

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Bevis for skyld i straffesaker

– særlig om beviskravet

Kandidatnummer: 814

Leveringsfrist: 25.04.2017

Antall ord: 17012



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>TEMA, METODE OG BEGREPSAVKLARING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Hovedspørsmål, avgrensninger og opplegg .....	1
1.2	Rettslig metode.....	2
1.3	Begrepsavklaring – beviskrav og bevisbyrde.....	2
<b>2</b>	<b>SKYLD SOM STRAFFBARHETS BETINGELSE.....</b>	<b>4</b>
2.1	Tema, avgrensninger og opplegg .....	4
2.2	Subjektiv skyld.....	5
2.2.1	Skyldkravet .....	5
2.2.2	Forsettskravet .....	5
<b>3</b>	<b>BEVISKRAVET FOR SKYLD.....</b>	<b>10</b>
3.1	Tema, avgrensninger og opplegg .....	10
3.2	Beviskravets rettskildemessige grunnlag .....	10
3.2.1	Norsk rett – Grunnloven § 96 .....	10
3.2.2	EMK – krav til styrke om bevisene .....	12
3.2.3	Lovfesting av beviskravet i formell lov .....	14
3.3	Beviskravets rekkevidde og terskel i straffesaker .....	14
3.3.1	Beviskravet- og regelens innhold.....	14
3.3.2	Presisering av beviskravet.....	17
3.4	Oppsummering og konklusjon .....	18
<b>4</b>	<b>OM Å BEVISE SKYLD.....</b>	<b>19</b>
4.1	Tema, avgrensninger og opplegg .....	19
4.2	Faktabegrepets innhold .....	19
4.3	Ytre fenomener som grunnlag for slutninger om subjektive forhold.....	20
4.4	Utfordringene knyttet til slutninger fra ytre fenomener og som grunnlag for påstander om subjektive forhold .....	21
4.4.1	Erfaringssetningsbaserte slutninger - erfaringssetninger .....	22
4.4.2	Usikkerhet .....	23
4.5	Forsett etterspør indre fenomener .....	26
4.5.1	Epistemiske kriterier .....	27
4.5.2	Usikkerhet .....	28
4.5.3	Særskilte begrunnelseskrav for slutninger om indre fenomener.....	29
4.6	Oppsummering og konklusjon .....	31

<b>5</b>	<b>STRATEGIER FOR Å LEGGE TIL RETTE FOR BEVISBARHET .....</b>	<b>32</b>
5.1	Tema, avgrensninger og opplegg .....	32
5.2	Finnes det grunnlag for et senket beviskrav for subjektive forhold? .....	32
5.3	Lovtekst legger føringer for hva som skal til for å bevise skyld.....	37
5.3.1	Tema, avgrensninger og opplegg.....	37
5.3.2	Hvilke ytre fenomener må foreligge for slutninger om fullbyrdelsesforsett?....	37
5.4	Uaktsomhetsansvaret som strategi for å legge til rette for bevisbarhet.....	40
5.4.1	Tema, avgrensninger og opplegg.....	40
5.4.2	Grov uaktsom voldtekt.....	40
5.4.3	Uaktsomt heleri – straffeloven § 335.....	43
5.4.4	Virkninger av å innføre uaktsomhetsansvar.....	47
5.5	Sløret forsett som strategi for å legge til rette for bevisbarhet .....	48
5.6	Endring av dolus eventualis – rimeligere grunnlag for slutning .....	48
5.7	Oppsummering og konklusjon .....	48
<b>6</b>	<b>AVSLUTTENDE OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....</b>	<b>50</b>
<b>7</b>	<b>KILDER.....</b>	<b>51</b>
7.1	Litteraturliste .....	51
7.2	Høyesterettspraksis.....	55
7.3	Underrettspraksis.....	55
7.4	Lov- og forarbeidsregister .....	56
7.5	Internasjonale konvensjoner.....	58
7.6	Internasjonal rettspraksis.....	58
7.7	Andre offentlige dokumenter .....	58

# **1 Tema, metode og begrepsavklaring**

## **1.1 Hovedspørsmål, avgrensninger og opplegg**

Temaet for denne avhandlingen er krav til bevis for subjektiv skyld i straffesaker.

Hovedspørsmålet er om det i norsk strafferett gjelder lavere beviskrav for subjektive enn for objektive forhold. I tillegg vil det undersøkes hvilke strategier lovgiver, domstolen og andre rettsanvendere tar i bruk, for å legge til rette for muligheten til å bevise subjektive forhold, tilknyttet beviskravet i strafferetten.

Avhandlingen omhandler skyld i snever forstand, og drøftelsen avgrenses således mot tilregnelighet som subjektiv straffbarhetsbetingelse. I punkt 5.2 vil det imidlertid trekkes en parallell til tilregnelighet i drøftelsen om det gjelder et lavere beviskrav for subjektive forhold. Videre avgrenses drøftelsen til skyldkravet *forsett* som subjektiv straffbarhetsbetingelse, ettersom det er det særskilte subjektive ved forsettet som er oppgavens undersøkelsesobjekt.

I punkt 1 redegjøres det for avhandlingens tema og hovedspørsmål, hvilken metode avhandlingen anvender og en begrepsavklaring. I punkt 2 redegjøres det kort for skyldkravet og lovens rettslige utgangspunkt for subjektiv skyld - forsett. I punkt 3 redegjøres det for beviskravets rettslige grunnlag i norsk rett tilknyttet skyld, og om regelens rekkevidde og terskel. I punkt 4 redegjøres det for hvordan man beviser skyld og det undersøkes hva som er grunnlaget for slutninger om subjektive forhold. Det redegjøres videre for innholdet i utfordringene tilknyttet slutninger og bevis om subjektive forhold. I punkt 5 redegjøres det for utvalgte strategier som legger til rette for bevis om subjektive forhold. Punkt 3, 4 og 5 utgjør avhandlingens hoveddel og hvert punkt inneholder en kort oppsummering og konklusjon på punktets delspørsmål. Avslutningen i punkt 6 gir en kort helhetlig oppsummering og en konklusjon på avhandlingens overordnede hovedspørsmål.

## 1.2 Rettslig metode

Avhandlingen vil i de rettslig tematiserte eksemplene ta utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. Med juridisk metode siktes det til hvordan jurister flest går frem når de fastsetter rettsreglers innhold. Det kan nok skje på ulike måter avhengig av institusjon, person og situasjon, men grovt sett går det ut på, at man ut fra relevante rettskilder klargjør et informasjonsgrunnlag og deretter slutter seg frem til innholdet av regelen. For beviskravet på strafferettens område gjelder det særlige forhold at kravet inntil nylig ikke var lovgitt i norsk rett. Samtidig er det i rettspraksis gitt uttrykk for at terskelen ikke er den samme for alle straffbarhetsbetingelser - det er således særlig praksis det må sees hen til.<sup>1</sup> Videre har grunnlovsreformen i 2014 betydning for rettsgrunnlaget og metoden for angivelsen av beviskravet i straffesaker.<sup>2</sup>

Avhandlingen skal undersøke bevissthetsstørrelser som omfattes av forsett og hvordan slike bevises. Undersøkelsen forutsetter bruk av en annen metode enn den tradisjonelle juridiske metoden. For disse spørsmålene vil avhandlingen benytte seg av metoden Løvlie beskriver: For å klargjøre disse vil det tas utgangspunkt i bevisteoretiske fremstillinger som særlig tematiserer bevissthetsstørrelser - det gjøres ved å se på hvordan slike passer inn i verdensbildet. I tilknytning til skyldkravet forsett må forutsetningene for faktabegrepet klargjøres slik at de kan fastsettes så presist så mulig.<sup>3</sup>

## 1.3 Begrepsavklaring – beviskrav og bevisbyrde

Betegnelsen beviskrav «... brukes generelt om det som kreves av bevisene for at et påstått faktum skal legges til grunn»<sup>4</sup> - forutsatt at bevisene skal bevise et faktum, og altså ikke ett eller flere vilkår i en rettsregel. Beviskravet gjelder forholdet mellom bevissituasjon og faktum, i motsetning til rettsanvendelsen, som gjelder forholdet mellom faktum og rettsregel.<sup>5</sup> Beviskravet knytter seg vanligvis til et krav om samlet bevisverdi, altså bevisverdien knyttet til bevissituasjonen som helhet. Samlet bevisverdi blir tradisjonelt assosiert med en sannsynlighetsgrad. Dette innebærer at bevisbedømmeren først tar stilling til hvor høy sannsynlighet bevisene gir for det påståtte faktum, og deretter sammenholder denne med beviskravet. Dersom sannsynlighetsgraden som stammer fra bevisbedømmeren er minst like høy som den sannsynlighetsgraden som utgjør beviskravet, skal det påståtte faktum legges til

---

<sup>1</sup> Se nærmere punkt 5.2.

<sup>2</sup> Se nærmere punkt 3.2.1.

<sup>3</sup> Løvlie (2014) s. 19-20.

<sup>4</sup> Kolflaath (2011) s. 139.

<sup>5</sup> Kolflaath (2008) s. 159.

grunn:<sup>6</sup> «Eit beviskrav er ei juridisk norm som fastset kva som i det minste må til for at vedkomande faktum skal reknast for bevist.»<sup>7</sup>

Uttrykket bevisbyrde benyttes med ulikt innhold. Uttrykket har vært gjenstand for omfattende diskusjon i strafferettsteorien. Noen ganger brukes det for å angi kravet til bevisets styrke, andre ganger for å angi hvem av partene som har bevisføringsplikten. Begrepsbruken har ikke vært konsekvent. Tvetydigheten kan begrunnes i at det kan være vanskelig å trekke et skarpt skille mellom kravet til bevisets styrke og hvem av partene som har bevisføringsplikten.<sup>8</sup> Den mest utbredte bruken av de ulike uttrykkene finner man blant annet hos Backer som beskriver innholdet slik:

«Et *beviskrav* angir hvilke kriterier resultatet av bevisvurderingen må oppfylle for at retten skal legge det til grunn. *Bevisbyrden* – tvilsrisikoen – angir hvem eller hva tvil om beviskravet er oppfylt, skal gå ut over.»<sup>9</sup>

I teorien sondres det mellom den subjektive og den objektive bevisbyrde. Den subjektive bevisbyrde angir hvem av partene som må gjøre noe for å kunne vinne frem med sitt krav eller å bevise sin uskyld, under sakens gang vil den subjektive bevisbyrde kunne slås frem og tilbake mellom partene. I norsk strafferett er det for øvrig påtalemyndigheten, med få unntak, som har bevisføringsplikten. Det fremgår ikke uttrykkelig av loven, men er et gammelt og hevdvunnet prinsipp. Begrunnelsen for prinsippet er at det fra et samfunnsmessig perspektiv vil være en betydelig større ulykke at en uskyldig blir domfelt enn at en skyldig går fri.<sup>10</sup>

I avhandlingens fremstilling sikter begrepet beviskrav til den objektive bevisbyrde - de regler som angir hvor høy grad av sannsynlighet det må være for en kjensgjerning for at den skal kunne legges til grunn for en rettslig avgjørelse.<sup>11</sup> Avhandlingen sikter til regelens innhold og styrke, og ikke til hvem av partene som har bevisføringsplikten.

---

<sup>6</sup> Kolflaath (2011) s. 139.

<sup>7</sup> Nygaard (2002) s. 44.

<sup>8</sup> Strandbakken (2003) s. 49.

<sup>9</sup> Backer (2015) s. 306 (Backers kursivering).

<sup>10</sup> Andenæs (2014) s. 160.

<sup>11</sup> Hov (2007) s. 349.

## 2 Skyld som straffbarhetsbetingelse

### 2.1 Tema, avgrensninger og opplegg

Avhandlingen avgrenses til det subjektive skyldkravet forsett. I avgjørelser om bevis for skyld er ført, kan det som det fremgikk i punkt 1.3, sondres mellom to ledd: Hvor høy grad av sannsynlighet kreves for domfellelse? Og hvor høy grad av sannsynlighet foreligger i sakens tilfelle? Første ledd er et spørsmål om tolkning av loven, andre ledd gjelder den konkrete bevisvurdering. I praksis vil det være vanskelig å holde de to leddene adskilt: «... de vil flyte sammen i et helhetsskjønn over om det foreligger tilstrekkelig grunnlag for en fellende dom.»<sup>12</sup>

Et rettslig eksempel på den flytende sammenhengen er endringen i skyldkravet for tyveri. I straffeloven<sup>13</sup> 1902 § 257 krevde straffebudet vinnings hensikt, kravet er ikke videreført i gjeldende straffelov der det er nok med vinnings forsett, jf. straffeloven<sup>14</sup> § 321 første ledd. I forarbeidene sier departementet at «... [e]n slik endring vil innebære både en lovteknisk forenkling og en forenkling av bevistemaet under skyldspørsmålet for de aktuelle lovovertredselsene.» I denne sammenheng ble det uttalt at retten ofte konstaterer vinnings hensikt uten nærmere drøftelse fordi: «... skyldkravet ofte er uproblematisk, men er nok innimellom også utslag av at kravet er vanskelig å håndtere og drøfte fordi man har få holdepunkter å drøfte ut fra.»<sup>15</sup>

Det er altså en viktig indre sammenheng mellom det materielle rettsvilkåret, bevistemaet og beviskravet. Rettsvilkåret viser hvilket rettsfaktum som er relevant, og det det relevante rettsfaktum avgjør rammen for bevistemaet.<sup>16</sup>

For å påvise den faktiske terskelen for beviskravet ved subjektive forhold, må man gå nærmere inn på det subjektive vilkåret for skyld, vilkårets utfordringer til bevis, og man må se på hvilke betingelser som kan påvirke innholdet og terskelen i beviskravet i straffesaker.<sup>17</sup> Redegjørelsen vil utgjøre det rettslige bakteppe for avhandlingens hovedspørsmål.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> Andenæs (2014) s. 161.

<sup>13</sup> Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 (opphevet, heretter straffeloven 1902).

<sup>14</sup> Straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (heretter straffeloven eller strl.).

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 279.

<sup>16</sup> Nygaard (2002) s. 44.

<sup>17</sup> Se punkt 3.5.

<sup>18</sup> Se punkt 1.1.

## 2.2 Subjektiv skyld

### 2.2.1 Skyldkravet

Begrepet skyld og skyldkravet bygger på to forutsetninger:

«[F]or det første ... om at den enkelte er ansvarlig for sine handlinger, fordi en handling er uttrykk for et valg mellom handlingsalternativer. For det andre bygger den på en forutsetning om at den enkelte kan *bebreides* hvis han velger å handle i samsvar med gjerningsinnholdet i et straffebud.»<sup>19</sup>

Det er sikker rett at bebreidelsen knyttet til handlingsvalget kun kan ilegges dersom skylden forelå *da han handlet* - skylden må foreligge i *handlingsøyeblikket*. Kunnskap eller mangel på kunnskap er i seg selv ikke noe grunnlag for bebreidelse. Det gjerningspersonen bebreides for er at *han handlet i den konkrete situasjonen med de kunnskapene han hadde eller burde hatt*. Skyldkravet oppstiller et krav om tilstrekkelig straffverdighet, og kun de personer som oppfyller kravet rammes. Kravet uttrykkes gjerne ved å si at det gjelder et skyldprinsipp i strafferetten.<sup>20</sup>

### 2.2.2 Forsettskravet

#### 2.2.2.1 Lovens rettslige utgangspunkt

I norsk rett er det oppstilt kumulative betingelser for straffbarhet. Ved siden av den objektive overtredelse av et straffebud, fravær av straffrihetsgrunner og tilregnelighet hos gjerningspersonen, kreves det subjektiv skyld.<sup>21</sup> Straffelovgivningen rammer bare forsettlige lovbrudd med mindre annet er bestemt, jf. strl. § 21. Ved overtredelse av straffeloven er hovedregelen forsett, og av spesiallovgivningen som regel uaktsomhet.<sup>22</sup>

Forsett er definert i strl. § 22 første ledd med utgangspunkt i tre mulige former, jf. bokstav a-c. Definisjonene i bestemmelsen tar sikte på å klargjøre spørsmålet om hvilken bevissthet eller forestilling gjerningspersonen hadde da han foretok handlingen. Forsett foreligger dersom de faktiske forhold på handlingstidspunktet omfattes av bestemmelsens definisjon. Definisjonen forutsetter at strl. § 14 (lovprinsippet, jf. Grl. § 96, EMK art. 7 og SP art. 15) er oppfylt, ved at det er begått en handling som objektivt dekker gjerningsbeskrivelsen i straffeбудet. Det er naturligvis gjerningspersonens subjektive sannsynlighetsgrad som er

---

<sup>19</sup> Eskeland (2015) s. 274 (Eskelands kursivering).

<sup>20</sup> Eskeland (2015) s. 274 (Eskelands kursivering).

<sup>21</sup> Andenæs (2016) s. 100.

<sup>22</sup> Andenæs (2016) s. 217.



avgjørende ved vurderingen av forsett. Dette følger også av prinsippet om at enhver skal bedømmes ut fra sin egen forståelse av de faktiske forhold, jf. strl. § 25.<sup>23</sup>

#### 2.2.2.2 *Hensiktsforsett*

Først og fremst foreligger forsett når handlingen er tilsiktet, at den er begått med hensikt, jf. første ledd bokstav a. Med hensikt vil si at gjerningspersonen ønsket å fremkalle det påfølgende resultatet ved handlingen. I de tilfeller hvor gjerningspersonen beklager følgen, men den er nødvendig som middel mot et videre mål, gjelder det samme.<sup>24</sup> I forarbeidene er hensiktsforsett beskrevet slik:

«Kjennetegnet på denne typen forsett er at lovbrøyteren ønsker å handle slik at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet blir oppfylt; handlingen er tilsiktet: A skyter mot B fordi han ønsker å ta livet av ham. Bs død er motivet for handlingen. Det er hensikten.»<sup>25</sup>

#### 2.2.2.3 *Sannsynlighetsforsett*

Forsett foreligger også i de tilfeller der handlingen resulterer i en uønsket følge, omstendighet eller en annen utilsiktet del av gjerningsbeskrivelsen, hvis gjerningspersonen har regnet med den som sikker eller mest sannsynlig, jf. strl. § 22 første ledd bokstav b.

I den forbindelse er det relevant å stille spørsmålet om hvor høy grad av sannsynlighet som kreves. Ordlyden «mest sannsynlig», jf. første ledd bokstav b, peker i retning av en overveiende sannsynlighetsgrad – at det er mer sannsynlig at skaden inntreffer enn at den ikke gjør det.<sup>26</sup> Den normale oppfatning er at det kreves mer enn 50 % sannsynlighet.<sup>27</sup> I forarbeidene er sannsynlighetsforsettet beskrevet slik:

«Sannsynlighetsforsettet ... foreligger dersom lovbrøyteren ikke ønsker at handlingen skal oppfylle gjerningsinnholdet i straffebudet, men likevel holder dette som sikkert eller mest sannsynlig. Det er tilstrekkelig at det foreligger mer enn 50 % sannsynlighet.»<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 425.

<sup>24</sup> Andenæs (2016) s. 234.

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 424.

<sup>26</sup> Andenæs (2016) s. 235.

<sup>27</sup> Eskeland (2015) s. 281.

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 425.

I Rt. 1991 s. 600 brukte Høyesterett uttrykket «overveiende sannsynlig» om kravet til sannsynlighetsforsett.<sup>29</sup> I Rt. 2004 s. 363 formulerte Høyesterett sannsynlighetskravet slik: «For at forsett med hensyn til skadefølgen skal anses bevist i en slik situasjon, er det et krav om at domfelte har regnet det for sikkert eller mest sannsynlig at skade kom til å inntreffe.»<sup>30</sup> Oppfatningen er lagt til grunn i senere rettspraksis og det er denne rettsstilstand som er lovfestet i strl. § 22 første ledd bokstav b.<sup>31</sup>

Sannsynlighetsforsettet omfatter også de tilfeller hvor gjerningspersonen handler uten å ha noen klar bevissthet om alle elementer i gjerningsbeskrivelsen, det halvklare slørede forsett, dette er forutsatt i forarbeidene til § 22.<sup>32</sup> Det er også lagt til grunn i Rt. 2011 s. 1104 der Høyesterett uttalte at:

«... Bedømt som edru er det lagt til grunn at tiltalte ville innsett at dødsfølge var mest sannsynlig, men slik at det ikke er krevet noen helt klar tanke om dette. Blant annet kan en stresset og opphisset situasjon være til hinder for en slik klar vurdering. En sløret – noe uklar - oppfatning om sannsynlighetsovervekt for dødsfølge vil være tilstrekkelig. ...»<sup>33</sup>

Lovens forarbeider og uttalelser i Høyesterett viser at sannsynlighetsgraden kan variere, men for at sannsynlighetsforsett skal kunne legges til grunn, må i det minste 51 % sannsynlighet foreligge for at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Videre kan forsett påvises selv om gjerningspersonen ikke har hatt en helt klar oppfatning om at skadefølgen mest sannsynlig vil kunne inntre – sløret forsett.

#### 2.2.2.4 *Dolus eventualis*

Den mest omdiskuterte form for forsett, og hvor det oppstår tvil om hvor grensen skal trekkes nedad mot bevisst uaktsomhet, er *dolus eventualis* (forsett ved mulighet), jf. strl. § 22 første ledd bokstav c. I tilfeller hvor handlingen ikke er gjort med hensikt, og hvor det heller ikke er forutsett som sikkert eller mest sannsynlig, kan det konstateres forsett dersom skadefølgen av handlingen har fremstilt seg som mer eller mindre mulig for gjerningspersonen.

Det er to ulike oppfatninger av *dolus eventualis*. Oppfatningen som er gjeldende i norsk rett antar forsett hvor gjerningspersonen bevisst har ønsket handlingen foretatt selv om den

---

<sup>29</sup> Rt. 1991 s. 600 s. 602.

<sup>30</sup> Rt. 2004 s. 363 avsnitt 9.

<sup>31</sup> Andenæs (2016) s. 236.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426.

<sup>33</sup> Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 18.

uheldige følge skulle inntre, og i sin bevissthet har godtatt følgen, positiv innvilgelse. I forarbeidene til § 22 er første ledd bokstav c omtalt slik:

«Eventuelt forsett har til felles med bevisst uaktsomhet at det bare er en mulighet for at handlingen vil oppfylle gjerningsbeskrivelsen. Å oppfylle gjerningsbeskrivelsen er ikke handlingen, og holdes heller ikke som sikkert eller mest sannsynlig av lovbryteren. Men lovbyteren må bevisst ha bestemt seg for å gjennomføre handlingen selv om den skulle oppfylle gjerningsbeskrivelsen. Lovgiveren har da positivt godtatt (innvilget) at gjerningsbeskrivelsen oppfylles, og det gjør at kravet til forsett er oppfylt.»<sup>34</sup>

Det er et grunnleggende vilkår at gjerningspersonen «holder det for mulig» at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet: «Dersom lovbyteren ikke engang så det som mulig at handlingen kunne oppfylle gjerningsbeskrivelsen, foreligger det ikke eventuelt forsett.»<sup>35</sup> I Rt. 1991 s. 600 omtalte førstvoterende vilkåret slik: «Men også når gjerningsmannen bare har ansett en slik følge som mulig, kan det tenkes å foreligge forsett, såkalt *dolus eventualis*.»<sup>36</sup> I tillegg kreves det at han «velger» *selv om* så skulle være tilfellet, og derved «innvilger» han følgen. Dette valget er et nødvendig vilkår. Det er ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen holder følgen for mulig og deretter handler.<sup>37</sup>

Den hypotetiske innvilgelsesteori innebærer at dommeren må stille seg spørsmål om gjerningspersonen, hvis han hadde regnet med følgen som sikker, likevel ville ha foretatt handlingen - svarer han ja foreligger forsett. Ved denne løsningen avhenger straffbarheten ikke av hva gjerningspersonen faktisk har tenkt, men av hva han ville ha tenkt under visse forutsetninger. I norsk rett er denne løsningen uttrykkelig avvist.<sup>38</sup> I tilknytning til forsettskravet og om lagmannsrettens rettsbelæring uttalte førstvoterende i Rt. 1991 s. 600:

«Det virker lite naturlig at tiltaltes forsett ... skal kunne bedømmes ikke ut fra hva han faktisk har besluttet, men ut fra hva han ville ha besluttet i en hypotetisk situasjon. Jeg kan heller ikke anse en slik oppfatning etablert i rettspraksis.»<sup>39</sup>

For *dolus eventualis* aksepteres og sløret bevissthet. I Rt. 1991 s. 600 uttalte førstvoterende:

---

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426.

<sup>35</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426.

<sup>36</sup> Rt. 1991 s. 600 s. 602.

<sup>37</sup> Andenæs (2016) s. 237-238 (Andenæs' kursivering).

<sup>38</sup> Andenæs (2016) s. 237, se også Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426.

<sup>39</sup> Rt. 1991 s. 600 s. 603.

«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.»<sup>40</sup>

Avgjørelsestemaet må heller ikke for positiv innvilgelse fremstå som helt klart i gjerningspersonens bevissthet. Dette kan muligens anses som en strategi for å legge til rette for bevisbarhet.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Rt. 1991 s. 600 s. 602.

<sup>41</sup> Se nærmere punkt 5.4.

### **3 Beviskravet for skyld**

#### **3.1 Tema, avgrensninger og opplegg**

I dette punktet vil avhandlingen redegjøre for beviskravet i straffesaker. Regelens innhold og terskel er sentralt for avhandlingens hovedspørsmål, og her undersøkes det rettslige utgangspunktet, for å stille spørsmål om det gjelder et lavere beviskrav for subjektive forhold.

I punkt 3.2 redegjøres det for beviskravets rettskildemessige grunnlag i norsk rett, det drøftes hvilke krav som kan utledes av folkerettslige forpliktelser, og det redegjøres kort om forslaget til lovfesting av beviskravet i ny straffeprosesslov. I punkt 3.3 gis en fremstilling av beviskravets rekkevidde og generelle terskel i straffesaker hvor det også finnes eksempler på rettslige presiseringer av kravet.

#### **3.2 Beviskravets rettskildemessige grunnlag**

##### **3.2.1 Norsk rett – Grunnloven § 96**

Uskyldspresumsjonen er konstitusjonelt forankret i Grunnloven § 96 annet ledd<sup>42</sup> og lyder: «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.» Høyesterett har lagt til grunn at § 96 annet ledd: «... grunnlovsfester innholdet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK art. 6 nr. 2.»<sup>43</sup>

Tilregnelighetsutvalget<sup>44</sup> drøftet spørsmålet om det forutsettes å ligge et beviskrav i Grunnloven § 96 annet ledd. Menneskerettighetsutvalgets<sup>45</sup> synspunkt ble vurdert i drøftelsen der de mener at:

«Den foreslåtte formuleringen til ny § 96 annet ledd vil ikke gå lenger enn det som allerede følger av gjeldende rett. Formuleringen vil i stedet oppsummere i én setning de ulike sidene ved uskyldspresumsjonen, herunder særlig at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Slik vil denne enkle setningen kunne bidra til å befeste et særlig viktig rettsstatsprinsipp i Grunnloven.»<sup>46</sup>

Strandbakkens synspunkt ble videre vurdert av Tilregnelighetsutvalget, der han drøftet spørsmålet etter den gamle § 96 i Grunnloven, «Ingen kan straffes uden efter Dom».

---

<sup>42</sup> Grunnloven 17. mai 1814, § 96 annet ledd, inntatt ved grunnlovsreform 13. mai 2014, (heretter Grunnloven eller Grl.).

<sup>43</sup> Rt. 2014 s. 1161 avsnitt 29, se også Rt 2014 s. 1292 avsnitt 14.

<sup>44</sup> Tilregnelighetsutvalget (oppnevnt ved kongelig resolusjon 25. januar 2013).

<sup>45</sup> Menneskerettighetsutvalget (nedsatt av Stortingets presidentskap 18. juni 2009).

<sup>46</sup> Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 130.

Strandbakken tar til ordet for å innfortolke de sider av uskyldspresumsjonen som omhandler bevisbyrden og beviskravet i den rettergangen som må ligge til grunn for at en avgjørelse kan betegnes som en «dom». I den forbindelse påpeker han at: «Grunnlovsbestemmelser som inneholder grunnleggende rettssikkerhetsgarantier er mer enn veiledende, men rekkevidden av dem kan være usikker.»<sup>47</sup> En presiserende formulering av innholdet i kravet vil hensiktsmessig gjøre seg bedre i formell lov på strafferetten- og straffeprosessens område. Strandbakken påpeker videre at: «[u]skyldspresumsjonen som et konstitusjonelt prinsipp, åpner for at prinsippet etter omstendighetene, kan fravikes dersom tungtveiende hensyn tilsier det.»<sup>48</sup>

Tilregnelighetsutvalget påpeker blant annet at ordlyden ikke gir noe entydig svar, og uten å ta endelig stilling til hvilket beviskrav som ligger i Grunnloven § 96, viser utvalget at de er enig i Strandbakkens drøftelse om at prinsippet i Grunnloven kan fravikes:

«... kan utvalget vanskelig se at den nye grunnlovsbestemmelsen vil være til hinder for å senke kravet dersom det finnes gode grunner for det. En eventuell senkning bør nok helst ha støtte i lovgivningen, slik at domstolene ikke står fritt til å avgjøre spørsmålet.»<sup>49</sup>

Presisering av kravets innhold vil altså bli utfordrende å gi uttrykk for i grunnlovsbestemmelsen. Uttalelsene gir uttrykk for at prinsippet i seg selv ikke er til hinder for et senket krav, og er således relevante for avhandlingens hovedspørsmål.<sup>50</sup>

Straffeprosessutvalget<sup>51</sup> uttaler at det strafferettslige beviskravet i lang tid hvilte alene på sedvanerett, men etter grunnlovsendringene i mai 2014 har kravet også forankring i Grunnloven § 96 annet ledd: «Den nye grunnlovsbestemmelsen gir et visst konstitusjonelt vern om det strafferettslige beviskravet, men det nærmere innholdet og rekkevidden av vernet er foreløpig noe usikker.»<sup>52</sup>

Uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 annet ledd inneholder altså det grunnleggende prinsipp at *tvil om faktum skal komme tiltalte til gode*, («*In dubio pro reo*»)<sup>53</sup> Høyesterett har

---

<sup>47</sup> Strandbakken (2003) s. 151.

<sup>48</sup> Strandbakken (2003) s. 152.

<sup>49</sup> NOU 2014:10 s. 180.

<sup>50</sup> Se nærmere punkt 1.1.

<sup>51</sup> Straffeprosessutvalget (oppnevnt ved kongelig resolusjon 20. juni 2014).

<sup>52</sup> NOU 2016:24 s. 263.

<sup>53</sup> Strandbakken (2003) s. 52.

uttalt at: «Prinsippet om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme den tiltalte til gode er en bærebjelke i straffeprosessen ...»<sup>54</sup> Regelen er også uttrykt ved at tiltaltes skyld skal være bevist utover enhver rimelig tvil. Prinsippet bygger på sedvanerett fra langt tilbake i tid og har lenge vært en rettsregel i norsk rett,<sup>55</sup> men ligger altså nå konstitusjonelt forankret i Grunnloven.

I forbindelse kan det nevnes at Tilregnelighetsutvalget har kommet med forslag til endring av ordlyden i Grunnloven § 96 annet ledd.<sup>56</sup> Straffeprosessutvalget har sluttet seg til forslaget som lyder: «Enhver er å anse som uskyldig inntil det motsatte er bevist.» Forslaget har ikke hensikt om å endre innholdet i bestemmelsen, men er først og fremst begrunnet med at «[u]tformingen gir et mer presist uttrykk for det vernet konstitusjonen bør gi og er lettere språklig tilgjengelig».<sup>57</sup>

### 3.2.2 EMK – krav til styrke om bevisene

Uskyldspresumsjonen som prinsipp i Grunnloven må sees i sammenheng med prinsippet slik det uttrykkes i den europeiske menneskerettskonvensjon<sup>58</sup> art. 6 nr. 2. Parallelt følger også prinsippet av art. 14 nr. 2 i den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter.<sup>59</sup> Konvensjonene er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 1 og 3, og har ved motstrid forrang, jf. § 3. EMK og SP har særskilt stilling i norsk straffeprosess, jf. straffeprosessloven § 4.

Formålet til EMK art. 6 nr. 2 er å forhindre at uskyldige personer blir straffet, og å ivareta personers omdømme som har vært under etterforskning eller straffeforfølgning.<sup>60</sup> Med grunnlag i artikkelens ordlyd «until proved guilty», dens formål og EMDs praksis,<sup>61</sup> har Høyesterett lagt til grunn at EMK art. 6 nr. 2 oppstiller et beviskrav i saker om sanksjoner som har karakter av straff etter bestemmelsen.<sup>62</sup> Dommen ble imidlertid avsagt under dissens (3/2), der mindretallet ikke var enig i at bestemmelsen inneholdt et slikt beviskrav.<sup>63</sup>

---

<sup>54</sup> Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14.

<sup>55</sup> Slettan og Øie (2001) s. 25.

<sup>56</sup> NOU 2014:10 s. 196.

<sup>57</sup> NOU 2016:24 s. 265.

<sup>58</sup> The European Convention on Human Rights, Roma 4. november 1950 (heretter EMK).

<sup>59</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (heretter SP).

<sup>60</sup> Løvlie (2014) s. 325.

<sup>61</sup> Barberà, Messegué og Jabardo v. Spania, avsnitt 77 (plenum): «Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused.»

<sup>62</sup> Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 46, se også avsnitt 53-54.

<sup>63</sup> Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 72 og 93-96.

I Rt. 2008 s. 1409 (storkammer) ble det lagt til grunn at EMK art. 6 nr. 2 «... inneholder et krav om styrken til bevisene for at noen skal kunne ilegges en sanksjon som er straff etter konvensjonens artikkel 6.»<sup>64</sup> Førstvoterende konkluderte, etter gjennomgang av flere uttalelser fra EMD, at menneskerettighetsdomstolen implisitt uttrykker et krav til styrken av bevisene.<sup>65</sup> Førstvoterende henviste til Rt. 2007 s. 1217 og bekreftet at EMK art. 6 nr. 2 inneholder et krav om klar sannsynlighetsovervekt.<sup>66</sup> Dommen ble avsagt under dissens (6/5) der mindretallet ikke var enig i at EMK art. 6 nr. 2 inneholder et slikt krav. Annenvoterende uttalte at: «... Tvert imot viser etter mitt skjønn den gjennomgang jeg har gjort så langt, at det ikke følger et operasjonelt beviskrav av uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2.»<sup>67</sup>

Høyesterett viser skarp dissens i spørsmålet om innfortolkning av et beviskrav i EMK art. 6 nr. 2. Det er også uenighet om bestemmelsen stiller krav til bevisets styrke. Tilregnelighetsutvalget drøftet i sin utredning begrunnelsen for de motstridende synspunktene i Høyesterett og konkluderte slik:

«[F]raksjonene i Høyesterett synes å reflektere en metodisk divergens i forståelsen av vernet etter EMK: Flertallet bygger på en lojal etterlevelse av rettssetninger slik de uttrykkes av Domstolen, mens mindretallet synes å ha en mer rettsrealistisk tilnærming hvor det avgjørende er hva som faktisk overprøves av EMD. Hvilken av disse tilnærmingene som bør velges, beror dypest sett på forståelsen av Norges forpliktelser til å etterleve EMK. For spørsmålet om beviskrav er det avgjort av flertallet i Rt. 2008 s. 1409 hvilken tilnærming som skal legges til grunn.»<sup>68</sup>

Løvlie slutter seg til Høyesteretts flertall i saken og Tilregnelighetsutvalgets oppsummerende konklusjon, han omtaler beviskravet etter EMK art. 6 nr. 2 slik:

«Oppsummert må konklusjonen bli at i norsk rett vil normen i Rt. 2008 s. 1409 legges til grunn av Høyesterett; normen vil neppe i seg selv komme til prøving i EMD, slik at det gjelder et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt på områder som favnes av straffebegrepet etter EMK artikkel 6.»<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 101.

<sup>65</sup> Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 88-95.

<sup>66</sup> Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 77.

<sup>67</sup> Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 217.

<sup>68</sup> NOU 2014:10 s. 180-182.

<sup>69</sup> Løvlie (2014) s. 328.



Høyesterett har med flertall konkludert at bestemmelsen inneholder et beviskrav og videre et krav om styrken til bevisene. I lys av bestemmelsens formål vil det være hensiktsmessig å anta at den inneholder et krav til en viss styrke av beviset i saken. I den forbindelse er det uttalt i Rt. 2012 s. 1556 (der førstvoterende henviser til Rt. 2008 s. 1409) at:

«Etter mitt syn har Høyesterett i storkammer avgjort at det helt generelt følger av EMK artikkel 6 at det for administrative sanksjoner som etter artikkelen har karakter av straff, må oppstilles et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det følger riktignok av flertallets begrunnelse i storkammerdommen at hvor strengt beviskravet er, må vurderes konkret for hvert enkelt rettsområde og sanksjon. Men det fremgår av dommen at kravet til bevis ikke kan være *lavere* enn klar sannsynlighetsovervekt.»<sup>70</sup>

Høyesterett viser klart et krav til en nedre grense for grad av sannsynlighet og en øvre grense for at det kreves strengere krav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Hvor høyt kravet er må vurderes konkret, uten at det gir noen klare holdepunkter for hvor stort spillerom kravet skal gi for hvert enkelt rettsområde og sanksjon.

### 3.2.3 Lovfesting av beviskravet i formell lov

I lovforslaget til Straffeprosessutvalget, i kapittel syv om alminnelige regler om bevis, er det foreslått en bestemmelse om bevisvurdering og beviskrav:

«Avgjørelsen om et faktisk forhold skal legges til grunn som tilstrekkelig underbygget, skal treffes etter en samlet vurdering av bevisene i lys av alminnelige erfaringssetninger og kjensgjerninger. For straffansvar kreves bevis utover enhver rimelig tvil.»<sup>71</sup>

Forslaget lovfester ikke bare et krav til styrken av bevisene, men sier også noe om hva som skal til og hvordan man skal vurdere bevisene, for å kunne legge til grunn påstander om faktiske forhold.

## 3.3 Beviskravets rekkevidde og terskel i straffesaker

### 3.3.1 Beviskravet- og regelens innhold

Beviskravets regel innebærer at retten må være sikker på at tiltalte har begått handlingen tiltalen gjelder. Kravet gjelder også i de tilfellene når handlingen er på det rene, men hvor det er tvil om faktum i forhold til straffbarhetsbetingelsene, fravær av straffrihetsgrunner og

---

<sup>70</sup> Rt. 2012 s. 1556.

<sup>71</sup> NOU 2016:24 s. 38.

skyld. Det må altså ikke foreligge rimelig tvil om at gjerningspersonen handlet med forsett der dette er en betingelse for straffbarhet.<sup>72</sup>

Det påståtte rettsfaktum som er avgjørende for tiltaltes skyld må forstås rettet mot det påståtte forhold som et hele:

«Kravet knytter seg, i det minste som et utgangspunkt, ikke til de enkelte vilkår som betinger straffbarheten. Det er imidlertid særskilte trekk knyttet til kravets innhold vis-à-vis de ulike straffbarhetsbetingelsene og de ulike fenomenkategoriene.»<sup>73</sup>

Beviskravets terskel i straffesaker knytter seg til spørsmålet om hvor sikker man må være for å legge til grunn påstander om faktum. En viss teoretisk tvil om faktiske forhold vil alltid foreligge, og en sikker visshet som utelukker enhver tenkelig tvil forekommer sjelden eller aldri i virkeligheten. En krever altså ikke en absolutt visshet for domfellelse.<sup>74</sup>

Noen juridiske forfattere har forsøkt å uttrykke beviskravets terskel i form av prosent sannsynlighet. Andenæs mener et slikt beviskrav vil være å ta en uakseptabel risiko for uriktige domfellelser. Utenom helt bagatellmessige overtredelser skal bevisbedømmeren på grunnlag av de bevis som er fremlagt i saken være sikker på at den tiltalte er skyldig. Dersom man skal uttrykke beviskravet i prosent, vil det si at beviskravets terskel krever noe nær 100 % sannsynlighet for domfellelse. Andenæs sier i denne forbindelse at en slik numerisk angivelse av beviskravets sannsynlighetsgrad er urealistisk. Bortsett fra helt spesielle tilfeller sitter ikke en dommer og regner på sannsynlighetsgrader.<sup>75</sup> Strandbakken er av samme oppfatning om at beviskravet ikke burde angis numerisk.<sup>76</sup> Antakelsen er videre begrunnet med at man ikke kan operere med numeriske sannsynlighetsgrader for subjektive forhold.

Beviskravets høye terskel er tradisjonelt begrunnet ved at det i straffeprosessen er en ulykke med feilaktig domfellelse:

«Om en skyldig skulle bli frifunnet, er ulykken som regel ikke så stor; at en uskyldig blir dømt, er derimot noe som nær sagt for enhver pris må unngås. Et strengt beviskrav

---

<sup>72</sup> Hov (2007) s. 361.

<sup>73</sup> Løvlie (2014) s. 325.

<sup>74</sup> Andenæs (2014) s. 160.

<sup>75</sup> Andenæs (2014) s. 161.

<sup>76</sup> Strandbakken (2003) s. 370.

kombinert med at påtalemyndigheten har bevisbyrden, gir den tiltalte et solid vern mot en uriktig domfellelse.»<sup>77</sup>

I tilknytning til beviskravets styrke ble en fellende dom i herredsretten opphevet med grunnlag i feil anvendt beviskrav. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt. 1978 s. 884:

«For at domfellelse skal kunne skje, kreves fullt ut bevis for det faktiske forhold, både i objektiv og subjektiv henseende, og enhver rimelig tvil skal løses til fordel for den tiltalte. Etter herredsrettens domsgrunner er det ikke klart om retten har stilt de rette krav til bevisets styrke, og dommen med hovedforhandling må derfor oppheves»<sup>78</sup>

I redegjørelsen for beviskravets terskel er det naturlig å trekke en sammenligning til sivilretten. Beviskravets hovedregel i sivilprosessen er sannsynlighetsovervekt og omtales gjerne som overvektsprinsippet. Begrunnelsen for prinsippet er antakelsen og påstanden om at når det mest sannsynlige faktum legges til grunn, vil man på generelt grunnlag oppnå flest materielt riktige dommer.<sup>79</sup> Påstanden er imidlertid sterkt kritisert av Strandberg der han mener denne ikke er holdbar. Strandberg begrunner dette blant annet med at påstanden behandler subjektive sannsynligheter som om de var objektive, dette er problematisk fordi bevisrettslige sannsynligheter ikke kan være objektive frekvenser.<sup>80</sup> Det kan her trekkes en parallell til kritikken av en numerisk angivelse av beviskravet i strafferetten.

I visse tilfeller stilles det skjerpet krav til sannsynlighetsovervekt i sivilprosessen dersom det gjelder alvorlige og- eller belastende forhold. Kravet har gjerne kommet til uttrykk som «klar sannsynlighetsovervekt eller «kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Likevel er kravet ikke så strengt som i straffesaker der enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.<sup>81</sup>

Et illustrerende bilde på beviskravets høye terskel i straffeprosessen, til sammenligning med sivilprosessen, er straffesaker hvor tiltalte er frifunnet med tanke på skyldspørsmålet, men hvor det er tilstrekkelig bevist for å tilkjenne fornærmede oppreisning etter skadeerstatningsloven<sup>82</sup>. I Rt. 1996 s. 864 ble det lagt til grunn klar sannsynlighetsovervekt for at tiltalte hadde begått seksuelle overgrep mot fornærmede, og at det var grunnlag for å tilkjenne erstatning etter loven. Førstvoterende uttalte:

---

<sup>77</sup> Andenæs (2016) s. 103.

<sup>78</sup> Rt. 1978 s. 884.

<sup>79</sup> Strandbakken (2003) s. 58, se også Backer (2015) s. 307 og Hov (2007) s. 351.

<sup>80</sup> Strandberg (2012) s. 514.

<sup>81</sup> Backer (2015) s. 307.

<sup>82</sup> Skadeerstatningsloven 13. juni 1969 nr. 26.

«Etter en samlet vurdering av bevisførselen mener jeg at bevisene tilfredsstillende det beviskrav som må stilles for å legge til grunn at seksuelt misbruk har funnet sted. Det er slik jeg bedømmer bevisene, klar sannsynlighetsovervekt for at C har begått overgrep overfor A. Det er da grunnlag for å tilkjenne henne oppreisning etter skadeerstatningsloven § 3-5 første ledd bokstav b. *Men jeg presiserer at dette skjer uavhengig av avgjørelsen i straffesaken og ikke røkkes ved frifinnelsen for straff.*»<sup>83</sup>

### 3.3.2 Presisering av beviskravet

I dette punktet, som bygger på Løvlies analyse, skal det vises at noen ganger presiseres beviskravet for de enkelte fenomenkategoriene, bevistemaer og bevissituasjoner. Presiseringer av beviskravet reflekterer fenomenkategoriernes særegne karakter med tilknytning til hva usikkerheten knytter seg til ved fastsettelse av fenomenene.<sup>84</sup>

I Rt. 2011 s. 641 ble det gitt en presisering av beviskravet overfor ytre fenomener. I saken ble det forutsatt at det var forenlig med beviskravet å konstatere nødvendig skyld med grunnlag i troverdighetsbetraktninger. Førstvoterende uttalte:

«I saker som gjelder seksuelle overgrep, er det ikke uvanlig at tiltalte og fornærmede har motstridende forklaringer om hva som har skjedd. Det er heller ikke uvanlig at det ikke foreligger andre bevis i saken. Domstolen må i slike tilfeller som utgangspunkt ha anledning til å domfelle ut fra en troverdighetsvurdering.»<sup>85</sup>

Presiseringen tilknyttet ytre fenomener, som i dette tilfellet var troverdighetsvurdering av partenes forklaringer, retter seg altså mot hva som kan legges til grunn ut fra erfaringsbaserte slutninger.

I Rt. 1996 s. 572 ble det gitt en presisering av kravet til indre fenomener. Saken gjaldt fritak for militær tjeneste av overbevisningsgrunner, hvor bevistemaet var hvorvidt det forelå en alvorlig overbevisning. Ved fastsettelse av slik overbevisning som loven krever uttalte Høyesterett at: «[U]tgangspunktet [må] være at hvis det ikke foreligger indikasjoner i annen retning må nekteren ha krav på å bli trodd på sitt ord, ...»<sup>86</sup> Presiseringen fastslår en sterk presumsjon for fastsettelse av indre fenomener, fordi det klargjør hvilke ytre fenomener som kan begrunne slutninger til indre fenomen.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Rt. 1996 s. 864 s. 872 (min kursivering).

<sup>84</sup> Løvlie (2014) s. 360, se også punkt 4.4 og 4.5.

<sup>85</sup> Rt. 2011 s. 641 avsnitt 28.

<sup>86</sup> Rt. 1996 s. 572 s. 585.

<sup>87</sup> Løvlie (2014) s. 361.

Videre ble kriteriene ytterligere presisert ved at Høyesterett ga eksempler på bevissituasjoner som ikke ville være tilstrekkelig for å fastsette indre fenomener:

«Men det sier seg selv at det kan foreligge omstendigheter som gjør at den vernepliktiges forklaring ikke uten videre kan legges til grunn. Hvis eksempelvis hans handlinger står i motstrid til den overbevisning han verbalt påberoper seg, eller det foreligger glidninger i standpunkter i hans forklaringer som bærer bud om en situasjonsbetinget tilpassing til lovens krav, blir det spørsmål om forklaringen er troverdig.»<sup>88</sup>

Slike presiseringer av beviskravet understreker kravets høye terskel der det legges føringer på hva som kan legges til grunn, og hvor tilstrekkelig bevissituasjonen må være for å fastsette subjektive forhold.<sup>89</sup>

### **3.4 Oppsummering og konklusjon**

Viktigheten av å unngå uriktige domfellelser er i utstrakt grad begrunnelsen for beviskravets høye terskel i straffesaker. Uten å kunne angi kravet presist i prosent antar man at utover enhver teoretisk tvil så må man være sikker på at tiltalte både har begått den påståtte handlingen, og at han har opptrådt med nødvendig grad av skyld. Presisering av beviskravet viser også at subjektive forhold skiller seg fra de objektive og det er videre grunn til å gå nærmere inn på hva dette skyldes.

---

<sup>88</sup> Rt. 1996 s. 572 s. 586.

<sup>89</sup> Se nærmere punkt 4 «Om å bevise skyld».

## **4 Om å bevise skyld**

### **4.1 Tema, avgrensninger og opplegg**

Når påstander om faktum skal bevises vil innholdet i beviskravets regel avhenge av hvilke fenomenkategorier det skal anvendes på. I vurderingen om regelens sannsynlighetsgrad er oppnådd regulerer beviskravet usikkerhet, og hvor høy grad av usikkerhet om bevisfakta som kan tillates for domfellelse. Fenomenkategoriene tilknyttet subjektiv skyld kommer med ulike typer usikkerhet. Det skyldes at det er knyttet særskilte betingelser til påvisning av fenomenkategoriene. Betingelsene skiller seg i så stor grad at det langt på vei kan være naturlig å si at det knytter seg ulike strafferettslige beviskrav til dem.<sup>90</sup> Spørsmålet i dette punktet er hvor og hva denne usikkerheten knytter seg til og om den rokker ved beviskravets terskel for påstander om subjektive forhold. Punktet bygger i utstrakt grad på Løvlie analyse.

I punkt 4.2 redegjøres det kort om begrepet fakta - begrepets innhold og eksistens i verdensbildet. I punkt 4.3 redegjøres det for ytre fenomener som utgangspunkt for slutninger om subjektive forhold. I punkt 4.4 undersøkes utfordringene knyttet til slutninger om ytre fenomener, og usikkerheten om ytre fenomener som grunnlag for påstander og subjektive forhold. I punkt 4.5 undersøkes det hvilket fenomen forsett etterspør og hvilke kriterier og hva slags usikkerhet som knytter seg til slutninger om indre fenomener, og det vil vises til særskilte begrunnelseskrav for å legge til grunn påstander om subjektive forhold.

### **4.2 Faktabegrepets innhold**

Vitenskapsfilosofen Karl R. Popper beskriver verden bestående av tre deler; den fysiske verden, den mentale verden og en objektiv verden bestående av tanker skapt av menneskene, «... world of intelligibles, or of ideas in the object sense ...»<sup>91</sup> Faktabegrepet tar utgangspunkt i Poppers verdener og viser at fakta kan deles inn i fenomenkategorier.

Begrepet fakta kan deles inn i tre hovedkategorier bestående av faktiske fenomener. Fenomenene sorteres ut i fra deres romlige plassering og ulike egenskaper, herunder ytre, indre og institusjonelle fenomener.<sup>92</sup>

I norsk rett anvendes uttrykkene fakta og faktum i flere sammenhenger. Man hører ofte setningen, «de faktiske forhold i saken». Skyldkravet forsett etterspør faktiske forhold hos gjerningspersonen i form av viljes- og bevissthetstilstand.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Løvlie (2014) s. 350.

<sup>91</sup> Popper (1989) s. 154.

<sup>92</sup> Løvlie (2014) s. 38.

### 4.3 Ytre fenomener som grunnlag for slutninger om subjektive forhold

Den objektive straffbarhetsbetingelsen krever at handlingen må oppfylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.<sup>94</sup> I strafferettsteorien er dette omtalt som den *straffbare adferden* eller *den lovstridige handling*. Straffebudenes gjerningsbeskrivelse regulerer hva som er en lovstridig handling og hva som ikke er en lovstridig handling. Straffebudene kan inndeles i to hovedkategorier: de som forbyr en adferd – adferdsdeliktene – og de som påbyr en adferd – unnlatesdeliktene. Andenæs beskriver kategoriene slik:

«Det straffbare består enten i å gjøre noe en ikke skulle ha gjort, eller i å unnlate noe en skulle ha gjort. Annerledes uttrykt: Overtredelsen kan gjelde et forbud eller påbud. Ethvert straffbart forhold er enten det ene eller det annet, eller en kombinasjon av dem. Et eksempel på det siste foreligger hvis man kjører motorvogn uten å ha sertifikat med (jf. vegtrafikkloven § 24 [første ledd annet punktum], som bestemmer at føreren under kjøring alltid skal ha førerkortet med seg).»<sup>95</sup>

Tradisjonelt inndeles straffebudene ytterligere. Inndelingen har ingen rettslig betydning - ethvert straffebud må tolkes for seg. Inndelingene er nyttige «... fordi de samme eller lignende tolkningsspørsmål gjerne forekommer i forhold til straffebud som hører til samme gruppe.»<sup>96</sup>

Straffebudenes gjerningsbeskrivelse og deres klassifisering i ulike delikter tar sikte på å regulere hvilke ytre fenomener som skal anses som straffbare, og hvilke etterfølgende omstendigheter som skal anses straffbare. Løvlie har som mål å fremheve enkelte innholdsmessige og strukturelle trekk ved fenomenene slik det knyttes straffansvar til dem. For å nå dette målet må det undersøkes hvilke fenomener straffebudene, etter tolkning, knytter rettsvirkninger til.<sup>97</sup>

Løvlie peker på tre typer fenomener som skiller seg ut fra virkningsforholdene som den tradisjonelle deliktkategorien bygges på. Den første typen ytre fenomen er *aktiv adferd*. Den andre er *skadefremkallelse* i form av konkret sammenheng mellom adferd og krenket rettsgode. Den tredje er *farefremkallelse* i form av adferd som skaper risiko for sammenheng mellom adferd og krenket rettsgode.

---

<sup>93</sup> «Bevissthetstilstand» sikter her til innholdet omtalt i punkt 2.2.2.1, jf. straffeloven § 22 første ledd bokstav b - må ikke forveksles med bevissthetsbegrepet i straffeloven § 20 første ledd bokstav d).

<sup>94</sup> Andenæs (2016) s. 101.

<sup>95</sup> Andenæs (2016) s. 108.

<sup>96</sup> Eskeland (2015) s. 191.

<sup>97</sup> Løvlie (2014) s. 139-140.

Den aktive adferden erkjennes og forstås som noe som finner sted i verden og kommer til syne i ytre sammenhenger. Unnlaterer derimot forstås som en tenkt handlings mulige inngripen i ytre sammenhenger fastsatt i henhold til særskilte kriterier. Den aktive adferden er imidlertid sammensatt av aktivitet og passivitet, det er hvordan det oppfattes av personen(e), som bestemmer om bevegelsen er aktiv eller passiv. Handlingsbegrepet inneholder således både ytre fenomener, i form av aktivitet, og institusjonelle fenomener i form av passivitet. Den aktive adferden fremstår videre som et fenomen det kan knyttes strafferettslig ansvar til. Fenomenet kan fremstå i seg selv som strafferettslig eller det kan utgjøre grunnlaget for en skadefremkallelse eller en farefremkallelse det knyttes strafferettslig ansvar til. Handlinger fremstår som enkle i form av bevegelse av armen, og de kan fremstå i en mer komplisert kjede handlinger der man griper rundt et spadeskift og svinger spaden i en kraftig bevegelse slik at den treffer ansiktet til en person, som medfører alvorlige og i verste fall et dødelig skadeomfang.

#### **4.4      Utfordringene knyttet til slutninger fra ytre fenomener og som grunnlag for påstander om subjektive forhold**

Forsett som skyldkrav i strafferetten knytter seg til psykologiske størrelser som omhandler hva gjerningspersonen har tilsiktet eller forstått i gjerningsøyeblikket.<sup>98</sup> Gjerningspersonens indre størrelser og bevissthetstilstand er det kun han selv som har direkte tilgang til. Dette skaper utfordringer når bevisbedømmeren skal fastslå og legge til grunn forsett for fellende dom.

Påstander om faktiske ytre forhold, som det er mulig å bevise gjennom vanlige bevismidler, legger grunnlaget for påstanden om det indre faktum hos gjerningspersonen. Slutningsprosessen er imidlertid ikke uproblematisk. Strandbakken beskriver utfordringen slik:

«Mens den objektive handling som regel kan dokumenteres gjennom vanlige bevismidler, vil det ved forsett være spørsmål om å klarlegge den psykologiske prosess som har funnet sted i gjerningspersonens bevissthet. Hvilke tanker gjerningspersonen har hatt i gjerningsøyeblikket, er det ikke mulig å føre direkte bevis for.»<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Se nærmere punkt 2.2.2.

<sup>99</sup> Strandbakken (2003) s. 388.



Bevissthetstilstander lar seg ikke erkjenne gjennom de klassiske fem sansene – syns-, lukte-, smaks-, høre- og følesansen.<sup>100</sup> Det knytter seg vanskeligheter ved å bevise forsett. For det første kan bevismuligheten svikte overfor forhold som ikke lenger består – fenomenene er historiske. I tillegg kan «forsøttet overhovedet ikke på noget tidspunkt [...] være gjenstand for en umiddelbar objektiv *konstatering*.»<sup>101</sup>

I tilknytning til *dolus eventualis* (positiv innvilgelsesteori), uttalte Høyesterett i Rt. 1991 s. 600:

«Når den positive innvilgelsesteori skal anvendes i praksis, vil det ofte oppstå bevissspørsmål. Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttagelse, 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.»<sup>102</sup>

Utfordringen inneholder usikkerhet knyttet til hvordan og hva bevisbedømmeren anvender for slutninger fra ytre forhold til de indre hos gjerningspersonen. For å kunne påpeke dette må man presisere hva denne usikkerheten knytter seg til.

#### 4.4.1 Erfaringssetningsbaserte slutninger - erfaringssetninger

I rettslig bevisteori forstås begrepet erfaringssetning normalt som en generell påstand om korrelasjon mellom fenomener basert på erfaring. Erfaringssetninger er i praksis helt nødvendig for all rasjonell bevisvurdering. Erfaringssetninger bærer informasjon som sier noe mer om sammenhengen mellom fenomener enn de konkrete sammenhengene som ligger til grunn for erfaringssetningen. Deres funksjon er å underbygge påstanden om at den type fenomen et bevis representerer, står i et forhold til den type fenomen beviset representerer.<sup>103</sup>

For at en rettslig avgjørelse, eventuelt en domfellelse, skal få legitimitet og generell aksept, forutsettes det at bevisbedømmelsen er et resultat av rasjonelle slutninger fra de fremlagte bevis. Generelle erfaringssetninger må trekkes inn i denne prosessen.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Løvlie (2014) s. 170.

<sup>101</sup> Waaben (1957) s. 56 (Waabens kursivering).

<sup>102</sup> Rt. 1991 s. 600 side 602.

<sup>103</sup> Løvlie (2014) s. 157-158.

<sup>104</sup> Strandbakken (2003) s. 371-372.

I tilknytning til skyldkravet må bevisbedømmeren trekke slutninger fra de ytre fenomener i form av fremlagte bevis i retten. I slutningsprosessen anvendes en rekke erfaringssetninger som binder de ulike fenomenkategoriene sammen. Bevisbedømmeren må vurdere om slutningene gir et tilstrekkelig sikkert grunnlag for at det foreligger subjektiv skyld (forsett), og at skylden er bevist ut over enhver rimelig tvil: «Man må ved hjelp av generelle erfaringssetninger slutte seg fra det ytre hendelsesforløp til om gjerningspersonen har utvist den nødvendige skyld.»<sup>105</sup>

I Rt. 2011 s. 1104 var hovedspørsmålet om den nedre grense for kravet til forsett var overskredet. Høyesterett viser til uttalelser i forarbeidene til straffeloven der det i spesialmotivene til § 22, som er ment å gjenspeile gjeldende rett at:

«... Særlig når lovbrøyteren ikke tilstår, vil forsettsvurderingen ofte måtte skje på grunnlag av ytre omstendigheter, vitneprov og alminnelige erfaringssetninger. Men rimelig tvil må her som ellers komme lovbrøyteren til gode.»<sup>106</sup>

Ved slutninger fra bevis, vil det uten generelle antakelser om hvordan ting normalt går for seg, blitt umulig og nå frem til et rettslig relevant faktum. Disse antakelsene omtales som generelle erfaringssetninger, til tross for at de ofte ikke bygger på egne eller andres erfaringer. De er heller ikke konkretisert til for eksempel en bestemt person og til et bestemt tidspunkt eller sted. «Det at polititjenestemenns forklaringer i retten vanligvis er riktige, er noe de fleste bevisbedømmere *tror* – og ikke minst *håper* – er tilfellet.»<sup>107</sup>

Eckhoff beskriver erfaringssetninger som menneskekunnskap og livserfaring for øvrig. Når bevisbedømmeren tar standpunkt til de forskjellige utsagns troverdighet og deres betydning for saken: «... skal [han] ta hensyn til hva som etter livets vanlige gang er naturligst å anta (hva som har formodningen for seg).»<sup>108</sup>

#### 4.4.2 Usikkerhet

Slutningsprosessen hvor erfaringssetninger underbygger påstander om subjektive forhold er beheftet med usikkerhet. Det skilles mellom to ulike kilder til usikkerheten: Den første er usikkerhet som skyldes epistemiske forhold. Disse knytter seg til informasjonen i bevisvurderingsstrukturen bevisdata – erfaringssetninger – bevisfakta. Den andre kilden

---

<sup>105</sup> Strandbakken (2003) s. 389.

<sup>106</sup> Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 19, se også Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426.

<sup>107</sup> Kolflaath (2013) s. 79.

<sup>108</sup> Eckhoff (1943) s. 10-11.

skyldes psykologiske forhold tilknyttet dommernes forståelse og håndtering av den informasjonen bevisene legger som grunnlag for den videre faktafastsettelse.<sup>109</sup>

#### 4.4.2.1 *Bevisdata*

For å betegne usikkerhet i epistemiske forhold tilknyttet påstander om ytre fenomener må det konkretiseres hvor i bevisbedømmelsen bevisdata befinner seg. Norsk bevisteori har anlagt det såkalte slutningsperspektivet som innebærer at bevisbedømmelsen i all hovedsak dreier seg om å trekke slutninger fra bevis til faktum:<sup>110</sup>

«Bevisvurderingen forutsetter ... en serie mer eller mindre kompliserte *slutninger* fra de bevisfakta som legges fram i rettssalen, når domstolen skal avgjøre om rettsfakta foreligger. Slike slutninger kan gjøres med større eller mindre sikkerhet og etterlate større eller mindre tvil hos den som gjør dem.»<sup>111</sup>

Utgangspunktet er at beviskravet omhandler rettsfakta under skyldspørsmålet. Høyesterett har formulert kravet slik:

«[D]et [er] bare rimelig tvil om de deler av faktum som har direkte betydning for vurderingen av tiltaltes skyld ... som kan lede til at beviskravet ikke anses oppfylt. At det i en straffesak kan være tvil om enkelte deler av det faktiske hendelsesforløp som ikke har direkte betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, vil være en helt normal situasjon.»<sup>112</sup>

Bevisdata utgjør bevissituasjonen som er utgangspunktet for slutningsperspektivet. Et bevisdatum involverer alltid i seg selv et bevis. Et eksempel er forklaringen til et vitne om en observasjon som er relevant for sakens rettslige forhold. Slutningsperspektivet innebærer at det trekkes slutninger fra det bevisdatum som foreligger for retten til et rettsfaktum som er en omstendighet som har direkte rettslig relevans i den konkrete sak.<sup>113</sup> En vitneforklaring som bevisdatum kan forstås som et:

---

<sup>109</sup> Løvlie (2014) s. 161.

<sup>110</sup> Kolflaath (2013) s. 65.

<sup>111</sup> Johnsen (1987) s. 204 (*bevisfakta* brukes på annen måte i teorien til Kolflaath og Løvlie enn slik Johnsen bruker ordet i sin artikkel).

<sup>112</sup> Rt. 2004 s. 1063 avsnitt 9.

<sup>113</sup> Kolflaath (2013) s. 66.

«... produkt av en kausal kjedegang som ender med dommernes observasjon og forståelse av vitneforklaringen: selve vitneforklaringen – meningsinnholdet vitnet ønsker å formidle – vitnets hukommelse – vitnets observasjon – bevistemaet.»<sup>114</sup>

Bevisdata i denne kjedegangen behefter seg med usikkerhet i betingelsene for informasjonsovergangen mellom leddene i beviskjeden.

#### 4.4.2.2 Informasjonsproblemet

Påstanders sikkerhet er betinget av tilgangen til informasjon. Hvor sikker en påstand er beror på dens velbegrunnethet og velbegrunnethet forutsetter at det er sikret et informasjonsgrunnlag. Vilkårene for kunnskap er velbegrunnet sann tro. Betingelsene er avhengige av hverandre fordi velbegrunnethet forutsetter sannhet, sannhet forutsetter tro, og tro forutsetter begrunnelse.<sup>115</sup> I bevisteorien er informasjonsproblemet blant annet knyttet til de krav som omhandler bevissituasjonens såkalte robusthet. Med robusthet siktes det til at påstander i liten grad kan være sårbare og påvirkelige for ny informasjon i form av nye bevisdata.<sup>116</sup>

«Sannsynligheten som stammer fra bevissituasjonen, kan imidlertid i *varierende grad* være påvirkelig av nye bevis som måtte dukke opp på et senere tidspunkt. Hvis for eksempel mange relevante etterforskningskritt gjenstår, vil sannsynlighetsgraden gjerne være lite robust – hvilket ofte er tilfellet for eksempel ved den første kjennelsen om varetektsfengsling.»<sup>117</sup>

Et viktig skille i denne sammenheng er sannsynlighetsgraden og robusthetsgraden. Disse to er ulike dimensjoner hvor det ikke nødvendigvis er samsvar med økt sannsynlighet og robusthet. En høy sannsynlighet kan være lite robust, og omvendt.

Bevismaterialets forhold er omtalt som «förhållandet till det totala eller optimala materialet.»<sup>118</sup> Bevismaterialets robusthet står i forhold til bevistemaet, og informasjonsgrunnlaget bevisbedømmeren har tilgjengelig varierer. På dette grunnlag kan man si at bevistemaer lar seg påvise med ulik grad av sikkerhet.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Løvlie (2014) s. 162.

<sup>115</sup> Løvlie (2014) s. 55.

<sup>116</sup> Løvlie (2014) s. 166.

<sup>117</sup> Kolflaath (2011) s. 177 (Kolflaaths kursivering).

<sup>118</sup> Diesen (2015) s. 67.

<sup>119</sup> Løvlie (2014) s. 167.

#### 4.4.2.3 *Psykologiske forhold*

I tillegg knyttes det usikkerhet til psykologiske forhold når bevisbedømmeren får presentert de ulike bevisdata som skal legge grunnlag for påstanders velbegrunnethet:

«Dommernes forståelse av bevisdata som gjør seg gjeldende og hvilke erfaringssetninger det er relevant å ta i betraktning vil i stor grad bero på hvordan informasjonen og erfaringer formidles til retten.»<sup>120</sup>

Nærmere bestemt knytter usikkerheten seg til mottagerens semantiske forståelse av ytringer og formidling som er grunnlaget for bevisbedømmelsen. Psykologiske forhold og usikkerhet knytter seg med andre ord til mottagerens og bevisbedømmerens kognitive kapasitet. Usikkerheten gir utslag i form av feilslutninger der de psykologiske feilkildene ligger til grunn. Disse feilkildene har relevans for rettslig faktafastsettelse.<sup>121</sup>

#### 4.5 **Forsett etterspør indre fenomener**

Kunnskap om indre fenomener bygger på to kilder. Disse er henholdsvis slutninger fra ytre fenomener og gjerningspersonens egen introspeksjonserfaring av representasjoner. Metoden for å tilegne seg kunnskap om gjerningspersonens egen introspeksjonserfaring kan enten komme direkte fra gjerningspersonen selv ved at han eller hun formidler dette til bevisbedømmeren, eller den kan komme fra andre som formidler hva gjerningspersonen har fortalt om sine introspeksjonserfaringer.<sup>122</sup>

«Bortset herfra [fra tiltaltes egen tilståelse] kommer man nærmest ved en direkte iagttagelse af forsættet i tilfælde hvor et vidne kan fortælle at tiltalte har givet udtryk for en bestemt hensigt eller opfattelse, at der på et vist tidspunkt er givet ham visse oplysninger eller et grundlag for slutninger etc.»<sup>123</sup>

Slutninger fra ytre fenomener er den eneste kilden til kunnskap om indre fenomener i de tilfeller hvor gjerningspersonen selv ikke vil erkjenne sin hensikt eller hva han var bevisst om i gjerningsøyeblikket. Det er en grunnleggende oppfatning at mennesker belyser hvem de er, og hvilken rolle og plass de utgjør i verden gjennom sin ytre adferd og handlinger. I Rt. 1974 s. 382 uttalte førstvoterende:

---

<sup>120</sup> Løvlie (2014) s. 168.

<sup>121</sup> Løvlie (2014) s. 169.

<sup>122</sup> Løvlie (2014) s. 171.

<sup>123</sup> Waaben (1957) s. 57.

«Det ligger i sakens natur at vurderingen av hva de subjektivt har forstått, i stor utstrekning må skje ut fra de faktiske forhold, slik de tiltalte har kjent dem, og med anvendelse av sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger.»<sup>124</sup>

Løvlies analyse viser at sanseerfaring av de ytre fenomener, sammen med alminnelige erfaringssetninger, utgjør grunnlaget for påstander om de indre fenomener.<sup>125</sup> I straffesaken mot Vidkun Quisling uttalte aktor: «Hvor det gjelder å finne ut hva der bor i en mann, hvilke motiver han drives av, hva hans hensikt er, ja da er det intet som forteller mer om dette enn de handlinger som han foretar.»<sup>126</sup>

Subjektive forhold har en særegen plassering i verden, og sammen med usikkerheten som medfølger i slutningsprosessen av grunnlaget for indre fenomener, gir dette legitime grunner for å stille spørsmålet om det kan stilles et like høyt krav til bevis for subjektive forhold som for de objektive. Det må altså foretas en nærmere undersøkelse av hva som ligger i usikkerheten knyttet til bevis for indre fenomener.

#### 4.5.1 Epistemiske kriterier

For å slå fast subjektive forhold må man tolke ytre adferd, og denne tolkningen må skje i henhold til noen kriterier. I teorien kan disse betegnes som epistemiske kriterier.<sup>127</sup>

Epistemiske kriterier har betydning for bedømmelsen av holdbarheten av påstander om indre fenomener. Kriteriene inngår som et element i forståelsen av betingelsene for påvisning av indre fenomener, og hva som kreves for å begrunne påstander om fenomenkategorien. Det som betegnes som epistemiske kriterier er i den tradisjonelle bevisteorien ansett og betegnet som erfaringssetninger. Imidlertid vil aspektet om hvordan forhold i alminnelighet erfares, peke mot det særegne ved indre fenomener som ikke fanges opp av erfaringsbaserte slutninger. Disse forhold peker mot særskilte psykologiske og sosialt skapte rammeverk som har betydning for forståelsen av betingelsene for påvisning av indre fenomener.<sup>128</sup>

De epistemiske kriteriene utgjør den funksjon at ved slutninger fra introspeksjonserfaringer klargjør kriteriene hvilke bevissthetstilstander som teller som indre fenomener. Introspeksjonserfaring forutsetter en teori om representasjon. Representasjonen fremstår ved oppfatninger gjennom tegn, en mening, en referanse eller lignende i bevisstheten, og disse

---

<sup>124</sup> Rt. 1974 s. 382 s. 385.

<sup>125</sup> Løvlie (2014) s. 171.

<sup>126</sup> Straffesak mot Vidkun Abraham Lauritz Jonsson Quisling s. 449 (aktors duplikk).

<sup>127</sup> Løvlie (2014) s. 172.

<sup>128</sup> Løvlie (2014) s. 173.

representerer fenomener for fortolkeren. Kriteriene angir altså meningsstørrelser som erkjennes gjennom introspeksjon.<sup>129</sup>

I den mye omtalte Hemsedal-saken<sup>130</sup> ble tre menn, som i tingretten var dømt for voldtekt av en kvinne, frifunnet i lagmannsretten. Det var ingen tvil om at alle de tre tiltalte hadde hatt seksuell omgang med fornærmede. Det avgjørende var spørsmålet om det var tilstrekkelig bevist at de tiltalte forsto at kvinnen var ute av stand til å motsette seg handlingene, jf. straffeloven 1902 § 192 første ledd bokstav b<sup>131</sup>. Spørsmålet om de tiltalte forsto at kvinnen var i en slik tilstand som beskrevet i straffebudet, sikter til forsettskravet om de tiltaltes bevisshetstilstand, jf. straffeloven 1902 § 40 (tilsvarende gjeldende straffelov 2005 § 22 første ledd).

Mindretallet fant at det ikke var «... tilstrekkelig bevist at D (fornærmede) opptrådte på en slik måte at de tiltalte hadde grunn til å tro at hun var ute av stand til å motsette seg de seksuelle handlingene.»<sup>132</sup> Hennes ytre handlinger og opptreden peker i en slik retning at de tiltalte ikke forsto at hun var ute av stand til å motsette seg den seksuelle omgangen. Straffebudets ordlyd sikter til de ytre forhold hos fornærmede som legger grunnlaget for slutninger om de indre størrelser hos gjerningspersonene tilknyttet forsettskravet. Ut fra fornærmedes beviste tilsynelatende tilstand i handlingsøyeblikket, vil det i det konkrete tilfellet være problematisk å bevise ut over enhver rimelig tvil at gjerningspersonen(e) forsto at fornærmede var i en slik tilstand som beskrevet i straffebudet.

Saken illustrerer at flertallet og mindretallet har tolket ytre forhold og adferd ulikt. Tolkningen har bygget på ulike epistemiske kriterier og fått utslag i ulik forståelse om informasjonsgrunnlaget av hva de tre tiltalte faktisk forsto på handlingstidspunktet.

#### 4.5.2 Usikkerhet

I tilknytning til indre fenomeners særegne romlige plassering følger det former for usikkerhet i slutningsprosessen om indre fenomener. Når det gjelder tilegnelse av kunnskap om gjerningsmannens indre fenomener basert på introspeksjon, knyttes det usikkerhet til spørsmålet om gjerningspersonen har benyttet riktige epistemiske kriterier ved angivelse av egne representasjoner. I tillegg knyttes usikkerhet til det som faktisk er erfart av gjerningspersonen formidles korrekt til bevisbedømmeren. Når det gjelder den andre kilden for kunnskap om indre fenomener, de ytre fenomener, følger det også usikkerhet. Her knyttes

---

<sup>129</sup> Løvlie (2014) s. 174.

<sup>130</sup> LB-2015-85818.

<sup>131</sup> LB-2015-85818, se tiltalebeslutningen post II.

<sup>132</sup> LB-2015-85818 s. 11.

usikkerheten til innholdet i de epistemiske kriteriene for fastsettelse av indre fenomener, og til informasjonsgrunnlaget som kriteriene anvendes på.<sup>133</sup>

Innholdet i de epistemiske kriteriene som gjerningspersonen har anvendt ved angivelse av sin egen representasjon er en vanskelig håndgripelig størrelse. Usikkerheten som oppstår må håndteres ut fra kriterienes grunnlag. Det som gjør størrelsen vanskelig tilgjengelig er «blant annet fordi det er teori-, person-, situasjons- og kulturavhengig hva grunnlaget går ut på.»<sup>134</sup> Kriterienes sammensatte størrelse og nyanser vil gjøre det vanskelig å fastsette klare grenser for hva som skal være grunnlaget for fastsettelse av indre fenomener.

I tilknytning til påstander om indre fenomener må det klargjøres at usikkerheten ikke hefter ved de indre fenomener. Grunnen til dette er at det tilskrives kriteriene i alminnelighet et klart og entydig meningsinnhold i den forstand at de uten noen form for usikkerhet fastslår hvilke ytre fenomener som teller som indre fenomener. Usikkerheten knytter seg imidlertid til hvorvidt de epistemiske kriteriene kommer til anvendelse i den rettslige situasjonen man står ovenfor. Således hefter det ingen generell usikkerhet til påvisning av indre fenomener.<sup>135</sup> Igjen er Hemsedal-saken et eksempel der mindretallets konklusjon viser at de epistemiske kriteriene som flertallet benyttet, ikke kom til anvendelse i mindretallets slutninger fra det ytre hendelsesforløp:

«Fornærmede har åpenbart opptrådt aktivt i forbindelse med de seksuelle handlingene, jf. blant annet de fremlagte bildene. Videre har hun vært i stand til telefonisk kontakt med andre i tidsrommet hvor de seksuelle handlingene har funnet sted. Det forhold at hun ble båret ut og inn av taxien, er etter mindretallets syn ikke tilstrekkelig for at de tiltalte skulle forstå hvilken tilstand hun var i. Mindretallet har også lagt vekt på at da moren til D ville kontakte politiet sa D at hun ville gjøre det selv senere.»<sup>136</sup>

Saken viser at epistemiske kriterier kan være helt avgjørende for utfallet av slutningsprosessen tilknyttet bevistema i saken.

#### 4.5.3 Særskilte begrunnelseskrav for slutninger om indre fenomener

I forbindelse med at påstander om indre fenomener må sluttes fra ytre fenomener, finnes det et eksempel i praksis hvor det er stilt særskilt krav til begrunnelse for at påstander om subjektive forhold skal kunne legges til grunn. I en nylig avsagt dom i Høyesterett, som gjaldt

---

<sup>133</sup> Løvlie (2014) s. 176-177.

<sup>134</sup> Løvlie (2014) s. 178.

<sup>135</sup> Løvlie (2014) s. 179.

<sup>136</sup> LB-2015-85818, se nederst i tiltalebeslutningen post II.



anke over dom, hadde lagmannsretten i domspremissene ikke gitt tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor de hadde konkludert med sannsynlighetsforsett. Domfelte hadde kastet en vannkoker med varmt vann med hensikt å treffe fornærmede 2, men bommet og traff fornærmede 1. Førstvoterende uttalte:

«I første avsnitt sier lagmannsretten at A handlet forsettlig da hun traff fornærmede 1. I siste avsnitt sier retten at A kastet vannkokeren for å treffe fornærmede 2, men bommet og traff fornærmede 1. Dette skaper en viss usikkerhet om hvordan lagmannsretten har kommet til at A handlet forsettlig overfor fornærmede 1. Når hensikten var å treffe én person, men gjerningspersonen ved "feiltreff" treffer en annen, krever det etter mitt syn en nærmere forklaring når handlingen også overfor den som treffes ved en feil, karakteriseres som forsettlig.»<sup>137</sup>

For å legge til grunn forsett kreves det et slutningsgrunnlag basert på ytre fenomener. Dommeren tar i bruk sine erfaringssetninger om hendelsesforløpet og slutter seg frem til et grunnlag om subjektive forhold. I den forbindelse kreves det nærmere forklaring på hva som er grunnlaget og hva man har brukt i slutningsprosessen for å kunne legge til grunn forsett hos domfelte. Førstvoterende uttalte videre:

«For det andre er det ikke gitt noen nærmere forklaring på hvorfor lagmannsretten konkluderer med at A handlet forsettlig overfor fornærmede 1. Ofte vil det være tilstrekkelig å beskrive selve den straffbare handlingen, og så konkludere med skyldform basert på denne beskrivelsen og ut fra alminnelige erfaringssetninger, ... I vår sak er det imidlertid ikke gitt en omtale av situasjonen som er tilstrekkelig til at det er mulig å foreta en slik slutning. Det er for eksempel ikke sagt noe om hvor nær hverandre de to fornærmede sto, om det var et lite eller stort kjøkken som vannkokeren ble kastet inn i og om A kastet vannkokeren med stor eller liten kraft.»<sup>138</sup>

Høyesterett påpeker at det ikke er gitt en tilstrekkelig og god nok beskrivelse av hvilke ytre forhold og omstendigheter som kunne legges til grunn for slutninger om sannsynlighetsforsett hos gjerningspersonen. Førstvoterende påpekte at:

---

<sup>137</sup> HR-2017-675-A avsnitt 23.

<sup>138</sup> HR-2017-675-A avsnitt 24.

«A hadde ikke til hensikt å treffe fornærmede 1. Retten må da begrunne hvorfor hun – da hun kastet – likevel regnet det som sikkert eller mest sannsynlig at også fornærmede 1 ville bli skadet.»<sup>139</sup>

Førstvoterende mente på denne bakgrunn at domsgrunnene etterlatte en slik tvil om at det forelå sannsynlighetsforsett i gjerningstidspunktet. Anken ble tatt til følge og dommen i lagmannsretten med avgjørelsen om oppreisningserstatning ble opphevet. Dommen ble imidlertid avsagt ved dissens der mindretallet på én dommer mente domsgrunnene var tilstrekkelige til å kunne prøve rettsanvendelsen.<sup>140</sup>

#### **4.6 Oppsummering og konklusjon**

Utgangspunktet for slutninger om indre fenomener er ytre fenomener. Ytre fenomener kan fastslås med sikkerhet. Det følger imidlertid generell usikkerhet i slutningsprosessen og til erfaringssetningene som benyttes i den metodiske faktafastsettelsen. Drøftelsen peker videre i retning av at beviskravet må opprettholdes også for de subjektive forhold når usikkerheten knytter seg til slutningsprosessen hos rettsanvenderen. Løvlie mener at dersom man anvender beviskravets regel for å håndtere usikkerheten til fenomenkategoriene, tilknyttet innholdet av de epistemiske kriteriene, benyttes det ikke utelukkende til å håndtere den nevnte usikkerheten, men også som et tolkningsprinsipp:

«Hvis man velger å gi det strafferettslige beviskravet et slikt vidt bruksområde, bør det gjenspeiles i metodebruken og terminologien; herunder bør det ikke angis at beviskravet senkes, dersom man i realiteten søker å regulere kriteriene for fastsettelse av indre ... fenomener.»<sup>141</sup>

Dette taler for at man ikke skal senke beviskravets terskel for subjektive forhold.

---

<sup>139</sup> HR-2017-675-A avsnitt 25.

<sup>140</sup> HR-2017-675-A avsnitt 29.

<sup>141</sup> Løvlie (2014) s. 361-362.

## **5 Strategier for å legge til rette for bevisbarhet**

### **5.1 Tema, avgrensninger og opplegg**

Avhandlingen har så langt vist at det gjelder et strengt beviskrav på strafferettens område, og det knytter seg utfordringer til å bevise subjektive bevissthetsstørrelser. Lovgiver og rettsadvokater er for øvrig bevisste om disse utfordringene.

I dette punktet vil avhandlingen vise utvalgte strategier som legger til rette for bevis for subjektive forhold. Drøftelsen avgrenser mot omvendt bevisbyrde som strategi for å legge til rette for bevisbarhet. I punkt 5.2 behandles spørsmålet om det er grunnlag for å si at det gjelder et lavere beviskrav for subjektive forhold, og om det i så fall kan anses for å være en strategi for å legge til rette for bevisbarhet. Her vil fremstillingen også vise til hva som er uttalt og lagt til grunn for beviskravet i forbindelse med tilregnelighet. Begrunnelsen for dette er todelt. For det første er det for å nyansere drøftelsen og vise til strategien som er blitt anvendt og argumentert for ved tilregnelighet som subjektiv straffbarhetsbetingelse. For det andre fremgår betingelsene samlet av relevante rettskilder, under spørsmålet om det kan stilles et like høyt beviskrav for subjektive forhold, det vil da være naturlig å trekke en parallell til tilregnelighet som subjektiv straffbarhetsbetingelse.

I punkt 5.3 fremstilles et rettslig eksempel der lovtekst legger føringer for hvordan man slutter seg frem til skyld. Dette kan anses som en form for strategi hvor lovgiver klargjør hva som er tilstrekkelig for å legge til grunn forsett. I punkt 5.4 fremstilles uaktsomhetsansvaret som strategi for å håndtere bevis for subjektive forhold, og fremstillingen tar for seg to konkrete straffebud der begrunnelsen og bakgrunnen for et slikt ansvar i utstrakt grad skyldes bevisbarhet. Straffebudene er grov uaktsom voldtekt, jf. strl. § 294, og uaktsomt heleri, jf. strl. § 335. Straffebudene viser at lovgiver har tatt grep som legger til rette for bevisbarhet for handlinger de mener er straffverdige. I punkt 5.5 drøftes det om sløret forsett kan anses som en strategi for å legge til rette for bevisbarhet. I punkt 5.6 vil et forslag til rimeligere slutning om eventuelt forsett drøftes som en mulig strategi for å legge til rette for bevisbarhet.

### **5.2 Finnes det grunnlag for et senket beviskrav for subjektive forhold?**

Når forhold er vanskelig å bevise ut over enhver rimelig tvil vil en nærliggende strategi være å senke kravene til bevis for å sikre at straffebestemmelser blir effektive. Spørsmålet her er om det er grunnlag for en slik strategi og om den er gjeldende i praksis.

Straffelovrådet avga 22. oktober 1973 sin utredning om strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner. I utredningen uttales det slik om subjektiv skyld:

«Riktignok behøver det ikke være slik at enhver rimelig tvil skal føre til frifinnelse i disse tilfelle, man kan m.a.o. neppe kreve samme grad av visshet her som med hensyn til det objektive forhold at tiltalte har begått forbrytelsen. Beviskravet er ikke det samme i alle relasjoner, og bør neppe stilles like høyt når det gjelder skyld og tilregnelighet som når det gjelder objektive forhold, ...»<sup>142</sup>

Også Høyesterett forutsetter at det kan opereres med et mildere beviskrav for subjektiv skyld. I Rt. 1998 s. 1945 uttalte førstvoterende:

«Det er enighet i strafferettsteorien om at det ikke kan stilles de samme beviskrav med hensyn til alle straffbarhetsbetingelser. Det kan f eks ikke stilles like strenge beviskrav til tilregnelighet og subjektiv skyld som når det er spørsmål om tiltalte har begått den handling det er tale om. ... Etter min oppfatning er det imidlertid viktig å understreke at det her tales om nyanser. For å sikre at ingen blir uskyldig dømt, må prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, håndheves strengt.»<sup>143</sup>

Uttalelsen gir uttrykk for at beviskravet inneholder nyanser hvor kravet ikke kan stilles like strengt for subjektive forhold som for objektive. Imidlertid påpeker uttalelsen at prinsippet om rimelig tvil skal håndheves strengt, det gir et inntrykk av at man ikke vil gi noe klart uttrykk for at det gjelder et lavere beviskrav for subjektive forhold.

For tilregnelighet som straffbarhetsbetingelse er det hevdet at det ikke kan stilles like strenge krav til bevisene.<sup>144</sup> I Rt. 1979 s. 143 ble beviskravet for tilregnelighet omtalt. I rettsbelæringen hadde lagmannen gitt uttrykk for at det ikke kunne stilles de samme krav til beviset for at tiltalte var tilregnelig som til beviset for at han hadde begått handlingen. Høyesterett uttalte om dette:

«Jeg er enig i lagmannen i at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke som når det gjelder spørsmålet om bevis for at tiltalte har begått den handling som er angitt i tiltalebeslutningen. Men jeg er ikke uten videre enig med lagmannen i at en overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig.»

Videre ble det uttalt en tilføyelse som peker i retning av det motsatte:

---

<sup>142</sup> NOU 1974:17 s. 69.

<sup>143</sup> Rt. 1998 s. 1945 s. 1947 (uttalelsen i dommen er gitt som et obiter dictum).

<sup>144</sup> Hov (2007) s. 361.

«Skulle de rettspsykiatriske sakkyndige komme til forskjellig konklusjon, må tiltalte etter min mening frifinnes for straff med mindre retten ... skulle finne at det ikke kan være noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig på gjerningstiden. Men den omstendighet at muligheten av sinnssykdom på gjerningstiden er nevnt i den rettspsykiatriske erklæring, er ikke tilstrekkelig til at tiltalte må anses utilregnelig og derfor frifinnes for straff.»<sup>145</sup>

Kjennelsen gir uttrykk for en uklar oppfatning der man i første rekke sier at man ikke kan stille like strenge krav til bevisene som for den objektive handlingen, men i neste setning gis det uttrykk for at det kreves rimelig tvil om tiltalte var tilregnelig på gjerningstidspunktet.

I spørsmålet om det kan sies å gjelde et lavere beviskrav for tilregnelighet, argumenterer Strandbakken for at uttalelsen i Rt. 1979 s. 143 viser at man kan operere med et noe lavere beviskrav enn «ut over rimelig tvil», samtidig er det ikke tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Dette medfører at det generelle beviskravet må inn igjen i vurderingen fordi retten skal frifinne med mindre den finner at det ikke kan være noen «rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig. Rimelig tvil skal altså komme tiltalte til gode både når det gjelder om han har begått den objektive handling og om han var tilregnelig, men Strandbakken mener rettspraksis også viser at i forhold til siktedes sinnstilstand, jf. straffeloven 1902 § 44, er det altså rom for større usikkerhet før tvilen klassifiseres som «rimelig».<sup>146</sup> Det alminnelige beviskravet åpner for et større spillerom der høyere grad av usikkerhet tillates før man anser tvilen for å være rimelig.

Hov uttrykker også at det finnes nyanser i beviskravets terskel. Men når det gjelder grunnbetingelsene for straffbarhet gjelder «in dubio pro reo – regelen i *prinsippet* fullt ut.»<sup>147</sup> Hov mener beviskravets regel om rimelig tvil må gjelde fullt ut, både for om den straffbare handlingen er begått, og for de subjektive forhold som må foreligge for domfellelse. At regelen i prinsippet skal gjelde fullt ut kan tolkes som at det finnes åpning for nyanser i kravet i tilknytning til de ulike straffbarhetsbetingelsene.

Diesen argumenterer for at det ikke kan gjelde et alminnelig beviskrav for subjektive forhold. Begrunnelsen for påstanden er at bevis for subjektive forhold inneholder «praktiska bevissvårigheter», og at det gir grunnlag for å «tillämpa ett faktisk lägre krav.»<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Rt. 1979 s. 143 s. 147.

<sup>146</sup> Strandbakken (2003) s. 406-407.

<sup>147</sup> Hov (2007) s. 361 (min kursivering).

<sup>148</sup> Diesen (2015) s. 170.

Strandbakken stiller spørsmålet om det er grunnlag for å fravike det strafferettslige beviskravet ved forsettsvurderingen. For å påvise forsett er det omtvistede spørsmålet hvilke forestillinger han hadde i gjerningsøyeblikket:

«Å domfelle en person som har begått den objektive handling hvor det opereres med en større usikkerhet mht. om de subjektive vilkår for straff er oppfylt, er en mindre ulykke enn om man domfeller en person som overhodet ikke har tilknytning til handlingen.»<sup>149</sup>

Strandbakken kritiserer likevel argumentene for et lavere beviskrav for subjektive forhold enn for de objektive. Hensynet til siktedes rettssikkerhet taler klart i mot at det aksepteres et mildere beviskrav for subjektive forhold. Strandbakken påpeker at det ikke sondres klart nok mellom utformingen av skyldkravet og beviskravet. Han konstaterer at bevisproblemene har vært bestemmende for utformingen av skyldkravet, og dersom det i tillegg aksepteres et lavere beviskrav i forhold til bevistemaet, har man senket beviskravet i to omganger – for det første ved at det opereres med sannsynlighetsforsett og *dolus eventualis*, og deretter ved vurderingen av om skyldkravet er oppfylt. Strandbakken konkluderer slik:

«Etter mitt skjønn er det tatt tilstrekkelig hensyn til bevisproblemene ved utformingen av forsettskravet. Det kan derfor ikke være grunnlag for å operere med et svakere beviskrav for de subjektive vilkår for straff så langt det gjelder krav om forsett.»<sup>150</sup>

Strandbakken mener at dersom det er rimelig tvil om tiltalte har hatt sannsynlighetsforsett, må han frifinnes.<sup>151</sup>

Straffeprosessutvalget uttalte i forbindelse med forslag til å lovfeste beviskravet i ny straffeprosesslov at:

«... det ikke er grunn til å videreføre en slik nyansering av beviskravet for subjektive forhold som er uttrykt i rettspraksis, ...», [der de henviser til Rt. 1998 s. 1945 på s. 1947.] «Utvalget mener det strafferettslige beviskravet – som innebærer at enhver rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode – også må gjelde for tvil knyttet til faktum ved avgjørelsen av spørsmålet om gjerningspersonen var tilregnelig.»<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> Strandbakken (2003) s. 395.

<sup>150</sup> Strandbakken (2003) s. 396.

<sup>151</sup> Strandbakken (2003) s. 397.

<sup>152</sup> NOU 2016:24 s. 264.

Det er naturlig å anta at også dette gjelder for nyanseringen av beviskravet med tanke på spørsmålet om tilstrekkelig bevis for subjektiv skyld.

Der det tilsynelatende klart er påvist nyanser i beviskravet, er i tilknytning til hva slags lovbrudd og straffbar handling beviskravet skal anvendes på. Sannsynligvis er det et lavere krav ved mindre alvorlige lovbrudd. Andenæs' standpunkt, som har fått tilslutning i norsk teori, at det neppe kan være tvil om at det i praksis skjer en viss gradering av hva som betraktes som en rimelig tvil, beror i noen grad på sakens art: «En dommer vil kreve en høyere grad av visshet for å domfelle for drap enn for en trafikkforseelse.»<sup>153</sup> Allmennprevensjonen ville blitt betydelig svekket dersom det ville bli alt for enkelt å slippe unna lovbrudd der de moralske motforestillinger mot lovbruddet er små – f.eks. råkjøring. Den legislative begrunnelsen<sup>154</sup> for beviskravets regel gjør seg altså ikke gjeldende med samme styrke i slike saker.<sup>155</sup> Imidlertid finnes det ikke rettspraksis som direkte gir uttrykk for et differensiert beviskrav ut fra lovovertrédelsens art.<sup>156</sup>

Strandbakken mener det ikke foreligger et slikt grunnlag for å operere med et mildere beviskrav ved mindre alvorlige straffbare handlinger. Han anfører at det slett ikke er sikkert at et strengt beviskrav medfører at det vil være enkelt å komme seg unna lovbruddet.<sup>157</sup> Han henviser til Kjæremålsutvalgets avgjørelse i Rt. 1998 s. 291, hvor det ble lagt til grunn at man ikke kunne operere med et svakere beviskrav i saker om parkeringsgebyr.<sup>158</sup> Videre slutter han seg til Diesen som anfører at det er mulig å tenke seg at beviskravet er konstant, men at utredningskravet varierer.<sup>159</sup> Motstridende argumenter i teorien sammen med praksis viser at det også på dette området diskuteres om det mest sannsynlig gjelder et lavere beviskrav for mindre og bagatellmessige lovovertrédelser.

De ovennevnte synspunkter gir uttrykk for et samlet utgangspunkt og en enighet om at det ikke kan stilles like høye beviskrav til subjektive forhold som til objektive forhold, og at regelens krav inneholder nyanser. Men uttalelsen til Straffeprosessutvalget om gjeldende rett og nyanseringen av kravet lagt til grunn i Rt. 1998 s. 1945, viser at det finnes et spenningsforhold i strafferettsteorien om hvilket krav som bør gjelde for de subjektive straffbarhetsbetingelsene. Synspunktene gir videre uttrykk for et skille mellom det empiriske

---

<sup>153</sup> Andenæs (2014) s. 161.

<sup>154</sup> Se punkt 3.3.1 om at: «Beviskravets høye terskel er tradisjonelt begrunnet ved at det i straffeprosessen er en ulykke med feilaktig domfellelse».

<sup>155</sup> Hov (2007) s. 362.

<sup>156</sup> Andenæs (2014) s. 161, se også Løvlie (2014) s. 369.

<sup>157</sup> Strandbakken (2003) s. 566-567.

<sup>158</sup> Rt. 1998 s. 291 s. 293.

<sup>159</sup> Diesen (2015) s. 192.

spørsmålet om hvor strengt beviskravet faktisk håndheves, og det normative spørsmålet om hvor strengt det faktisk er. Fremstillingen er først og fremst ute etter drøftelsen av det normative spørsmålet.

Prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode skal ligge som et rettsikkerhetsideal for den tiltalte i straffeprosessen, men drøftelsen viser at det særegne ved subjektive forhold tilknyttet skyldkravet forsett, skaper nyanser og diskusjon i strafferettsteorien.

Konklusjonen er at det ikke foreligger et grunnlag for å si at det gjelder et lavere beviskrav for subjektive forhold, beviskravets terskel er lik for alle straffbarhetsbetingelser. Et like strengt beviskrav for subjektive forhold styrker rettssikkerheten til borgerne, på den annen side vil det kunne gå ut over effektiv håndhevelse av straffebudene. For kravet om subjektiv skyld må altså bevis for subjektive forhold håndteres på andre måter for å legge til rette for bevisbarheten, og for å sikre effektiv håndhevelse av de kriminaliserte handlingene.

### **5.3 Lovtekst legger føringer for hva som skal til for å bevise skyld**

#### **5.3.1 Tema, avgrensninger og opplegg**

I dette punktet er siktemålet å vise hvordan lovgiver i forarbeider presiserer hvilke ytre forhold som må foreligge for tilstrekkelig bevis for skyld. Dette er en form for strategi der lovgiver gjennom forarbeidene klargjør hvilke bevissituasjoner som er tilstrekkelig for å legge til grunn forsett.

Fremstillingen tar utgangspunkt i forarbeidene til strl. § 145 annet ledd. Videre påpekes utfordringer som oppstår i tilknytning til beviskravet.

#### **5.3.2 Hvilke ytre fenomener må foreligge for slutninger om fullbyrdelsesforsett?**

Forberedelseshandlinger tilknyttet straffeбудet straffes for forsøk og det kreves «... forsett om å fullbyrde et lovbrudd som nevnt i første ledd ...», jf. annet ledd første punktum. I denne sammenheng er det lite praktisk å snakke om sannsynlighetsforsett. I de aller fleste tilfeller vil det være snakk om hensiktsforsett, jf. strl. § 22 første ledd bokstav a.

Ved en forberedende handling, vil først og fremst ikke ordlyden i første ledd komme til anvendelse. For det andre vil heller ikke det generelle forsøksansvaret etter strl. § 16 komme til anvendelse. Lovgiver har derfor måttet ty til en utvidelse av forsøksansvaret i annet ledd. Ordlyden i annet ledd sett i sammenheng med bestemmelsens utforming peker i retning av at det er spørsmål om forsøksstraff i form av forberedelse.



Forarbeidene gir noen veiledende holdepunkter om hva forsettskravet innebærer, og hva som må legges til grunn for slutninger om fullbyrdelsesforsett. Om forsettskravet uttales det at «... han må ha bestemt seg for å delta i en væpnet konflikt. At han har bestemt seg for å dra til et konfliktområde er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig.»<sup>160</sup> For å legge ned påstander om fullbyrdelsesforsett må det altså foreligge noe mer. I merknaden uttales det imidlertid at: «På den annen side kreves det ikke at det er tatt en beslutning om alle detaljer ved den lovstridige handlingen», merknaden sikter da til gjerningsbeskrivelsen i første ledd.<sup>161</sup> Det mest sentrale momentet for vurderingen av hvor grensen for straffbar forberedelse går er:

«... hva som er foretatt sett i sammenheng med hva den handlende har forsett om å gjennomføre. Det kreves at foretatte handlinger «legger til rette for» og «peker mot» gjennomføringen. Med dette krever forslaget at gjerningspersonen må ha foretatt reelle og alvorlige forberedelser med sikte på å delta militært i væpnet konflikt i utlandet.»<sup>162</sup>

Uttalelsen viser at det kreves konkrete, objektive foretatte handlinger som «peker mot» gjennomføringen. Samtidig peker dette i retning av en viss grad av realitet- og alvorlighet ved de foretatte forberedende handlinger, som videre må ta sikte på å delta militært i væpnet konflikt i utlandet. Hvor høy eller sterk grad av realitet og alvorlighet som kreves av handlingene, sies det imidlertid ikke noe om.

I forbindelse med hva som faktisk må foreligge for å kunne legge ned påstand om at det foreligger et forsett om å fullbyrde gjerningsbeskrivelsen, peker merknaden på konkrete ytre fenomener som kan være egnet til å bedømme om den samlede handlemåten peker mot et lovbrudd. De sier at dokumentasjon på hva vedkommende planlegger vil være et egnet bevisdatum. Videre presiseres det hva slags dokumentasjon dette kan være:

«... nedskrevne notater som gir uttrykk for gjennomføringsplanen, flybilletter, reiserute og kart, informasjon om kost og losji under oppholdet, samt ulike stridsteknikker. Andre bevis kan være uttalelser vedkommende har kommet med til andre impliserte, samarbeid med andre impliserte, herunder med noen som driver rekrutteringsvirksomhet eller som representerer en væpnet gruppe i konfliktområdet, avtaler som er gjort med et «mottaksapparat» knyttet til reisemålet, eller andre tiltak for å tilrettelegge eller organisere deltakelsen.»<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Prop.44 L (2015-2016) s. 69.

<sup>161</sup> Prop.44 L (2015-2016) s. 63.

<sup>162</sup> Prop.44 L (2015-2016) s. 64.

<sup>163</sup> Prop.44 L (2015-2016) s. 64.

Her har lovgiver gitt en ganske presis angivelse av hvilke ytre fenomener som er egnet til å påvise forsett om å fullbyrde gjerningsbeskrivelsen. I enkelte tilfeller er det altså nødvendig å legge føringer på hvilke faktiske handlinger og ytre fenomener som må kunne påvises for å bevise det subjektive forhold hos gjerningspersonen. Dette viser at terskelen for beviskravet for subjektive forhold, i dette tilfellet forsett, er høyt. Videre kan man si at det binder rettsanvenderen, i dette tilfellet påtalemyndigheten, til hva som faktisk må bevises for å kunne legge ned påstand om at gjerningspersonen har utført handlingene med den nødvendige bevissthet om at gjerningsbeskrivelsen oppfylles.

Videre påpekes det et tilfelle der gjerningspersonen har reiseplaner til Tyrkia. I utgangspunktet vil dette alene ikke være tilstrekkelig, selv om det er et vanlig utgangspunkt for videre reise inn i for eksempel Syria eller Irak. Merknaden påpeker at det likevel er mulig å påføre tiltalte et straffansvar: «[d]ersom vedkommende har *påbegynt reisen med fullbyrdelsesforsett*, vil derimot straffansvar etter omstendighetene *kunne inntre*».<sup>164</sup> Forarbeidene peker her på en nedre grense av kravet til fullbyrdelse, men sier i denne sammenheng lite om hvilke handlinger som kunne vært veiledende for den nedre grense av fullbyrdelsesforsett, eller om hva som absolutt må foreligge for å kunne legge ned påstand om fullbyrdelsesforsett. Grunnen til dette knytter seg til den usikkerheten om hvorvidt de epistemiske kriteriene kommer til anvendelse i den situasjonen man her står ovenfor.<sup>165</sup> Ved en slik straffbar forberedelseshandling kan det tenkes at det som regel er veldig få synbare ytre forhold man kan trekke slutninger fra, og som videre legger et tilstrekkelig informasjonsgrunnlag for holdbarheten av påstanden om fullbyrdelsesforsett.

Lovgivers hensikt er å omfavne de situasjoner og handlinger hvor det er påbegynt en reise til utlandet med fullbyrdelsesforsett tilknyttet gjerningsbeskrivelsen i første ledd. I tilfeller hvor en person har påbegynt en reise med fullbyrdelsesforsett, eksempelvis til Tyrkia uten noen andre ytre synbare forhold for hans hensikt med reisen, vil det være vanskelig å bevise dette forsettet ut over enhver rimelig tvil. Kriminaliseringen av forberedelseshandlinger vil i praksis bli svært lite effektivt utover de helt opplagte tilfeller, der en rekke ulike forberedende handlinger sett i sammenheng i bevissituasjonen, vil kunne føre til domfellelse.

Fullbyrdelsesforsettet illustrerer det subjektive forholds særegne plassering. Det vil være vanskelig å begrunne påstander om bevissthetsstørrelser der straffebudet krever fullbyrdelsesforsett. Forsettskravet gir rettslige utfordringer tilknyttet påstander om- og holdbarheten av subjektive forhold tilknyttet straffebudet, særskilt i de tilfeller hvor det ikke

---

<sup>164</sup> Prop.44 L (2015-2016) s. 64 (min kursivering).

<sup>165</sup> Se punkt 4.5.1.

kan påvises andre synbare ytre forhold. Videre er det spesielt i slike tilfeller hvor selve handlingen i gjerningsbeskrivelsen ikke er fullbyrdet, her vil fullbyrdelsesforsettet gjemme seg godt i gjerningspersonens indre.

I slike tilfeller hvor gjerningspersonen ikke tilstår sin hensikt gjennom egen introspeksjonserfaring, skal det mye til å oppnå beviskravets høye terskel.

## **5.4 Uaktsomhetsansvaret som strategi for å legge til rette for bevisbarhet**

### **5.4.1 Tema, avgrensninger og opplegg**

Noen kriminelle handlinger er vanskeligere å bevise enn andre. Det skyldes ofte handlingene i seg selv tilknyttet det subjektive skyldkravet. I slike tilfeller vil det være nærliggende å stille spørsmålet om en senkning av skyldkravet kan føre til mer effektiv håndhevelse av straffebudet. Fremstillingen vil i dette punktet ta utgangspunkt i forarbeidene til to straffebud som kriminaliserer uaktsomhet. Siktemålet er å vise hvordan lovgiver dels anvender dette ansvaret som en strategi for å legge til rette for bevisbarhet, på områder hvor det er vanskelig å bevise forsett, og det redegjøres for kritiske argumenter som taler i mot å innføre et slikt utvidet skyldansvar. Fremstillingen presiserer at det tas utgangspunkt i et generelt grunnlag, og det avgrenses mot utfordringer tilknyttet den enkelte saks bevissituasjon som naturlig varierer fra sak til sak.

### **5.4.2 Grov uaktsom voldtekt**

En sentral forklaring på det lave antallet domfellelser i voldtektssaker er at det ofte er vanskelig å bevise om det har skjedd et overgrep. Det gjelder særlig i saker hvor den påståtte voldsanvendelsen eller den truende adferden har vært av relativt beskjeden art. Bevisproblemene knytter seg imidlertid ikke bare til det subjektive straffbarhetsvilkåret, forsett, men så vel til det objektive vilkåret om hva som faktisk har skjedd. Videre kan det være vanskelig å påvise om gjerningspersonen har opptrådt tilstrekkelig voldelig eller truende. Det vil også kunne reises tvil ved om offeret faktisk deltok frivillig.<sup>166</sup>

I forarbeidene til bestemmelsen som først ble innført i straffeloven 1902 § 192 fjerde ledd, ble det ved flertall foreslått av Seksuallovbruddutvalget<sup>167</sup> under Straffelovkommisjonen at en kriminalisering av grov uaktsom voldtekt ikke burde innføres. Utvalget tar utgangspunkt i straffeloven 1902 § 42 om at gjerningspersonen skal bedømmes ut fra sin egen faktiske oppfatning av situasjonen (tilsvarer gjeldende straffelov § 25). Det betyr at han ikke kan

---

<sup>166</sup> NOU 2002:4 s. 405.

<sup>167</sup> Seksuallovbruddutvalget (oppnevnt av Justisdepartementet 11. desember 1995).

dømmes for voldtekt dersom han faktisk trodde at den seksuelle omgangen var frivillig – kravet til forsett vil da ikke være oppfylt i forhold til tvangen. Utvalget uttalte videre at:

«I praksis er det en ganske vanlig situasjon at den voldtektstiltalte hevder at den seksuelle omgangen var frivillig fra kvinnens side, mens kvinnen hevder det motsatte. En domfellelse vil da bero på en vurdering av hvilken forklaring som er mest troverdig sammenholdt med de andre bevisene i saken. Her som ellers skal rimelig og fornuftig tvil komme den tiltalte til gode.»<sup>168</sup>

Utvalgets flertall er av den oppfatning at det ikke er tilstrekkelig å begrunne en kriminalisering av uaktsom voldtekt med at man derved kan gjøre det lettere å føre bevis for voldtekter som i realiteten er forsettlige:

«En nykriminalisering bør forankres i selvstendige vurderinger av handlingens straffverdighet. Dessuten er det ingen grunn til å anta at et modifisert skyldkrav i særlig grad vil avhjelpe disse bevisproblemene, ettersom bevisproblemene like gjerne knytter seg til faktum som til de subjektive straffbarhetsvilkårene.»<sup>169</sup>

Her er flertallets oppfatning noe uklar. De sier at en endring i skyldkravet ikke i særlig grad vil avhjelpe bevisproblemene fordi bevisproblemene like gjerne knytter seg til faktum som til de subjektive straffbarhetsvilkårene. Uttalelsen peker i retning av at grunnlaget for de subjektive straffbarhetsvilkårene er noe annet enn de faktiske forhold. Mest sannsynlig sikter flertallet her til det objektive vilkåret om hva som faktisk har skjedd i forhold til gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Den videre uttalelsen peker i den retning:

«I de sakene hvor det er sentralt for frifinnelse, vil det ofte foreligge motstridende forklaringer ... Hvis skyldkravet endres til grovt uaktsomhet, må det bevises ut over enhver rimelig tvil at gjerningsmannen er sterkt å bebreide for at han ikke forstod dette. Denne forskjellen i bevistema antar flertallet ikke vil føre til noen endringer i antallet domfellelser for de tilfellene der partenes forklaringer står mot hverandre, uten andre skjerpene omstendigheter som bruk av vold e.l.»<sup>170</sup>

Av mindretallet uttalte medlemmet Grete Kvalheim at det bør innføres et uaktsomhetsansvar for voldtekt. Hun begrunner dette med at den gjeldende voldtektsbestemmelsen gir et

---

<sup>168</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 27.

<sup>169</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 28.

<sup>170</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 28.

utilstrekkelig rettsvern for ofrene. I tilknytning til spørsmålet om bevisbarhet tillegger hun at: «... det vil være lettere å bevise uaktsomhet enn forsett.»<sup>171</sup>

Av høringsinstansenes syn angående spørsmålet om bevisbarhet, avviser Riksadvokaten, Forsvarergruppen av 1977, politimesteren i Troms og Politiembetsmennenes Landsforening, at en senkning av skyldkravet vil gjøre det lettere å føre bevis for at en voldtekt har funnet sted. Riksadvokaten påpeker det samme som flertallets oppfatning, at i de sakene hvor grovt uaktsom voldtekt er praktisk er bevistemaet som regel ikke hva gjerningsmannen burde ha forstått, men heller om fornærmede opptrådte på en slik måte at det forelå samtykke:

«Tvilen knytter seg til de objektive krav, og ikke de subjektive. Man kan på denne bakgrunn ikke være enig i det som ofte er blitt anført at et redusert skyldkrav vil gjøre det lettere å føre bevis for voldtekter som i realiteten er forsettlige.»<sup>172</sup>

Det interessante i den forbindelse er Riksadvokatens videre uttalelse der han sier at: «Tvert i mot antas det at en kriminalisering av uaktsomhet (simpel eller grov) voldtekt vil kunne føre til at voldtekter som er forsettlige blir bedømt som uaktsomme.» Riksadvokaten peker her på faren for nedsubsumering ved et uaktsomhetsansvar. Dersom innføring av uaktsomhetsansvar vil føre til en slik fare kan det tolkes som at det vil bli enklere å bevise et slikt skyldkrav i enkelte tilfeller. Det var også flere av høringsinstansene som påpekte faren for nedsubsumering dersom uaktsomhetsansvaret ble innført.

Departementet vurderte faren for nedsubsumering og konkluderte med at den ikke var så stor at det kunne «tillegges særlig vekt ved vurderingen».<sup>173</sup>

I en artikkel forfattet av Ragnhild Hennum konkluderes det med at det ikke finnes empirisk holdbart belegg for påstanden om nedsubsumering: «Det kan hende det skjer, men det er altså helt umulig å påvise/belegge empirisk.» Hun viser til et eksempel fra Høyesterett der gjerningspersonen ble dømt for grov uaktsom voldtekt, men hvor det var underlig at han ikke ble dømt for forsettlig voldtekt.<sup>174</sup> Hennum sier det er mulig dommen er et eksempel på nedsubsumering: «... problemet er bare at vi ikke vet om utfallet hadde blitt frifinnelse på grunn av manglende forsett dersom saken hadde vært pådømt som forsettlig voldtekt.»<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 29.

<sup>172</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 29.

<sup>173</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 32.

<sup>174</sup> Rt. 2006 s. 471 avsnitt 7-8.

<sup>175</sup> Hennum (2009) s. 59.

Departementet kom frem til, under en viss tvil, at de vil foreslå å kriminalisere grov uaktsom voldtekt. De er i hovedsak enig i Kvalheims begrunnelse. Forslaget fikk tilslutning i Stortinget og ble innført i straffeloven 1902 § 192 fjerde ledd.<sup>176</sup> I forarbeidene til gjeldende straffelov foreslo straffelovkommisjonen<sup>177</sup> at bestemmelsen ikke skulle videreføres. Heller ikke i denne omgang fant kommisjonen et tilstrekkelig grunnlag for å straffe denne type handlinger, og de hadde vanskelig for å se at et uaktsomhetsansvar på dette området vil fylle noe praktisk behov.<sup>178</sup> Departementet mente likevel at straffebudet burde videreføres, begrunnet blant annet med at man ville utelukke alvorlige integritetskrenkninger fra straffansvar.<sup>179</sup> Bestemmelsen er videreført i straffeloven § 294, jf. § 24 annet ledd.

I tilknytning til spørsmålet om uaktsomhetsansvaret som strategi for å legge til rette for bevisbarhet, er det altså en motstridende diskusjon om det faktisk vil bli enklere å bevise et slikt skyldkrav i forbindelse med straffeloven § 294, jf. § 24 annet ledd. På generelt grunnlag må man i det minste kunne si at det subjektive forhold endres ved at bevistemået tilknyttes en objektiv norm med en lavere terskel for skyld, som enklere kan bevises ut over enhver rimelig tvil.

#### 5.4.3 Uaktsomt heleri – straffeloven § 335

I flere straffebud på området om økonomisk kriminalitet har hensynet til bevisbarhet ført til at lovgiver har nedsatt skyldkravet. I dette punktet begrenses fremstillingen til å behandle heleribestemmelsen, hvor det redegjøres for grunnlaget som i årenes løp har ført til en gradvis nedsettelse av skyldkravet.

I straffesaker om økonomisk kriminalitet knytter det seg særegne bevisproblemer. Problemene knyttet til slike saker:

«... henger først og fremst sammen med at *økonomisk kriminalitet*<sup>180</sup> ... begås innenfor en virksomhet som i seg selv er eller gir seg ut for å være lovlig. Dette gjør det lettere å skjule kriminaliteten enn tilfellet ofte er når det gjelder tradisjonell vinnings- og voldskriminalitet.»<sup>181</sup>

---

<sup>176</sup> Inn tatt ved lov 11. august 2000 nr. 76.

<sup>177</sup> Straffelovkommisjonens delutredning VII (oppnevnt ved kongelig resolusjon 26. september 1980).

<sup>178</sup> NOU 2002:4 s. 406.

<sup>179</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 235.

<sup>180</sup> Nærmere om begrepet *økonomisk kriminalitet*, se Oftedal Broch (1994) s. 24-25 og Ot.prp. nr. 72 (2002-2003) s. 15 (min kursivering).

<sup>181</sup> Sundet (1994) s. 136.

Opprinnelig rammet straffeloven 1902 § 317 kun de tilfeller der gjerningspersonen «vidste eller maatte forstaa» at gjenstanden var fravendt noen ved underslag, tyveri mv. Formuleringen av «maatte forstaa» kunne indikere at også grovt uaktsomme handlinger ble rammet, men med utgangspunkt i en kjennelse<sup>182</sup> fra Høyesterett ble det ansett som fast praksis at også på dette punkt måtte gjerningspersonen opptrådt forsettlig.<sup>183</sup>

I forarbeidene til departementets forslag om nedsettelse av skyldkravet ble bevisproblemene tilknyttet bestemmelsen et sentralt moment. I spørsmålet om uaktsomt heleri burde kriminaliseres uttalte flere instanser seg om departementets personalmelding. Oslo politikammer uttalte blant annet:

«På den annen side er det som regel vanskelig å få dømt «den gode borger» for heleri. Domstolene krever positiv kunnskap hos kjøperen om at han visste at gjenstanden f.eks. var stjålet. Skal man i fremtiden ha det minste håp om å holde tyveriene i sjakk, særlig hvis lovforslaget om ekstinksjon blir vedtatt, antar man at det er absolutt påkrevet å innføre straff for uaktsomt heleri. Det må i så fall ikke stilles strengere krav enn vanlig uaktsomhet, og ikke gjøres forskjell på den profesjonelle heler og den person som en enkelt gang kjøper tyvegods.»<sup>184</sup>

Departementet uttalte i samme retning at:

«[det] synes klart at forsettskravet i straffelovens § 417 – som innebærer at forsettet også må omfatte det forhold at den helede gjenstanden ble fravendt ved en forbrytelse – volder bevismessige vansker og reduserer mulighetene for en effektiv håndheving av heleribestemmelsen. Ved andre vinningsforbrytelser vil man ofte av handlingssituasjonen kunne slutte seg til om gjerningsmannen har handlet med forsett eller ikke. Slik er det ikke ved heleri når det gjelder forsett med hensyn til at det forhold at fravendelsen er skjedd ved en forbrytelse. Som regel er gjerningsmannen selv den eneste som kan bidra til opplysning av saken på dette punkt. Velger han å holde tett, må påtalemyndigheten gjerne henlegge saken eller se i møte at tiltalte blir frifunnet. Slik forsettskravet er utformet i gjeldende rett, har siktede alt å vinne på å nekte enhver kjennskap til hvordan gjenstanden er skaffet til veie.»<sup>185</sup>

I vurderingen av hvilken grad av uaktsomhet som bør kreves foreslo departementet en formulering som hadde en noe lempeligere uttrykksmåte enn grov uaktsomhet, men samtidig

---

<sup>182</sup> Rt. 1908 s. 776.

<sup>183</sup> Ot.prp. nr. 35 (1972-1973) s. 16.

<sup>184</sup> Ot.prp. nr. 35 (1972-1973) s. 18.

<sup>185</sup> Ot.prp. nr. 35 (1972-1973) s. 18.

ga klart uttrykk for at vanlig uaktsomhet ikke var nok: «som hadde god grunn til å anta».<sup>186</sup> Likevel ble grov uaktsomhet innført som skyldkrav og bestemmelsen ble innført ved lov 1. juni 1973 nr. 29.

Videre ble bestemmelsen endret igjen ved lov 15. mars 1991 nr. 5 og skyldkravet ble redusert til vanlig uaktsomhet. I forarbeidene under departementets merknader ble det uttalt at:

«Ved å straffelegge uaktsomt heleri vil man for det første kunne oppnå å forenkle bevistemaet i helerisaker betraktelig. Situasjoner hvor det egentlig foreligger forsett eller grov uaktsomhet, men hvor dette i dag ikke lar seg bevise, eller hvor domstolen nøler med å karakterisere det beviste forholdet som grovt uaktsomt, vi dermed lettere kunne lede til tiltale og domfellelse. En lemping av skyldkravet vil videre innebære en reell utviding av straffansvaret til å omfatte forhold som i dag ikke rammes. Generelt vil en skjerping av skyldkravet kunne ha en preventiv effekt og dermed bidra til å redusere omfanget av helerivirksomheten. Dette vil igjen kunne ha betydning for tyvskriminaliteten og dermed indirekte også for narkotikaproblemet.»<sup>187</sup>

I 1993 ble det utført en omfattende revisjon av heleribestemmelsen og det ble videreført at uaktsomhet skulle være tilstrekkelig som skyldkrav. Hensynet til effektivitet ble også her sterkt fremhevet:

«Departementet ga i høringsnotatet uttrykk for at både forsett og uaktsomhet bør rammes av en ny heleribestemmelse. Hvis ikke uaktsomhet omfattes, vil bestemmelsen miste mye av sin tiltenkte effekt. Ofte er det vanskelig å føre bevis for forsett i de situasjoner bestemmelsen gjelder. For eksempel viser de som deltar i organisert kriminalitet, ofte stor oppfinnsomhet for å unngå å bli oppdaget.»<sup>188</sup>

I gjeldende straffelov er bestemmelsen videreført i § 335. I straffeloven er hovedregelen forsett, jf. § 21, videre er det forutsatt at dersom uaktsomme handlinger skal straffes, bør det normalt kreves grov uaktsomhet.<sup>189</sup> I forbindelse med lovens utgangspunkt for skyld uttalte straffelovkommisjonen at:

«Et viktig moment av betydning for om det bør gjelde et uaktsomhetsansvar for en handlingstype, er om den aktuelle typen atferd innebærer en fare for alvorlige

---

<sup>186</sup> Ot.prp. nr. 35 (1972-1973) s. 20.

<sup>187</sup> Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) s. 48.

<sup>188</sup> Ot.prp. nr. 53 (1992-1993) s. 17.

<sup>189</sup> Matningsdal (2015) s. 341.



skadefølger. Videre vil effektivitetshensyn kunne tale for et uaktsomhetsansvar i forhold til straffesanksjonerte plikter. Et krav om forsett vil i mange tilfeller kunne skape store bevisproblemer fordi forglemmelse vil være en nærliggende unnskyldningsgrunn ... Også i andre tilfeller kan effektivitetshensyn tale for et uaktsomhetsansvar. For lovbrudd der bevissituasjonen gjennomgående er vanskelig, kan det bli snakk om å kriminalisere uaktsom overtredelse for å ramme såkalte skjult forsett, ...»<sup>190</sup>

Departementet fant det likevel nødvendig å videreføre bestemmelsen om simpel uaktsomhet ved heleri. I forarbeidene til endring i straffeloven 2005 mener departementet at:

«... både uaktsomt heleri og hvitvasking i seg selv er straffverdige handlinger. Men først og fremst synes en videreføring av vanlig uaktsomhet som skyldkrav nødvendig for at bestemmelsene skal være tilstrekkelige effektive mot heleri og hvitvasking. Mange av handlingene begås i samarbeid eller forståelse mellom flere lovbrøyttere i kriminelle miljøer, og uhildete vitner finnes ofte ikke. En heving av skyldkravet vil etter departementets vurdering være et skritt i feil retning i bekjempelsen av særlig økonomisk kriminalitet generelt.»<sup>191</sup>

Begrunnelsene for nedsettelse av skyldkravet for heleri viser det særegne subjektive forhold som på dette området er svært vanskelig å bevise dersom straffebudet krever forsett. Uaktsomhetsansvaret innfører en objektiv norm som gir domstolen en lavere terskel for å påvise tilstrekkelig subjektiv skyld.

Med utgangspunkt i lovens hovedregel om at kun forsettlige overtredelser kan straffes har det vist seg at noen straffverdige handlinger er vanskeligere å bevise enn andre. Økonomisk kriminalitet er et område hvor det skjulte forsettet er mer tilgjengelig enn på andre kriminaliserte områder. Straffebudene som er rettet mot økonomisk kriminalitet og deres objektive vilkår er ofte utformet på en måte som gir bevismessige problemer i tilknytning til forsettskravet. Mange av straffebudene har objektive vilkår som forutsetter en normativ vurdering, eller de kan inneholde skjønnspregede uttrykk. Utformingen av de objektive vilkårene i straffebud som er rettet mot økonomisk kriminalitet ofte tilsier bruk av uaktsomhet som skyldkrav.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> NOU 2002:4 s. 87.

<sup>191</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 292.

<sup>192</sup> Scea (1994) s. 128.

#### 5.4.4 Virkninger av å innføre uaktsomhetsansvar

En nedsettelse av skyldkravet fører til at straffebestemmelsen blir mer effektiv. Mer konkret kan man si at den vil i større grad kunne ramme tilfeller av skjult forsett. Med skjult forsett menes de overtredelser som tidligere ikke kunne straffes fordi det ikke kunne bevises ut over enhver rimelig tvil at gjerningspersonen hadde handlet forsettlig. Straffelovkommisjonen har i sin utredning drøftet spørsmålet om kriminalisering av uaktsomme handlinger for å ramme skjult forsett. På grunn av beviskravets høye terskel vil det i flere tilfeller ikke være mulig å føre tilstrekkelig bevis for forsett, selv om det i realiteten er begått et forsettlig lovbrudd. Straffelovkommisjonen uttalte i den forbindelse:

«I enkelte typer saker kan bevissituasjonen i forhold til skyldspørsmålet gjennomgående være særlig vanskelig. Dette kan lede til at det oppstår et press i retning av å kriminalisere uaktsom overtredelse ut fra effektivitets- og kontrollhensyn, selv om slik overtredelse i seg selv ikke bedømmes som straffverdig.»<sup>193</sup>

Innføring av uaktsomhetsansvaret åpner for at tilfeller av skjult forsett kan bli rammet av straffebudet. Uaktsomhetsansvaret vil også kunne ha stor allmennpreventiv effekt i den form av at borgerne opptrer mer varsomt og bevisst når de vet at også uaktsomme handlinger kan føre til straff.<sup>194</sup> På den annen side vil effektivitets- og kontrollhensyn kunne tvinge frem uaktsomhetsansvar for ulike overtredelser selv om disse i seg selv ikke bedømmes som straffverdige. Uaktsomhetsansvaret åpner også opp for nedsubsumering som er lite ønskelig da det kan føre til at forsettlige overtredelser blir subsumert og dømt som uaktsomme.

Rettsikkerheten for borgerne er et sentralt hensyn i drøftelsen av strategiene som anvendes for å legge til rette for bevisbarhet. Effektivitet- og kontrollhensyn har vist seg å være et tungtveiende argument der lovgiver har innført uaktsomhetsansvaret på ulike områder i strafferetten. Hensynet til effektivitet må alltid veies opp mot tiltaltes rettsikkerhet. Det kan tenkes at slike strategier muligens fører til at flere uskyldige personer blir dømt. Samfunns- og maktposisjonen må og tas i betraktning. Staten og påtalemyndigheten står ofte i en vesentlig sterkere posisjon i forhold til den mistenkte og tiltalte i en straffesak. I den forbindelse er det viktig å fremheve beviskravets terskel ved at det ikke bør gjelde et lavere krav for subjektive forhold enn for de objektive.

---

<sup>193</sup> NOU 2002:4 s. 88.

<sup>194</sup> Sundet (1994) s. 147.

## **5.5 Sløret forsett som strategi for å legge til rette for bevisbarhet**

Sløret forsett er den nedre formen i sannsynlighetsforsettet og *dolus eventualis*. Høyesterett har lagt til grunn at en sløret noe uklar bevissthet, om at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet vil mest sannsynlig oppfylles ved handlingen, er nok til å fastslå forsett.<sup>195</sup> Dette kan sees på som en strategi for å legge til rette for bevisbarhet. Det er klart enklere å bevise ut over enhver rimelig tvil om at gjerningspersonen hadde en slik sløret oppfatning, han trenger således ikke være helt klar over at handlingen mest sannsynlig vil oppfylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Høyesterett senker altså kravet til hva som må foreligge for å kunne legge til grunn påstander om forsett. Dette spiller videre på Strandbakkens argumenter om at utformingen av reglene om forsett tar tilstrekkelig hensyn til beviskravets høye terskel, som videre er et argument for at det ikke er grunnlag for å si at det gjelder et lavere beviskrav for subjektive forhold.

## **5.6 Endring av *dolus eventualis* – rimeligere grunnlag for slutning**

Jo Stigen argumenterer for en strategi som går ut på å utforme rettsregelen slik at den etterspør indre fenomener som lar seg bevise. Stigen foreslår å bytte ut forsettsformen *dolus eventualis* med en ansvarsregel for likegyldighet. Han mener en slik regel vil gjøre slutningene rimeligere: «Det er for eksempel rimeligere å slutte fra hensynsløs atferd at gjerningspersonen har stilt seg likegyldig til overtredelsen enn at vedkommende har positivt innvilget den.»<sup>196</sup> En slik ansvarsregel vil kunne legge et rimeligere grunnlag for slutninger om gjerningspersonen bevissthetsstørrelser, og det vil igjen kunne være et argument for at beviskravets terskel ikke burde senkes for subjektive forhold.

## **5.7 Oppsummering og konklusjon**

Beviskravet i straffesaker inneholder nyanser, men det er forutsatt at det i alle tilfeller skal håndheves strengt. Drøftelsen ovenfor viser at det ikke er grunnlag for å si at det gjelder et lavere krav for subjektive forhold. En slik anvendelse av beviskravet vil altså ikke kunne være en strategi for å legge til rette for bevisbarhet. Derimot må utformingen av skyldkravet kunne sees på som en strategi for at flere handlinger kan bli rammet av forsettsbegrepet. Lovgiver har som vist lagt føringer på hva som skal være tilstrekkelig for å legge til grunn forsett. Dette kan sees på som en strategi for å øke bevisbarheten og vise bevisbedømmeren hva som skal anses for å være tilstrekkelig i spørsmålet om skyld. Kriminalisering av uaktsomhetsansvaret er videre en måte å legge til rette for bevisbarheten på enkelte områder. Likevel er innføring

---

<sup>195</sup> Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 18, se også Rt. 1991 s. 600 s. 602, se også punkt 2.2.2.3 og 2.2.2.4.

<sup>196</sup> Stigen (2010) s. 631-632.

av et slikt ansvar kritisert fra flere hold. Det kan også stilles spørsmål om sløret forsett er utformet som en strategi for å legge til rette for bevisbarhet - senkning av kravet til sannsynlighetsforsett og positiv innvilgelse vil kunne omfavne flere tilfeller der det er usikkerhet rundt slutningsgrunnlaget for skyld. Et rimeligere grunnlag for slutning om forsett viser også at diskusjonen rundt utformingen av forsettskravet fremdeles er aktuelt.

## 6 Avsluttende oppsummering og konklusjon

Avhandlingen belyser et nyansert og diskuterbart grunnlag i spørsmålet om det kan sies at det gjelder et lavere beviskrav for subjektive enn for objektive forhold i straffesaker. Beviskravet utfører en terskelfunksjon som skal beskytte mot uriktige domfellelser. I samspill med strafferettens subjektive skyldkrav, forsett, viser avhandlingens gjennomgang at man ikke kan være like sikker på de subjektive forhold som de objektive, og at beviskravets terskel inneholder nyanser i forhold til de ulike straffbarhetsbetingelsene. Ved å senke terskelen for beviskravets regel ved påstander om subjektive forhold rokker man ved et konstitusjonelt prinsipp og et rettssikkerhetsideal i straffeprosessen. En slik anvendelse av regelen vil kunne svekke den konstitusjonelle bærebjelken og det kan gi konsekvenser for andre straffbarhetsbetingelser, ikke bare i forhold til det subjektive skyldkravet forsett.

Subjektive forhold i form av indre fenomener konstateres gjennom slutninger fra ytre fenomener. Avhandlingen viser at ytre fenomener kan fastslås med sikkerhet. Imidlertid følger det ulike former av usikkerhet i den metodiske faktafastsettelsen, usikkerheten knytter seg til fenomenenes epistemiske egenart. Usikkerheten har man i første omgang håndtert ved å utforme forsettskravet slik at man i større grad og i flere tilfeller kan legge til grunn forsett.<sup>197</sup> Videre er det anvendt ulike strategier for å legge til rette for bevis for subjektive forhold.<sup>198</sup>

Konklusjonen på avhandlingens hovedspørsmål er at beviskravets terskel ikke er lavere for subjektive forhold tilknyttet skyldkravet forsett. Beviskravet er det samme for påstander om subjektive forhold som for påstander om objektive forhold. I tilfeller hvor det er vanskelig å bevise skyld, må lovgiver, domstolen og rettsanvendere for øvrig, ta i bruk andre strategier for å sikre effektiv håndhevelse av straffverdige kriminaliserte handlinger.

---

<sup>197</sup> Se punkt 5.2 og 2.2.2.

<sup>198</sup> Se punkt 5.3 – 5.5.

## 7 Kilder

### 7.1 Litteraturliste

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 6. utg. ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget AS 2016.
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*, 4. utg. samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Universitetsforlaget 2014.
- Backer, Inge Lorange *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget 2015.
- Diesen, Christian *Bevisprövning i brottmål*, andra upplagan, Norstedts Juridik AB 2015.
- Eckhoff, Torstein *Tvilsrisikoen*, Forlagt av Johan Grundt Tanum, Oslo 1943.
- Eidsivatings lagstols landssviksavdeling *Straffesak mot Vidkun Abraham Lauritz Jonsson Quisling*, Stortingsbiblioteket Oslo 1946.
- Eskeland, Ståle *Strafferett*, 4. utg. 2. opplag, CAPPELEN DAMM AS 2015.
- Hennum, Ragnhild «Virker bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt?», *Kritisk Juss*, 2009 s. 50-59 – (KRJU – 2009 – 50).

- Hov, Jo *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*, Papinian 2007.
- Løvlie, Anders *Rettslige faktabegreper*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2014.
- Johnsen, Jon T. «Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker», *Jussens Venner*, 1987, s. 193-210 (JV-1987-193).
- Kolflaath, Eivind *Bevisbedømmelse i praksis*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2013.
- Kolflaath, Eivind «Bevist utover enhver rimelig tvil», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 124, 2/2011, s 135-196 (Sisert fra Idunn.no).
- Kolflaath, Eivind «Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil», *Lov og Rett*, vol. 47, 3, 2008, s. 149-165 (Sisert fra folk.uib.no).
- Matningsdal, Magnus *Norsk spesiell strafferett*, 2. opplag, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2015.

- Nygaard, Nils «Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 115, 1/2002, s. 33-61.
- Oftedal Broch, Lars «Den økonomiske kriminalitetens karakter og omfang», I: *Økonomiske forbrytelser og straff – juridiske grunnlagsproblemer*, Ståle Eskeland og Einar Høgetveit (red.) Ad Notam Gyldendal AS 1994, s. 24-39.
- Popper, Karl R. *Objective Knowledge, An Evolutionary Approach*, Revised edition, Oxford University Press 1989.
- Schea, Trond Eirik “Strafferettens skyldkrav og økonomisk kriminalitet”, I: *Økonomiske forbrytelser og straff – juridiske grunnlagsproblemer*, Ståle Eskeland og Einar Høgetveit (red.) Ad Notam Gyldendal AS 1994, s. 115-135.
- Slettan og Øie, Svein og Toril Marie *Forbrytelse og straff, Bind I: Innføring i strafferett*, Universitetsforlaget 2001.



- Stigen, Jo «Forsettets nedre grense – *dolus eventualis* eller hva?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 123, 4 og 5/2010 s. 573-636 (Sitert fra Idunn.no).
- Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen, «In dubio pro reo»*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2003.
- Strandberg, Magne *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget 2012.
- Sundet, Beret “Beviskrav i saker om økonomisk kriminalitet”, I: *Økonomiske forbrytelser og straff – juridiske grunnlagsproblemer*, Ståle Eskeland og Einar Høgetveit (red.) Ad Notam Gyldendal AS 1994, s. 136-149.
- Waaben, Knud *Det kriminelle forsæt*, Gyldendals Forlagstrykkeri København 1957.

## **7.2 Høyesterettspraksis**

Rt. 1908 s. 776.

Rt. 1974 s. 382.

Rt. 1978 s. 884.

Rt. 1979 s. 143.

Rt. 1991 s. 600 (Skoheroin-dommen).

Rt. 1996 s. 572.

Rt. 1996 s. 864.

Rt. 1996 s. 902.

Rt. 1998 s. 291.

Rt. 1998 s. 1945.

Rt. 2005 s. 1353.

Rt. 2007 s. 1217.

Rt. 2008 s. 1409.

Rt. 2011 s. 641.

Rt. 2011 s. 1104 (Bilpanser-dommen).

Rt. 2012 s. 1556.

Rt. 2014 s. 1161.

Rt. 2014 s. 1292.

HR-2017-675-A, (sak nr. 2016/2114),  
straffesak, anke over dom).

## **7.3 Underrettspraksis**

LB-2015-85818 (Hemsedal-saken).

## 7.4 Lov- og forarbeidsregister

Lov 17. mai 1814	Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
Lov 22. mai 1902 nr. 10	Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) – Opphevet.
Lov 18. juni 1965 nr. 4	Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven).
Lov 13. juni 1969 nr. 26	Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven).
Lov 22. mai 1981 nr. 25	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
Lov 21. mai 1999 nr. 30	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Lov 20. mai 2005 nr. 28	Lov om straff (straffeloven).
NOU 1974:17	<i>Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner.</i>
NOU 1997:23	<i>Seksuallovbrudd (Straffelovkommisjonens delutredning VI).</i>
NOU 2002:4	<i>Ny straffelov (Straffelovkommisjonens delutredning VII).</i>
NOU 2014:10	<i>Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern.</i>
NOU 2016:24	<i>Ny straffeprosesslov.</i>

- Ot.prp. nr. 35 (1972-1973) *Om lov om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 nr. 10, m.m. (om fradrag for varetektsfengsling, om flysabotasje, om bakteriologiske våpen, om heleri, m.m.).*
- Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) *Om lov om meglingsråd og om endringer i straffeloven m.m. (hemmelig opptak av samtale og offentlig gjengivelse; fjernsynsovervåkning; uforsiktig omgang med skytevåpen; ulovlig innførsel, produksjon og omsetning av alkohol; falsk utrykningsmelding; skyldkravet ved heleri m.m.).*
- Ot.prp. nr. 53 (1992-1993) *Om lov om endringer i straffeloven m.v (hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger).*
- Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) *Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd).*
- Ot.prp.nr.72 (2002-2003) *Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven).*
- 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).*

Prop.44 L (2015-2016)

*Endringer i straffeloven mv. (militær virksomhet i væpnet konflikt m.m.).*

## **7.5 Internasjonale konvensjoner**

EMK

The European Convention on Human Rights, Roma 4. november 1950.

SP

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966.

## **7.6 Internasjonal rettspraksis**

Barberà, Messegué and Jabardo  
v. Spain (Application no. 10590/83)

The European Court Of Human Rights,  
Strasbourg 6 December 1988,  
hudoc.echr.coe.int

## **7.7 Andre offentlige dokumenter**

Dok.nr. 16 (2011-2012)

*Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Lønning-utvalget).*

