tillegg*. Oslo, 1930
- Mæland Mæland, Hernry John *Norsk alminnelig strafferett*. Bergen. 2012
- Ross Ross, Alf *Forbrydelse og straf analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del*. København, 1974
- Røstad Røstad, Helge *Innkast i straffefeltet utvalgte emner i strafferett*. Oslo, 1993
- Skeie Skeie, Jon *Den norske strafferett*. Første bind. 2. utg. Oslo, 1946
- Stigen Stigen, Jo. *Forsettets nedre grense-dolus eventualis eller hva?* Tidsskrift for rettsvitenskap (2010) s.573-636 (sitert fra Lovdata)

Doms- og kjennelsesregister:

Høyesterett:

Rt-1980-979

Rt-1984-875

Rt-1991-600

Rt-1999-757

Rt-2001-58

HR-2004-1708-U

Rt-2004-1565

Rt-2004-1769

Rt-2005-83

Rt-2007-1559

Rt-2009-229

Rt-2009-750

Rt-2009-1014

Rt-2011-747

Rt-2011-1104

Rt-2011-1110

Rt-2011-1219

Rt-2013-789

Lagmannsrett:

LB-1998-1436

LF-2004-14341

LA-2004-17101

LE-2006-111075

LA-2008-117350

LB-2009-107968

LB-2014-27294

Lover:

1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

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

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1985 nr.25

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

Forarbeider:

S.K.M Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge (S.K.M), II. Motiver, Kristiania, 1896

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

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

NOU 2002:4 Ny straffelov
Straffelovkommisjonens delutredning VII

Ot.prp.nr.90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp.nr.22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Nettsider:

Universitetet i Oslo i samarbeid med Språkrådet. *Bokmålsordboka* (2010).

<http://www.nob-ordbok.uio.no/perl/ordbok.cgi?OPP=innsett&bokmaal=+&ordbok=bokmaal>

[Sisert 27/09 2014]

Kommentarutgaver.no *Kommentarutgave straffeprosessloven*.

http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/straffeprosessloven?id=para_362

[sisert 28.10.2014]

