

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

Begrensninger i adgangen til å fingere skyld

Av Alf Petter Høgberg og Henriette N. Tøssebro¹
E-post: a.p.hogberg@jus.uio.no og hnto@online.no

1 INNLEDNING

Det er et grunnleggende strafferettslig prinsipp at gjerningspersonen må ha utvist subjektiv skyld for å kunne straffes. Omfanget av hans strafferettslige ansvar vil imidlertid utvides når han har handlet i selvforskyldt rus. Dersom skylden ikke kan konstateres etter de vanlige skyldreglene, kan den avgjøres etter regelen om fingering av skyld.

Når skylden fingeres, er spørsmålet hvordan gjerningspersonen i edru tilstand ville vurdert situasjonen i en ellers identisk kontekst. Regelen følger blant annet av straffeloven § 40, som bestemmer at retten skal «se bort fra beruselsen ved bedømmelsen av om handlingen var forsettlig».

Det utvidede strafferettslige ansvaret bøter på ulike problemer som ellers ville oppstått. På grunn av rusen var for eksempel gjerningspersonens dømmekraft så svekket at han ikke innså handlingens skadevoldende potensial. Det kan også være at rusen har medført hukommelsestap slik at skyld vanskelig lar seg konstatere i ettertid.

Som artikkelen senere vil vise, ivaretar det utvidede strafferettslige ansvaret mange formål. Det er grunn til å nevne at fingeringsregelen tar hensyn til den vernedes interesse i å få gjerningspersonen stilt til ansvar for sine handlinger. Dette er i seg selv ikke særlig spesielt. Tvert om har gjengjel-

¹ Alf Petter Høgberg er professor ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. Henriette N. Tøssebro er student ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. Takk til stipendiat Thomas Frøberg og til en anonym fagfelle for konstruktive kommentarer til artikkelutkast.

delsbetragtninger til tider vært et sentralt hensyn i forklaringen på hvorfor straff skal ilegges. Mer spesielt er det derimot at dette hensynet tilsynelatende går foran de rettferdighetstankene gjerningspersonen måtte ha om sin egen skyld når den ikke kan konstateres etter de vanlige reglene.

På grunn av det markante bruddet med prinsippet om subjektiv skyld har fingeringsregelen vært relativt omdiskutert i teorien.² Selv om reglene om fingering av skyld ved første øyekast kan synes enkle og klare, vil en nærmere gjennomgang vise at konstruksjonen ikke er så godt tilpasset andre elementer i straffesystemet. Dette gjelder blant annet forsettsformene hensiktsforsett og eventuelt forsett, særskilte forøvelsesmåter (herunder forsøk, medvirkning og unnlattelse) og kravet til årsakssammenheng. Dette må medføre at fingeringsreglene ikke kan opprettholdes etter sin ordlyd, eller at de andre elementene i straffesystemet må omfortolkes slik at de lar seg forene med regelen om fingering av skyld.

Denne artikkelen handler om hva som skal til for at regelen om fingering av skyld kommer til anvendelse. I punkt 4 behandles kravet til selvforskyldt beruselse, og i punkt 5 stiller vi spørsmålet om hvilke krav til årsakssammenheng som stilles mellom beruselsen og lovbruddet. Deretter skal vi i punkt 6 ta for oss konseptuelle begrensninger, altså begrensninger knyttet til hva slags forsett det kan være tale om å fingere. I det påfølgende punkt 7 pekes det på utfordringene som oppstår ved at den hypotetiske vilje ikke kan fingeres, nærmere bestemt fingering av subjektivt overskudd samt fingering ved forsøk og medvirkning. Men først skal vi se nærmere på bakgrunnen for reglene og de underliggende hensyn i henholdsvis punkt 2 og punkt 3.

2 BAKGRUNNEN FOR REGLENE OM FINGERING AV SKYLD

Straffeloven av 1902 inneholdt opprinnelig ingen regel om fingering av skyld. En beruselse som førte til bevisstløshet, måtte derfor legges til grunn ved bedømmelsen av om gjerningspersonen hadde utvist tilstrekkelig skyld. Sett i sammenheng med datidens lempelige rettslige krav til bevisstløshet ble gjerningspersonen i praksis kun straffet dersom straffebudet også rammet uaktsomhet. Uaktsomhet var en sjelden skyldform i straffelovgivningen. Dette resulterte i at flere gjerningsmenn unngikk straffansvar.³

2 Se eksempelvis Johs. Andenæs (2004), *Alminnelig strafferett*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 315; Johan Boucht (2011), «Betydelsen av självförvällat rus vid uppsåtsbedömning enligt norska strl. § 40 – särskilt i ljuset av svenska HD:s avgörande NJA 2011 s. 563», *Tidsskrift för Rettsvitenskap* nr. 5, s. 612–657 (Oslo 2011) s. 615; Anders Bratholm (1980), *Strafferett og Samfunn*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 309–312; Anders Bratholm og Magnus Matningsdal (red.) (2003), *Straffeloven med kommentarer*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 369; Ståle Eskeland (2006), *Strafferett*, Cappelen Akademisk, Oslo, s. 341; Helge Røstad (1981), *Utvalgte emner innen strafferetten*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 28.

3 Se Bratholm 1980, s. 302.

Flere mente at rettsstilstanden ga uheldige resultater.⁴ Under henvisning til den alminnelige rettsbevissthet og alkoholpolitiske og retstekniske hensyn ble det derfor 27 år senere vedtatt en bestemmelse som regulerte tilregneligheten ved selvforskyldt rus – straffeloven § 45.⁵ Regelen viste seg imidlertid ikke bare anvendelig i spørsmålet om gjerningspersonens tilregnelighet. I rettspraksis ble bestemmelsen gitt tilsvarende anvendelse ved bedømmelsen av gjerningspersonens forsett.⁶ I 1997 ble regelen om fingering utbygd med to nye bestemmelser, nemlig straffeloven § 40 første ledd annet punktum og § 42 annet ledd. Fra lovgivers side var vedtakelsen begrunnet i pedagogiske hensyn og skulle ikke medføre noen realitetsendring i forståelsen av regelverket.

Den generelle utformingen av straffeloven § 40 medfører at bestemmelsen i første rekke har sitt anvendelsesområde for de tilfeller der gjerningspersonen ikke har noen klar erindring av hendelsesforløpet. Det mer spesifikke unntaket fra villfarelsesregelen i straffeloven § 42 retter seg derimot mot de tilfeller hvor beruselsen har skapt en distinkt feiloppfattelse av situasjonen. Straffeloven § 45 regulerer de tilfellene hvor rusen ikke bare har innvirket på dømmekraften slik at kravene til forsett ikke er oppfylt, men fjernet dømmekraften fullstendig i form av bevisstløshet i strafferettslig forstand.

3 UNDERLIGGENDE HENSYN

Fremstillingen hittil har vist at fingeringsinstituttet gjør et unntak fra prinsippet om subjektiv skyld. Hensynene bak regelsettene står derfor i større eller mindre grad i kontrast til hverandre. Som det vil fremgå, markerer overgangen fra skyldkrav til fingering en overgang fra rettferdighets- og prevensjonsbetraktninger til gjengjeldelse og hevvn.⁷

Prinsippet om subjektiv skyld har i første rekke sitt utspring i rettferdighetsbetraktninger. Lovforarbeidene forklarer at man utsetter seg «lett for urettferdighet, når man med loven i hånd vil gjennomføre den fordring at alle mennesker i alle tilfelle, i alle legems- og sinnstilstander skal vise den omtanke og omsikt, som i og for seg kan oppstilles som en ønskelig norm».⁸

4 Se Svein Slettan og Toril M. Øye (2001), *Forbrytelse og straff*, 2. utgave, Tano Aschehoug, Oslo, s. 107, hvor det videreformidles at enkelte frifinnelser «vakte indignasjon og forferdelse». Se også Andenæs 2004, s. 315, Boucht 2011, s. 615, og Slettan (1990), *Den strafferettslige betydning av at gjerningspersonen var beruset i gjerningsøyeblikket*, i: Nils Christie mfl. (red.), *Den urett som ikke rammer deg selv, festskrift til Anders Bratholm*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 45–66, s. 46, med videre henvisning til SRI 1973, s. 48–49.

5 I SKI 1925, s. 91, får bestemmelsen tilsvarende anvendelse ved forsettsvurderingen.

6 Se blant annet Rt. 1934 s. 1096, Rt. 1958 s. 309, Rt. 1961 s. 547, Rt. 1984 s. 1135 og s. 1356. Se også Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 24.

7 Se i denne retning Andenæs 2004, s. 315.

8 Se SKM 1896, s. 62. Se også Røstad 1993, s. 116.

Det er imidlertid mangelen på subjektiv skyld som særtegnen kjerneområdet til fingeringsregelen. Som påpekt av Andenæs begås mange svært alvorlige lovbrudd under rus, og for mange ville det «oppfattes som støtende om gjerningspersonen gikk fri for straffansvar i slike situasjoner».⁹

Å straffe gjerningspersonen for handlinger der det ikke foreligger faktisk forsett, er i strid med rettferdighetsbetraktningene nevnt ovenfor. Til en viss grad avhjelpes dette ved at man tar gjerningspersonens subjektive forutsetninger i betraktning ved fingeringen. Og selv om et straffansvar kan oppleves som urettferdig for gjerningspersonen, vil det i noen grad kunne oppleves som rettferdig og rimelig for den som straffebudet er ment å verne.

Slik sett kan altså gjengjeldelses- og hevnbetraktninger begrunne unntak fra hovedregelen om subjektiv skyld. I hvilken grad man i et sivilisert samfunn bør gi etter for denne type betraktninger, er imidlertid et åpent spørsmål.¹⁰ Det er i det minste grunn til å gi gjengjeldeshensyn en underordnet betydning ved utformingen og tolkningen av gjeldende regelsett.

Hensynet til allmenn- og individualprevensjon har også spilt en viktig rolle bak prinsippet om subjektiv skyld.¹¹ Dette hensynet står derimot ikke i motstrid til regelen om fingering. Tvert om ble prevensjonshensynet fremhevet som svært sentralt i begrunnelsen for en regel om fingert skyld: Det ble antatt at borgerne ville opptre mer forsiktig hvis straff ble ilagt uten hensyn til subjektiv skyld.¹²

Forskjellen på bruken av hensynet mellom regelsettene viser seg ved at prevensjonshensynet i relasjon til subjektiv skyld knytter seg til utførelsen av det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet. Prevensjonshensynet som begrunnelse for fingeringsregelen fremstår derimot som en generell anvisning på å utvise forsiktighet i beruset tilstand.

Det er høyst tvilsomt hvor langt prevensjonshensynet rekker. Det er lite som tyder på at fingeringsinstituttet medfører at nordmenn opptrer spesielt

9 Andenæs 2004, s. 75–76; se tilsvarende Matningsdal 2003, s. 369.

10 Se Andenæs 2004, s. 315: «Denne rettsbevissthet, som ga seg til dels sterke utslag under debatten, henger nok sammen med gjengjeldelsestanken i dens mer primitive form, som holder seg til handlingen og dens resultater uten å gi seg inn på dyptgående psykologiske og etiske overveielser. [...] Fra prinsippet om forholdsmessighet mellom skyld og straff betegner regelen et markert unntak.»

11 Se NOU 1983: 57 s. 143; Andenæs 2004, s. 209–210; Eskeland 2006, s. 263; Helge Røstad (1993), *Innkast i straffefeliet*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 158. I lovforarbeidene til den nye straffeloven, Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 77, blir prevensjonshensynet presentert som straffens formål.

12 Både NOU 1983: 57 (flertallet) og Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) inneholder besvergelses til prevensjonshensyn uten at det presenteres noen troverdig forklaring eller empirisk belegg for dette. Se tilsvarende for lovforarbeidene i den nye loven, Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 234, der det fremgår at «[a]v forebyggende hensyn, og da særlig i forhold til personer som ennå ikke er rusavhengige, er departementet enig i at det bør være et strengt straffansvar for rushandlinger». Se også Bratholm 1987, s. 239, 242 og 268–269; Greve & Langsted 2005, s. 65. Se også hos Eskeland 2006, s. 264, som imidlertid ikke uttaler seg om holdbarheten av en slik antakelse.

forsiktig når de er beruset. Og når forsettet først svikter etter de vanlige reglene, vil jo ikke en straffetruassel være egnet til å få dette på plass.

Endelig kan effektivitetsbetraktninger tale for å gjøre unntak fra kravet om subjektiv skyld. Noen vil hevde at det er viktig med klare ansvarsregler som er relativt greie å sette ut i praksis. Fingeringsregelens normative karakter kan blant annet medføre at det stilles lempeligere krav til bevis. Dette er ikke upraktisk ettersom rusen kan medføre at gjerningspersonen husker lite eller ingenting av hendelsen, og derfor er ute av stand til å bidra med informasjon for å avklare sakens faktum. Man skal imidlertid være forsiktig med å ofre rettssikkerheten for enkeltmennesker på effektivitetens alter.

4 KRAVET TIL SELVFORSKYLDT BERUSELSE

4.1 Oversikt

For at fingeringsreglene skal komme til anvendelse, må den straffbare handlingen ha blitt begått i «selvforskyldt rus». Dette innebærer for det første et vilkår om at det foreligger en rustilstand. For det andre må rustilstanden være fremkalt ved bruk av ett eller flere rusmidler. Endelig må den rusmiddelfremkalt rustilstand være selvforskyldt. Nedenfor blir disse vilkårene behandlet i den nevnte rekkefølgen.

4.2 Det må foreligge en rustilstand

En rustilstand kjennetegnes ved en endring i personens psykiske og eventuelt fysiske tilstand. Endringen kan bestå i en reduksjon (som avslappethet, svekket dømmekraft, mani, hallusinasjoner og bevisstløshet) eller en ameliorasjon (som bedret konsentrasjonsevne og utholdenhet).

Fingeringsregelens anvendelsesområde må begrenses til de tilfellene der endringen består i en reduksjon av bevissthetsnivået. Gjerningspersonen kan altså ikke bli hørt med at hans forsett må falle bort etter fingeringsregelen dersom rusmiddelinntaket medfører en skjerpet dømmekraft. Anta for eksempel at en gruppe soldater i flere dager har vært i tjeneste uten søvn, og av den grunn har vanskelig for å skille sivile fra militære. En soldat som på grunn av amfetaminrus ser forskjell der hans medsoldater er usikre, og likevel velger å skyte sivile, oppfyller altså skyldkravet etter den alminnelige læren.

Ofte vil den psykiske endringen skje parallelt med den fysiske. Det er imidlertid en forutsetning at den psykiske tilstanden er påvirket for at det kan sies å foreligge en rustilstand. Bruk av milde smertestillende preparater innebærer derfor ikke uten videre at vilkåret er oppfylt.

Gjerningspersonen vil ofte gradvis miste kontroll over sin egen kropp når han er i en rustilstand. Rustilstanden kan spenne fra en lettere forstyrrelse av dømmekraften til at gjerningspersonen mister alle hemninger, begynner

å hallusinere eller blir bevisstløs. Med bevisstløshet mener vi ikke bare de tilfellene der personen ikke utviser noen form for sjelelig aktivitet, men også de tilfellene der det ikke er mulig å spore noen form for sammenheng mellom personens handlinger og hans personlighet.

Symptomene som er nevnt, kan også forekomme hos en person som ikke befinner seg i en rustilstand. Det kan for eksempel være at personen er hjerne-skadet, lider av demens eller en sinnssykdom. Det kan også være snakk om en forbigående tilstand, som et anfall på grunn av en posttraumatisk stresslidelse, et insulinsjokk eller epilepsi.¹³ Videre vil en person som er i ferd med å sovne inn eller som vekkes fra dyp søvn, være i en tilstand som minner om rus. En person som drømmer, befinner seg i en tilstand preget av hallusinasjonsliknende opplevelser.¹⁴

Ettersom tilstandene som er nevnt, skyldes sykdom, lyte eller tilstander som alle mennesker gjennomlever, er det god grunn til å holde disse atskilt fra rustilstandsbegrepet ved anvendelsen av fingeringsreglene. De som gjennomfører en ellers straffbar handling i en tilstand som ikke er å anse som rustilstand, vil ikke risikere straffansvar på grunnlag av fingert skyld.

4.3 Rusen må være fremkalt ved inntak av ett eller flere rusmidler

Rustilstanden oppnås når ett eller flere rusmidler inntas. Med rusmidler menes i alminnelighet et psykoaktivt stoff som ved sin kjemiske struktur selv i moderate mengder påvirker sentralnervesystemet direkte. Også vanlige og lovlige stoffer som muskatnøtt er å anse som rusmidler i straffelovens forstand.¹⁵

Rusmiddelet må ha en evne til skape en endring av en viss styrke i gjerningspersonens psykiske tilstand. Det er således på det rene at stoffer som sukker, ginseng og koffein ikke kan karakteriseres som rusmidler i straffelovens forstand.¹⁶ Dette gjelder selv om stoffet medfører kjemiske endringer i hjernen.

Hvordan rusmiddelet inntas er uten betydning. Grovt sett kan man skille mellom inntak gjennom tarmkanalen (for eksempel ved å drikke eller spise rusmiddelet), gjennom lungene (for eksempel ved å inhalere røyk eller gass), gjennom slimhinner eller hud (for eksempel ved bruk av snus eller skråtobakk i munnhulen, sniffing av kokain eller nikotinplaster) eller ved direkte injeksjon.

13 Det har også forekommet tilfeller av vold eller seksuelle overgrep der gjerningspersonen har påstått å være helt eller delvis i sovende tilstand. Se også NOU 1983: 57 s. 160.

14 Se således LE-1993-1262 og LF-2005-99588.

15 Slettan & Øye 1997, s. 172, hevder således at det er «ikke avgjørende om midlet medisinsk sett anses som et rusmiddel eller ikke, men om det faktisk har fremkalt rus». Se også Boucht 2011, s. 619, og Eskeland 2006, s. 332.

16 Bratholm 1980, s. 303, tematiserer stoffer som ligger på grensen til å være rusmidler. Se også Bratholm & Matningsdal 2003, s. 369.

Rusliknende tilstander kan oppnås uten inntak av rusmidler i straffelovens forstand.¹⁷ Det kan for eksempel skje gjennom søvndeprivasjon, hypnose, meditasjon, oksygenunderskudd eller -overskudd, sex, massesuggesjon eller aktivering av kroppens endorfin- eller fenyletylaminproduksjon. Dersom en person begår en straffbar handling i en rusliknende tilstand, kan skylden ikke fingeres etter regelen i § 40 direkte.¹⁸

Det kan reises spørsmål om rusmiddelbegrepet må forstås objektivt eller subjektivt. I det første tilfellet må gjerningspersonen faktisk ha inntatt et rusmiddel. I det andre er det tilstrekkelig at han tror at han gjør det. Spørsmålet settes på spissen der gjerningspersonen oppnår en rusliknende tilstand etter inntak av et placebomiddel som gjerningspersonen feilaktig trodde var et ekte rusmiddel.¹⁹

Ved bruk av placebomidler har gjerningspersonen riktignok inntatt middelet med innsikt eller vilje om en bestemt virkning som etter hans oppfatning inntreffer. I disse tilfellene er det imidlertid ingen fysiologisk sammenheng mellom inntaket og tilstanden: Middelet har ingen faktisk evne til å skape en endring av en viss styrke i gjerningspersonens psykiske tilstand. Dette trenger ikke i seg selv utelukke anvendelse av fingeringsregelen. Tvert om legges gjerningspersonens subjektive forestillinger til grunn ellers i straffetretten uavhengig av om det faller til hans gunst eller ugunst. Men som påpekt ovenfor i punkt 3 innebærer fingeringsregelen et utvidet straffansvar etter som gjerningspersonens skyld ikke kan konstateres etter de vanlige reglene. Dette tilsier at man skal utvise tilbakeholdenhet når reglenes anvendelsesområde skal fastlegges. Dette må få den følge at rusmiddelbegrepet må forstås objektivt, slik at fingeringsregelen ikke kommer til anvendelse ved placebo-rus. Rettsanvenderen må eventuelt se hen til andre straffehjemler der gjerningspersonen oppfyller skyldkravet, for eksempel straffebud som rammer uaktsomhet.²⁰

17 Kfr. Bratholm & Matningsdal 2003, s. 369, som synes å bygge på den forutsetning at all form for rus er rusmiddelfremkalt.

18 Dette innebærer selvsagt ikke at domfellelse er utelukket, kun at domfellelse ikke kan skje på basis av fingeringsregelen i § 40. Domfellelse for forsettsforbrytelse må i stedet skje ved konstatering av faktisk forsett, enten ved fremkallelse av tilstanden eller under utførelse av selve forbrytelsen.

19 Se LG-2005-185829 der en person hadde kjøpt 200 «valiumtabletter», som ved analyse viste seg å ikke inneholde psykoaktive stoffer i det hele tatt. Personen hadde tatt tre tabletter av partiet før en kjøretur, noe som medførte at vedkommende «følte seg helt ute», med kraftig vingling i veibanen som resultat. Det er på det rene at personen på dette tidspunkt ikke var påvirket av rusmidler. Sakens forhandlinger ble fulgt av førsteamanuensis Eivind Kolflaath, og inngår i en større studie som publiseres i 2013. Foranstående bygger på Kolflaaths observasjon.

20 Dersom retten ikke finner å kunne dømme etter et bestemt straffebud pga. manglende hensikt ved selvforskyldt rus, skal den av eget tiltak søke å henføre saken under et annet straffebud, jf. Rt. 1971 s. 451.

4.4 Den rusmiddelfremkalte rustilstanden må være selvforskyldt

4.4.1 Innledning

Som fremstillingen ovenfor viser, må det foreligge et inntak av minst et rusmiddel med en påfølgende rustilstand som resultat.²¹ Men gjerningspersonens skyld kan ikke fingeres med mindre både inntaket av rusmiddelet og rustilstanden er selvforskyldt. Mens den selvforskyldte rustilstanden forutsetter et selvforskyldt inntak, forutsetter imidlertid ikke ethvert selvforskyldt inntak av rusmiddelet en selvforskyldt rustilstand.²²

Hvilken grad av skyld som må foreligge for at inntaket og rustilstanden skal anses selvforskyldt er et sentralt spørsmål. Konsekvenshensyn kunne talt for at skyldkravet var det samme som skyldkravet i det aktuelle straffebudet. I praksis har man imidlertid lagt seg på en langt strengere linje: Beruselsen er selvforskyldt når gjerningspersonen uaktsomt har inntatt et kvantum av rusmiddelet.²³ Kvantumet må være så stort at han må ha regnet med muligheten for at han kommer i en rustilstand, eller – som det er formulert i rettspraksis – «vil miste den fulle kontrollen over seg selv».²⁴ Bare dersom det foreligger helt særegne forhold, kan inntaket og rustilstanden anses som uforskyldt.²⁵ Vi skal i det følgende se på noen forhold som kan være av betydning i det enkelte tilfelle.

4.4.2 Rustilstanden kommer i stand på en ufrivillig måte

Som et utgangspunkt er rustilstanden uforskyldt hvis den kommer i stand på en ufrivillig måte.²⁶ Dette vil i første rekke være tilfellet når gjerningspersonen blir påtvunget inntaket av en annen person ved bruk av makt eller trusler.²⁷ Et eventuelt straffansvar for gjerningspersonen må i slike tilfeller statueres etter de alminnelige skyldreglene.

Det kan også være at gjerningspersonen uvitende har fått tilført rusmiddelet.²⁸ Noen har for eksempel puttet et rusmiddel i gjerningspersonens mat eller drikke med sikte på å dope ned vedkommende. Inntaket kan også skyldes en inkurie eller misforståelse: Gjerningspersonen bestiller en alkoholfri drikkevare, men får ved en feil servert noe alkoholholdig.²⁹

21 Eskeland 2006, s. 332.

22 Se Rt. 1977 s. 644.

23 Se Rt. 2008 s. 1393, Rt. 1985 s. 14, Rt. 1984 s. 773, Rt. 1983 s. 202, Rt. 1978 s. 1306, Rt. 1973 s. 1441 og Rt. 1967 s. 668.

24 Se Rt. 1983 s. 202. Se også Andenæs 2004, s. 321, og Slettan 1990, s. 51.

25 Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) punkt 5.1.5.

26 Se i denne forbindelse Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 24.

27 Et opplagt tilfelle av uforskyldt beruselse finner vi *LB-2009-37024, der en person fikk injisert to gram heroin etter først å ha blitt slått bevisstløs.*

28 Se i denne forbindelse Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 24.

29 Gjerningspersonens skyld må i disse tilfellene avgjøres etter de vanlige reglene. Resultatet kan derfor bli frifinnelse, se til sammenligning Rt. 1977 s. 644.

På et gitt tidspunkt bør imidlertid gjerningspersonen forstå at han har inntatt et rusmiddel som medfører at han kommer i en rustilstand. I så tilfelle vil fingeringsregelen komme til anvendelse.³⁰ Her ser man bort fra at hele det opprinnelige inntaket er uforskyldt.

Spørsmålet vil da være om gjerningspersonen er å bebreide for tilstanden.³¹ Dette beror på en helhetsbedømmelse av sakens konkrete omstendigheter.³² Dersom gjerningspersonen tar feil av den musserende vinen og den alkoholfrie eplecideren i eget kjøleskap, skal det nok mer til for å anse rusen som uforskyldt sammenlignet med når feilen ligger hos servitøren på et serveringssted eller personalet på en helseinstitusjon.³³

Det er grunn til å fremheve rusmiddelets egenskaper som et eget moment. Dersom effekten av rusmiddeleinntaket inntreffer spontant, vil det være vanskelig for gjerningspersonen å forstå at han har inntatt et rusmiddel som medfører at han kommer i en rustilstand. Dette tilsier med tyngde at både inntaket og tilstanden er uforskyldt. Videre vil måten rusmiddelet blir presentert for gjerningspersonen, være av betydning. Dersom middelet blir presentert som et rusfritt produkt, skal det nok mer til for å oppfylle aktsomhetsnormen enn når produktets innhold kommer til uttrykk i pakningsvedlegget eller på emballasjen.

Aktsomhetsvurderingen er subjektiv. Gjerningspersonens tidligere erfaring må derfor tas i betraktning ved vurderingen av om han burde forstå at han inntok et rusmiddel som medfører at han kommer i en rustilstand.

Det er ikke uvanlig at personer som har fått i seg rusmiddel uten å vite det, blir frifunnet for overtredelse av vegtrafikkloven § 22 om promillekjøring.³⁴ Det er imidlertid ikke gitt at denne praksis gir støtte for en tilsvarende norm i relasjon til selvforskyldt beruselse etter fingeringsreglene, ettersom temaet for dem er forskjellig. Når det gjelder vegtrafikklovens bestemmelser, er temaet kjøring i påvirket tilstand. Fingeringsbestemmelsene dreier seg snarere om hvilke elementer som er av betydning for spørsmålet om gjerningspersonens skyld.

4.4.3 Kombinasjonsrus

Det er særlig ved to typetilfeller at det er naturlig å tale om kombinasjonsrus. Ett tilfelle oppstår når flere rusmidler kombineres: Alkohol inntas for

30 Se til illustrasjon Rt. 1985 s. 736.

31 Se i denne retning Røstad 1981, s. 28.

32 Se Rt. 2008 s. 1393.

33 Illustrerende er også Rt. 1975 s. 408. Saken gjaldt en brøytebilsjåfør som kjørte seg fast. For ikke å fryse i hjel holdt han motoren i gang, med den følge at han ble eksosforgiftet. I den eksosforgiftede tilstand begynte han å drikke, og han fikk en promille på 2,5. Deretter forsøkte han å føre bilen i strid med vegtrafikkloven § 22. Høyesterett la til grunn at denne beruselsen ikke var selvforskyldt. Mannen ble likvel dømt for overtredelse av vegtrafikkloven § 22 da det var uaktsomt å forsøke å føre motorvogn med den uforskyldte alkoholpromille.

34 Se Bratholm & Matningsdal 2003, s. 370, med henvisning til Rt. 1992 s. 1018; Rt. 1989 s. 833; Rt. 1986 s. 388; Rt. 1985 s. 736; Rt. 1984 s. 1513; Rt. 1982 s. 430; Rt. 1981 s. 1081.

eksempel sammen med narkotiske stoffer. Denne type kombinasjonsrus er i utgangspunktet ikke problematisk i forhold til kriteriet «selvforskyldt beruselse». Det er den samlede mengden og virkningen av inntakene som legges til grunn i vurderingen.

Et annet typetilfelle oppstår når et rusmiddel kombineres med et rusforsterkende stoff som i seg selv ikke er et rusmiddel.³⁵ Sovetabletter eller smertestillende medikamenter inntas for eksempel sammen med alkohol. For disse tilfellene er det ikke upraktisk at gjerningspersonen ikke kjente til den rusforsterkende effekten når stoffene kombineres. I så fall blir spørsmålet om vedkommende burde kjent til middelets rusforsterkende effekt. Dersom gjerningspersonen ikke på forhånd har blitt advart mot å kombinere det rusforsterkende stoffet med rusmidler av selgeren, kan advarselen fremgå av produktet selv. I så tilfelle er det naturlig å legge til grunn at den samlede rusen er selvforskyldt. I motsatt fall er det naturlig å tale om dels selvforskyldt, dels uforskyldt rus, se nærmere punkt 5.2.

Ved kombinasjonsrus blir det ofte lagt til grunn av retten at rusen var selvforskyldt på grunn av det intenderte inntaket som i seg selv ville ha forårsaket en rustilstand.³⁶ Det spiller i disse tilfellene liten rolle om det selvforskyldte inntaket av rusmiddel kom først eller sist. Unntaksvis kan det imidlertid bli tale om å anse denne typen kombinasjonsrus for uforskyldt.³⁷ Det kan i denne forbindelse være av betydning hvem som har gitt det alternative rusmiddelet eller rusforsterkende stoffet, men avgjørende er det ikke.³⁸

4.4.4 Rusmiddeleinntaket er av en svært beskjeden mengde

Terskelen for når rustilstanden anses selvforskyldt settes i praksis svært lavt. Beruselsesgraden er i og for seg av underordnet betydning.³⁹ Særlig små kvanta med alkohol spredt utover et lengre tidsrom kan imidlertid etter omstendighetene aksepteres.⁴⁰ Dette kan også bli resultatet ved inntak av produkter som ikke vanligvis regnes som et rusmiddel på grunn av dets begrensede evne til å påvirke kroppens psykiske tilstand, men som inneholder et stoff som i stor nok mengde betraktes som et rusmiddel. Dette kan for eksempel være kon-

35 Ofte vil denne type rusforsterkende stoff være legepreparater som brukes for å bedre eller opprettholde gjerningspersonens helse. Formålet bak inntaket er imidlertid uten rettslig relevans, jf. Rt. 1978 s. 352. Legepreparat som har et helseformål, kan imidlertid være å anse som et rusmiddel i seg selv, noe som f.eks. er tilfellet med preparater som Valium, Rohypnol og Paralgin forte.

36 Se blant annet Rt. 1987 s. 1548; Rt. 1985 s. 14; Rt. 1984 s. 773; Rt. 1983 s. 1328; og Rt. 1973 s. 1441.

37 Jf. eksempelvis Rt. 1988 s. 254.

38 Se for eksempel Rt. 1988 s. 254, der medisinene var skrevet ut av lege.

39 Se Rt. 1992 s. 1018; Rt. 1983 s. 1115; Rt. 1982 s. 391. Se Andenæs 2004, s. 321.

40 Jf. eksempelvis Rt. 1978 s. 1306 og Rt. 1967 s. 688.

fektsjokolade som inneholder likør eller konjakk, dessert med calvadoskrem, likørmarinerte jordbær eller naturlig alkoholholdige kirsebær.⁴¹

4.4.5 Atypisk rus

Noen personer har en særlig lav toleranseterskel, enten periodevis eller permanent. Dersom en person reagerer voldsomt og unormalt kraftig på en dose av rusmiddelet som en annen person knapt ville blitt påvirket av, snakker man om såkalt atypisk rus.⁴² At gjerningspersonen har hatt en «dårlig dag», med den følge at han tåler mindre enn han pleier, er ikke tilstrekkelig i seg selv.

Grensen mellom atypisk og typisk rus er uten direkte strafferettslig relevans.⁴³ I utgangspunktet er rushandlinger av begge kategorier straffbare, så lenge rusen er selvforskyldt. Det skal imidlertid mindre til å få medhold i at rusen ikke var selvforskyldt i et tilfelle der den var atypisk, forutsatt at gjerningspersonen ikke hadde grunn til å regne med en slik reaksjon.⁴⁴

Sondringen mellom typisk og atypisk rus gir først og fremst mening i relasjon til alkoholrus, men den er like fullt anvendelig for andre typer av rusmidler. Det kan for eksempel være at rusmiddelet får en annen virkning enn tilsiktet når inntaket overstiger en individuell grense. For eksempel kan Rohypnol gi en sedativ effekt i små doser, men ved et større inntak medføre hyperaktivitet og utagerende atferd. Dersom en person oppnår denne virkning ved en dose som vanligvis gir innsovning, gir det mening å tale om atypisk rus også for dette middelet.

I teorien forekommer atypisk rus primært hos epileptikere, nevrotikere, psykopater og personer med hjerneskader, men kan også forekomme hos normale mennesker under innflytelse av sykdom, overtretthet eller sterkt psykisk

41 I tilfeller hvor dette får konsekvenser i form av utøvelse av ellers straffbare handlinger, foreligger imidlertid gjerne kombinasjonen med medisiner (Rt. 1985 s. 773) eller hjerneskade (Rt. 1978 s. 1306) – altså tilstander som raskt vil kunne innebære at rusen kategoriseres som atypisk, se nærmere punkt 4.4.5.

42 Se Boucht 2011, s. 620. Den atypiske rus vil alltid kvalifisere som en type bevisstløshet. I den grad bevisstløsheten skyldes rus, vil dette imidlertid ikke medføre straffefrihet etter straffeloven §45. Det har tidligere vært foreslått at den atypiske rus skal være å anse som en type sinnssykdom, ikke bevisstløshet, slik at straffeloven § 45 ikke kommer til anvendelse på den atypiske rus. Dette fikk bl.a. Augdahl til å ta et voldsomt oppgjør med det han kalte forsøk på å «bluffe» domstolene med «naiv og illojal hocus pocus»; Per Augdahl (1961), *Rettskilder*, Aschehoug, Oslo, s. 144, her sitert etter Røstad 1981, s. 30. Den senere utvikling har imidlertid vist med all tydelighet at et slikt grep ikke ville være det spor til hjelp for tiltalte ettersom også rusutløste psykoser innebærer at det subjektive krav til skyld anses oppfylt, jf. Rt. 2008 s. 694. Tilstanden vil altså ikke regnes som psykotisk, se Rt. 1981 s. 924; Rt. 1967 s. 688; Rt. 1963 s. 46. Se også Bratholm & Matningsdal 2003, s. 370.

43 Se eksempelvis Rt. 2008 s. 1393, avsnitt 15 i.f.: «Om rusen har vært atypisk eller patologisk, spiller i utgangspunktet ingen rolle.» Se også Andenæs 2004, s. 315.

44 Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 24: «Atypisk rus blir lettere ansett for å være uforskyldt enn annen rus, i alle fall når det er første gang vedkommende reagerer atypisk.»

press.⁴⁵ Dette bildet er muligens noe skjevt, idet plutselig inntak av større kvanta alkohol typisk vil kunne føre til handlingsmønstre som ikke lar seg skille fra det som ofte kalles atypisk rus.

Alkoholmengden spiller inn ved avgjørelsen av om den atypiske rusen er selvforskyldt. Ved inntak av svært store mengder alkohol kan det antas at også en person som ikke er predisponert for atypisk rus, kan miste kontrollen over seg selv. I disse tilfellene er forskjellen mellom den typiske og den atypiske rus så liten at den ikke er rettslig relevant. Det vil her spille en mindre rolle om personen har opplevd tilfeller av atypisk rus tidligere, jf. Rt. 1967 s. 688.⁴⁶

5 KRAV OM ÅRSAKSSAMMENHENG MELLOM RUSEN OG LOVBRUDET

5.1 Innledning

Utførelsen av den straffebelagte handlingen kan skyldes andre forhold enn den selvforskyldte rusen. Det kan for eksempel være at en del av rusen er uforskyldt. Handlingen kan også være en følge av ytre forhold, som et hodeslag eller medisinerings, eller forhold knyttet til gjerningspersonens psykiske tilstand, som affekt, utmattelse eller sykdom.⁴⁷

Ved samvirkende årsaker må den selvforskyldte rusen være den «fremtredende årsaksfaktor» i hendelsesforløpet for at fingeringsregelen skal komme til anvendelse.⁴⁸ I rettspraksis er dette nærmere forklart som at den selvforskyldte rusen må ha en kvalifisert innflytelse på gjerningspersonens handlinger.⁴⁹

5.2 Kombinasjon av selvforskyldt og uforskyldt rus

Rusen kan være dels selvforskyldt og dels uforskyldt. Dersom det første inntaket som resulterer i en rustilstand er uforskyldt, vil gjerningspersonen kunne høres med at også den etterfølgende selvforskyldte rusen er det. I slike tilfeller har tross alt gjerningspersonen uten vilje eller innsikt blitt brakt ut av

45 Se i denne retning Røstad 1981, s. 23; Andenæs 2004, s. 314. Mer nøkternt i Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 24, og hos Boucht 2011, s. 621. Et eksempel på hjerneskade som gjorde gjerningspersonen predisponert for atypisk rus, finner vi i Rt. 1992 s. 611. Saken gjaldt en mann som begikk et knivdrap under atypisk alkoholrus. Høyesterett uttalte at situasjonen som førte til drapet, måtte «anses som et sammenfall av ulykkelige omstendigheter».

46 Førstvoterende uttalte således i Rt. 1967 s. 688: «Det må etter min mening være riktig at det avgjørende blir om det kan legges domfelte til last at han tok til seg et så stort kvantum alkohol at han måtte regne med muligheten av å miste kontrollen over seg selv, og dette må lagretten ha ment at det kunne. At det dreiet seg om atypisk rus, kan ikke utelukke at rusen anses selvforskyldt, og det uansett om domfelte ikke hadde erfaring for atypisk rus fra tidligere» (s. 690).

47 Se Bratholm 1980, s. 303.

48 Se Rt. 1983 s. 9 og Rt. 1978 s. 1046. Se også Rt. 1978 s. 1046 og Rt. 1983 s. 9, som riktignok gjelder straffeloven § 56. Årsakskravet er imidlertid antatt å være det samme, jf. Rt. 1991 s. 1249.

49 Se for eksempel Rt. 1991 s. 1249.

kontroll. Selv om det seneste inntaket av rusmiddelet i og for seg skjer «frivillig», skjer den etter at personens dømmekraft er nedbrutt.⁵⁰ Tilsvarende vil gjerningspersonens rus anses som uforskyldt dersom det selvforskyldte inntaket ikke i seg selv medfører at gjerningspersonen kommer i en rustilstand, men rustilstanden utelukkende skyldes det etterfølgende uforskyldte inntaket.

Avgjørende for grensdragningen vil således være når inntaket går over til å bli selvforskyldt eller uforskyldt, sammenholdt med tidspunktet for når gjerningspersoner oppfyller vilkåret om en rustilstand. Virkningen av det første inntaket må med andre ord isoleres. Gitt temaet sier det seg selv at vurderingen er vanskelig. Sett at gjerningspersonen ikke merket at den alkoholfrie vinen var alkoholholdig – ville han merket dette om han var edru? Enn videre er det vanskelig å få brakt på det rene om den straffbare handlingen skyldes det etterfølgende inntaket alene.

Problemstillingen ble behandlet i Rt. 2008 s. 1393. Saken gjaldt en kvinne som i rus gikk til angrep på noen politimenn som skulle til å pågripe henne. Tidligere på kvelden hadde hun drukket fem til seks glass vin. Etter dette bestemte hun seg for å drikke sitronbrus. Det viste seg at sitronbrusen var blandet ut med vodka, og inntaket av drinkene ledet til en voldsom reaksjon med flere lovovertrедelser som resultat. Førstvoterende påpekte at spørsmålet om det her forelå selvforskyldt rus, måtte bero på en helhetsvurdering. Sentralt var påvirkningsgraden da det selvforskyldte inntaket stanset. I den grad gjerningspersonen på dette tidspunkt hadde redusert dømmekraft, ville det «være nærliggende at de etterfølgende straffbare handlinger er begått i rus som må anses selvforskyldt». Tilsvarende måtte hennes aktsomhet «vurderes ut fra de foreliggende momenter, herunder betydningen av den sterkt stigende promillen i tiden før politiet kom» dersom påvirkningen var ubetydelig eller moderat. Domspremissene viser at Høyesterett går langt i å isolere det selvforskyldte inntaket fra det uforskyldte. Denne sondringen synes best i samsvar med hensynene bak regelsettene, og bør av den grunn være et eksempel til etterfølgelse.

5.3 Den selvforskyldte rus i samvirke med individuelle forhold

I punkt 4.4.5 så vi på tilfeller der det forelå atypisk rus. I slike tilfeller kan rusen etter omstendighetene bli ansett som uforskyldt.⁵¹ I dette avsnittet er situasjonen en annen, nemlig tilfeller der rusen er selvforskyldt, men hvor det også foreligger særskilte fysiologiske eller psykologiske anlegg som øker risikoen for at gjerningspersonen utfører straffbare handlinger. Dette kan for

50 Jf. Rt. 1975 s. 408.

51 Dersom en person bryter loven i atypisk rus, vil som utgangspunkt det avgjørende være årsakssammenhengen mellom personens objektive lovbrudd og rusen. I punkt 4.4.5 tematiseres bl.a. årsakssammenhengen mellom inntaket av rusmiddelet og selve beruselsen i form av atypisk rus.

eksempel være en ervervet hjerneskade,⁵² svært lav intelligens,⁵³ depresjon,⁵⁴ kraftig temperament⁵⁵ eller lignende.

Så lenge gjerningspersonen til tross for anlegget er strafferettslig tilregnelig, vil både de alminnelige skyldreglene og den mer spesielle fingeringsregelen komme til anvendelse. Forutsatt at rusen anses som selvforskyldt, vil det være uten betydning om gjerningspersonen har lettere enn vanlige mennesker for å utføre straffbare handlinger. Derimot kan dette være et forhold som tas i betraktning ved straffeutmålingen.

5.4 Den selvforskyldte rus i samvirke med ekstern påvirkning

Gjerningspersonen kan under forberedelsen eller utførelsen av den straffbare handlingen bli utsatt for ekstern påvirkning. Dette kan for eksempel være psykososialt press eller manipulasjon, uten at det foreligger særskilte fysiologiske eller psykologiske anlegg hos gjerningspersonen som nevnt i 5.3. Et eksempel er Rt. 1977 s. 1354. Et ektepar ble oppsøkt av hustruens venn. Vennen hadde med seg et stort kvantum eksportøl som ble konsumert. Deretter oppstod det en krangel der det kom frem at hustruen og vennen hadde et forhold. Ektefelleens venn slo deretter ektemannen med en ølflaske i hodet slik at han fikk hjernerystelse. Slagsmålet endte med at ektemannen påførte hustruen tre dødelige knivstikk. Til tross for at de sakkyndige la til grunn at alkoholrusen alene ikke ville kunne medføre en nedsettelse av bevisstheten av den karakter det her var tale om, ble tiltalte dømt som følge av den selvforskyldte beruselsen.⁵⁶

Utfallet av saken gir grunnlag for å hevde at gjerningspersonen må bære ansvaret for handlingen dersom den selvforskyldte rusen har spilt en selvstendig rolle ved frembringelsen eller den manglende avvergingen av handlingen. Det finnes imidlertid grenser for hvor langt dette utgangspunktet kan strekkes. Denne grensen kommer særlig godt til syne ved passivitet og perifere medvirkningshandling, se nærmere punktene 5.5 og 7.3.⁵⁷

5.5 Den eksterne årsaken virker uavhengig av den selvforskyldte rusen – særlig om unnlattelsene

Som et utgangspunkt rammer den alminnelige unnlattelselæren også den berusede. For enkelte unnlattelseshandlinger synes det rettferdig og rimelig at gjerningspersonens skyld kan konstateres etter fingeringsregelen. Klarest forekommer dette for de egentlige unnlattelsesdeliktene. Den berusede som

52 Se Rt. 1957 s. 976 og Rt. 1957 s. 690.

53 Se Rt. 1966 s. 123 og Rt. 1953 s. 471.

54 Se Rt. 1986 s. 1185.

55 Se Rt. 1983 s. 9.

56 Se til sammenligning også Rt. 1987 s. 1548.

57 Det kan bemerkes at medvirkningsproblematikk alternativt kunne vært behandlet som en type årsaksproblematikk.

ikke hjelper en person i nød (straffeloven § 387), eller den berusede bilpassasjeren som er med på å kjøre fra en person som ligger skadd igjen i veibanen (vegtrafikkloven § 12), kan som utgangspunkt straffes.⁵⁸

Den alminnelige rettsbevissthet tilsier imidlertid at det finnes grenser for i hvilken grad unnlattelseslæren kan forenes med fingeringsregelen. Det er for eksempel ikke like selvsagt at den som blir utsatt for et seksuelt overgrep i bevisstløs tilstand som følge av selvforskyldt rus av en 13-åring (straffeloven § 192b), selv skal straffes for overgrep etter straffeloven § 195. Tilsvarende synes det urimelig og urettferdig å straffe en overstadig beruset person som får gjemt narkotika i bukselommene når politiet ankommer, iht. straffeloven § 162.⁵⁹

Felles for disse to eksemplene er at straffebudets objektive gjerningsinnhold blir oppfylt på grunn av omstendigheter som ligger utenfor gjerningspersonens kontroll, viten og/eller vilje. Overtredelsene er av alvorlig karakter og med så vidtgående konsekvenser at folk flest ville reservert seg for å utføre handlingen. Hensynene bak regelen om fingering av skyld slår ikke til i tilfeller som de nevnte; det er ingenting å gjengjelde. Derfor er det grunn til å anvende fingeringsregelen med varsomhet i disse tilfellene.

6 HVILKE FORMER FOR SKYLD SOM KAN FINGERES

6.1 Om skyldformene

Skyldkravet vil vanligvis være oppfylt i de tilfellene det foreligger forsett, se straffeloven § 40. Forsettet deles gjerne inn i kategoriene sannsynlighetsforsett, hensiktsforsett og eventuelt forsett.⁶⁰ Enkelte straffebud, især i spesiallovgivningen, stiller lempeligere krav til gjerningspersonens skyld i form av uaktsomhet. Uaktsomheten kan være bevisst eller ubevisst.⁶¹

Ved behandlingen av skyldkravet kan det gjøres et skille mellom gjerningspersonens vilje og innsikt.⁶² Med gjerningspersonens vilje sikter vi her til en handling eller et resultat som gjerningspersonen har bestemt seg for å utføre eller frembringe. Gjerningspersonens innsikt dreier seg på sin side om hva gjerningspersonen innser av de faktiske omstendighetene. Dette omfatter også en eventuell innsikt ved en (feil)vurdering av de faktiske forhold.⁶³

58 Se hhv. Rt. 1951 s. 110 og Rt. 1978 s. 388.

59 Eksemplene med den seksuelle omgang og narkotikaoppbevaringen er hentet fra Thomas Frøbergers merknad i Lovdata til straffeloven § 45.

60 Se *eksempelvis Andenæs 2004*, s. 233–238, og *Eskeland 2006*, s. 269–272.

61 *Andenæs op.cit.*, s. 243–244, *Eskeland op.cit.*, s. 279–282.

62 Se *Røstad 1993*, med henvisning til *Getz på s. 123*. For eksempel på bruk av sondringen i nyere teori, se Jo Stigen (2010), «Forsettets nedre grense – dolus eventualis eller hva?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 4–5, s. 573–636, s. 576, 577, 579, 581 og 586–587.

63 En tilsvarende forståelse ble lagt til grunn i Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) om strl. § 42 tredje ledd, der det fremgår at bestemmelsen gjelder både feilviten og feilvurdering ved spørsmålet om en følge vil inntre.

Sondringen mellom viljes- og innsiktsbaserte elementer er hensiktsmessig fordi hver av skyldformene har ett av disse elementene i seg, om ikke begge deler: Sannsynlighetsforsett legger opp til en rent innsiktsbasert vurdering. Hensiktsforsett forutsetter på sin side en bedømmelse av gjerningspersonens vilje. Eventuelt forsett består derimot av både viljes- og innsiktsbaserte elementer.⁶⁴ Noe upresist kan man si at den bevisste uaktsomhet betinger at gjerningspersonen har innsikt i de faktiske forholdene, mens den ubevisste kjennetegnes ved gjerningspersonens mangel på denne.

Gjerningspersonens vilje kan ikke fingeres.⁶⁵ Begrunnelsen for at gjerningspersonens vilje ikke lar seg fingere, er at det er umulig å få brakt på det rene hva gjerningspersonen faktisk ville ha villet i edru tilstand. Å danne en hypotese om hva personen hadde forstått om han var edru, er noe helt annet enn å postulere hva hans vilje hadde gått ut på om han var edru. Det siste innebærer å danne en hypotese om hvordan personen ville forvaltet sin frie vilje under andre omstendigheter enn den foreliggende. Strafferetten bygger på en forutsetning om at gjerningspersonens vilje er fri, og man kan da ikke resonere i relasjon til fingeringsreglene som om den ikke var det. Man kan altså ikke bygge en praktisk strafferett på hypotesedannelser knyttet til forvaltning av den frie vilje. Konsekvensen av dette er at forsett med viljesbaserte elementer kun kan konstateres i den grad de faktisk foreligger.

Gjerningspersonens innsikt kan derimot fingeres: Omstendighetene rundt den straffbare handlingen vil som regel kunne bringes på det rene, og spørsmålet om hva gjerningspersonen i edru tilstand ville ha innsett, blir i praksis et spørsmål om hvordan bevisene vurderes. Dette medfører at sannsynlighetsforsettet er den eneste forsettsformen som lar seg fingere når gjerningspersonens skyld ikke lar seg konstatere etter de vanlige reglene.

I juridisk teori har det vært et relativt omdiskutert spørsmål om det er adgang til å fingere uaktsomhet.⁶⁶ Det er imidlertid et svært begrenset behov for å fingere skyldformen uaktsomhet ved tilfeller av selvforskyldt beruselse. Dette skyldes at uaktsomhet ikke primært konstateres etter å ha undersøkt gjerningspersonens mentale tilstand og forutsetninger, men etter å ha konstatert et avvik mellom faktisk og forsvarlig handlemåte. Dersom en slik avvikende handlemåte er straffebelagt, blir jo ikke handlingen mer aktsom ved at det påpekes at den ble utøvet under selvforskyldt beruselse. Selvstendig betydning ville en eventuell adgang til å fingere uaktsomhet kun ha i tilfeller

64 Stigen 2010, s. 586–587.

65 I forbindelse med vedtagelsen av strl. § 45 ble det påpekt i forarbeidene at hensikt ikke kunne fingeres. Dette er fulgt opp av Høyesterett, og er uten videre lagt til grunn i teorien, jf. hhv. SKI 1925 s. 91, Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 114; Rt. 1966 s. 418; Rt. 1932 s. 529; Rt. 1933 s. 1180; Rt. 1935 s. 52; Rt. 1966 s. 418; Andenæs 2004, s. 304; Slettan 1997, s. 202; Bratholm 1980, s. 307. Spørsmålet om *dolus eventualis* kan fingeres, er imidlertid holdt åpent i Rt. 2011 s. 1110.

66 Se Andenæs 2004, s. 315; Bratholm 1980, s. 306–307; Eskeland 2006, s. 338; Mæland (2012), *Norsk alminnelig strafferett*, Justian AS, Bergen, s. 215; Slettan 1990, s. 57; Slettan & Øye 1997, s. 202.

der det er grunn til å behandle den bevisste uaktsomhet strengere enn den ubevisste.⁶⁷

6.2 Fingering av sannsynlighetsforsett

Sannsynlighetsforsett foreligger når gjerningspersonen foretar en handling med visshet om at den mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Det er vanlig å formulere dette som et krav om sannsynlighetsovervekt, hvilket vil si at sannsynligheten er mer enn 50 %.⁶⁸ Prosentatsen gir imidlertid bare et veiledende utgangspunkt. Som det fremgår av lovforarbeidene, bør man stille høyere krav til sannsynligheten jo alvorligere lovbruddet er.⁶⁹

Flere forhold vil spille inn i vurderingen av om handlingen mest sannsynlig vil dekke gjerningsbeskrivelsen. I en bilulykke kan for eksempel bilens tilstand, tidspunkt og sted være av betydning. Hvilke forhold som kan tas i betraktning, er imidlertid subjektivt bestemt: Det er kun forhold som gjerningspersonen ville vært klar over som det kan ses hen til.⁷⁰ Det er det psykologiske det vil si gjerningspersonens virkelighetsoppfatning som legges til grunn, ikke det aletiske eller epistemiske.⁷¹

At gjerningspersonens forståelse av sannsynligheten må legges til grunn, innebærer imidlertid ikke at han må foreta en inngående analyse som ledsages av en klar konklusjon. Ikke sjelden begås den straffbare handlingen i sterk affekt eller som en ren impulshandling. I disse tilfellene handler gjerningspersonen som regel ikke med den samme klare innsikt som ellers. Ved vurderingen er det her tilstrekkelig at gjerningspersonen har en uklar eller sløret tanke om hva som ville blitt konsekvensen.⁷²

Når sannsynlighetsforsettet fingeres, legges de samme utgangspunkter som nevnt ovenfor til grunn, men med en viktig reservasjon: Det er hva gjerningspersonen ville ha innsett i edru tilstand som er av betydning.⁷³ Vur-

67 Se eksempelvis naturmangfoldloven § 31, jf. § 3 litra n og § 75.

68 Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 116. Loven viderefører tidligere praksis, se for eksempel Rt. 1902 s. 260.

69 NOU 1992: 23 s. 117. Det kan legges til at gjerningspersonen ikke trenger ha ofret straffebudet en tanke, så sant sannsynlighetsovervekten med hensyn til handlingens karakter i seg selv er oppfylt.

70 Se lovforarbeidenes uttalelser til 2005-loven – Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), samt Rt. 1966 s. 698.

71 Om sondringene mellom hhv. det aletiske, epistemiske og psykologiske nivå, se Eivind Kolflaath (2004), «Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortellinger?», *Jussens Venner* nr. 5–6, s. 279–304, s. 281–282.

72 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) til § 23, s. 426. Dette utgangspunktet ble senest fastslått i Rt. 2011 s. 1104. Se også Røstad 1993, s. 140–141, med videre henvisninger til Johs. Andenæs (1956), *Strafferett* (1. utg., Oslo 1956), og Jørgen Trolle (1949), *Det «slørede» forsett. Et Bidrag til Forsættets psykologi* (festskrift til Karl Schlyter), s. 358–366. For disse tilfellene bør det imidlertid utvises forsiktighet ved bevisvurderingen, se Andenæs 2004, s. 240.

73 Se *Eskeland 2006*, s. 338–339, og *Andenæs 2004*, s. 318.

deringen av gjerningspersonens skyld får dermed et hypotetisk preg: Det er ikke tale om hva han faktisk forstod, men hva han ville forstått under andre betingelser enn de foreliggende.

Med det som er sagt, er det opplagt at rettsanvenderen i første rekke vil være henvist til objektive data når skylden fingeres. Ettersom personen rent faktisk ikke var edru i en situasjon, kan vurderingen få et preg av hva en alminnelig person i en tilsvarende situasjon ville ha forstått. I så fall skjer det en type forskyvning fra det psykologiske nivået mot det epistemiske.

Selv om vurderingen i realiteten blir hypotetisk, er det viktig å merke seg at skylden ikke kan basere seg på usikre antagelser. Enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode også ved spørsmålet om gjerningspersonens skyld. I fingeringstilfellene blir dette satt på spissen ettersom en eventuell rimelig tvil i første rekke refererer til en hypotetisk situasjon. Dette tilsier at det bør utvises særlig varsomhet med å legge til grunn faktiske forhold som synes tvilsomme når skylden fingeres.

7 SÆRLIG OM SUBJEKTIVT OVERSKUDD, FORSØK OG MEDVIRKNING

7.1 Subjektivt overskudd

Som påpekt ovenfor i punkt 6 kan man ikke fingere hva gjerningspersonens frie vilje ville gått ut på om han hadde vært edru. Dette innebærer at såkalt subjektivt overskudd ikke kan fingeres.⁷⁴

Faktisk skyld kan foreligge selv om gjerningspersonen handler i selvskyldt rus. I forarbeidene til straffeloven av 2005 blir det blant annet lagt til grunn at retten domfeller for tyveri i slike tilfeller, da man «ut fra handlingenes ytre karakter vil legge til grunn at gjerningspersonen har opptrådt med den nødvendige hensikt» i relasjon til bestemmelsens subjektive overskudd.⁷⁵ Unntak bør imidlertid gjøres der rusen er dyp og ledsages av villfarelse.

I den tilsvarende tyveribestemmelsen i straffeloven 2005 har man forsøkt å bevege seg bort fra læren om det subjektive overskudd ved å endre ordlyden fra «vinnings hensikt» til «forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning». Forskjellen består i at sannsynlighetsforsettet tilsynelatende omfattes av bestemmelsen i den nye loven. Likevel antas det at dette ikke vil innebære noen forandring i dagens rettsstilstand for rushandlinger. Det kan reises spørsmål om en slik ombygging kan gjennomføres uten at straffesystemets mer grunnleggende elementer foregripes. I et tilfelle der man ikke kan slutte vinnings hensikt fra de objektive omstendigheter ved lovbruddet – slik

74 Se eksempelvis straffeloven §§ 94, 104, 121, 132, 145, 147c, 159, 161, 186, 225, 231, 233, 245, 255, 257, 162, 266, 267, 270, 272, 275, 294, 301 og 372. Se for øvrig Andenæs 2004, s. 319–320; Boucht 2011, s. 633; Bratholm 1980, s. 307; Eskeland 2006, s. 339; Slettan 1990, s. 128 med videre henvisninger til forarbeider, praksis og teori der det legges til grunn at skylden ikke kan fingeres når straffebudet knytter seg til subjektivt overskudd.

75 Se NOU 2002: 4 s. 171.

man må etter dagens bestemmelse – innebærer fingering av «forsett om vinning» en spådom om hvordan personen kommer til å forvalte sin frie vilje i fremtiden. En person som på grunn av selvforskyldt beruselse for eksempel tar feil av sin egen og kameratens sykkel på vei hjem, vil som oftest levere sykkelen tilbake til kameraten når han blir klar over hva som har skjedd. Etter den nye straffelovens bestemmelser foreligger i disse tilfeller forsett om «uberettiget vinning» i og med tilegnelsen av sykkelen.⁷⁶ Den nye bestemmelsen tar med andre ord ikke høyde for at «vinning» i grunnleggende forstand henger sammen med gjerningspersonens forvaltning av sin frie vilje i fremtiden. Endringen representerer i så måte et tilbakesteg i forhold til dagens mer nyanserte rettstilstand.⁷⁷

At man ikke kan fingere hensikt og subjektivt overskudd, kan generaliseres ytterligere: Prinsipielle problemer reiser seg for enhver ansvarskonstruksjon der særskilte subjektive tilstander inngår som en del av «gjerningsbeskrivelsen» i vid forstand. To slike ansvarsformer som reiser særskilte problemer i kombinasjon med fingeringsreglene, er forsøks- og medvirkningsansvaret.

7.2 Forsøk

Forsøk forutsetter såkalt fullbyrdesforsett, jf. frasen «*tilsigtedes paabegyndt*» i straffeloven § 49.⁷⁸ Det kan reises spørsmål om fullbyrdesforsettet representerer en form for subjektivt overskudd.

Ordlyden i straffeloven § 49 trekker i retning av at det strafferettslige forsøksansvar forutsetter subjektivt overskudd av typen hensikt. Enkelte strafferettsfremstillinger forutsetter også at bestemmelsen gjør det.⁷⁹ Som fremholdt av Andenæs var det imidlertid fra lovgivers side ikke meningen å oppstille et krav om hensikt i straffeloven § 49.⁸⁰ Den språklige formuleringen skyldes at det ikke finnes et verb som svarer til substantivet forsett.⁸¹ Også i rettspraksis har dette blitt lagt til grunn, jf. bl.a. Rt. 1934 s. 1096 der forsettet ved forsøk på forbrytelse ble fingert.

76 Den nye bestemmelsen har likhetstrekk med straffansvar på objektivt grunnlag, se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 278: «Et tyveri eller et underslag er like samfunnsskadelig og har de samme følger for den fornærmede uansett hvilken hensikt gjerningspersonen hadde. Det er særlig selve tilegnelsen som karakteriserer vinningslovbrudd som krenker eiendomsretten, og ikke om det kreves forsett eller ikke.»

77 Se dog Magnus Matningsdal (2010), *Norsk spesiell strafferett*, Fagbokforlaget, Bergen, s. 277, som uten å problematisere det nevnte forhold slår fast at rettstilstanden nå er endret.

78 Se Andenæs 2004, s. 348, og Eskeland 2006, s. 214, 305 og 309.

79 Se i denne retning Eskeland 2006, s. 305.

80 Andenæs 2004, s. 356. Det synes som om Boucht 2011, s. 633, tolker Andenæs dit hen at selve beslutningen om å begå lovbruddet må være dekket av gjerningspersonens forsett (jf. tekst ved note 65), noe som sammen med at han anfører som «en rimlighetsbedømming» leder til «att forsøksuppsåtet, på likartat sätt som avsikt och syfte ovan, inte bör kunna fingeras».

81 Andenæs loc.cit.

Som påpekt ovenfor i punkt 6 er det bare sannsynlighetsforsett som kan fingeres. Problemet med forsøkshandlingene er at disse som oftest er preget av en særlig hensikt, og at det bare i et fåtall tilfeller vil være slik at fullbyrdelsen av et lovbrudd fremstår som sannsynlig i et tilfelle der gjerningspersonen ikke har faktisk forsett. Det som eventuelt vil medføre at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet oppfylles, er gjerningspersonens forvaltning av egen vilje i fremtiden, men denne vilje kan man i relasjon til fingeringsreglene ikke forutsette utøvet på en bestemt måte. Et eventuelt forsøksansvar må altså baseres på gjerningspersonens vurdering av sannsynligheten, hadde han vært edru; se ovenfor punkt 6.

En edru person som f.eks. retter et våpen mot en annen, vil etter omstendighetene kunne dømmes for drapsforsøk fordi hensikten nettopp er å drepe den annen. Dersom en svært beruset person gjør en tilsvarende handling, men altså uten en bestemt hensikt, vil et eventuelt forsøksansvar måtte baseres på sannsynlighetsbetraktninger og ikke hensikt. Mens det kan fremtre som usikkert hvorvidt det å sikte på en person faktisk leder til drap, vil vurderingen i andre tilfeller fremtre som mer åpenbar. Dersom en person skyter en annen på kloss hold med flere skudd i brystet, er det sannsynlig at vedkommende kommer til å dø. For det tilfelle at personen overlever, spiller det ingen rolle for forsøksansvaret at personen var beruset, for gjerningspersonen skal uansett bedømmes som om han var edru med hensyn til sannsynlighetsvurderingen.

I praksis vil altså en beruset gjerningsperson som manglet faktisk forsett, bli ilagt forsøksansvar dersom det ut fra de allerede foretatte handlinger fremstod som sannsynlig at lovbruddet ville bli fullbyrdet, jf. eksempelvis Rt. 2011 s. 1708, Rt. 2007 s. 187 og Rt. 1967 s. 688.⁸²

7.3 Medvirkning

Medvirkning består typisk i å styrke gjerningspersonens vilje eller evne til å foreta forbrytelsen under viten om at en forbrytelse er under oppseiling. Det skilles mellom fysisk og psykisk medvirkning. Mens den fysiske medvirkning i særlig grad innebærer styrking av gjerningspersonens mulighet eller evne til å gjennomføre forbrytelsen, innebærer den psykiske medvirkning i særlig grad styrking av gjerningspersonens forsett.⁸³ Det opereres også med en kategori kalt passiv medvirkning, der medvirkningen snarere består i en form for solidarisering enn aktive handlinger.

For mange medvirkningsforbrytelser står medvirkerens vilje sentralt. For den psykiske medvirkning sier dette seg selv. Ettersom gjerningspersonens vilje ikke kan fingeres, innsnevres anvendelsesområdet til fingeringsregelen for medvirkningshandlingler begått i selvforskyldt rus betraktelig.

⁸² Ofte ville imidlertid de allerede foretatte handlinger uansett innebære fullbyrdelse av et annet straffebud, jf. eksempelvis Rt. 1978 s. 1046 og Rt. 1978 s. 297.

⁸³ Se Andenæs 2004, s. 323, og Eskeland 2006, s. 199.

Avgjørende for fingeringsadgangen ved medvirkningshandlinger vil derfor ofte være i hvilken grad det foreligger sannsynlighetsforsett for medvirkeren. I disse tilfellene vil imidlertid gjerningspersonen som oftest mangle faktisk kunnskap om at en forbrytelse er forestående, og at han styrker gjerningspersonens evne og/eller vilje til å begå forbrytelsen. Det spesielle for medvirkningsansvaret er at det kan være svært vidtrekkende og ramme tilfeller der medvirkeren har spilt en svært beskjeden rolle. I slike tilfeller kan fingering av skyld virke særlig hardt, noe som tilsier at reglene anvendes med atskillig forsiktighet.

Anta for eksempel at gjerningspersonen ber sin berusede nabo om å få låne en bensinkanne. Gjerningspersonen kommer fra et land der æresdrap ikke er uvanlig, og han begrunner sitt lån med at han skal oppdra sin yngste datter som har forsvunnet på fest med en norsk gutt. Den berusede naboen innbiller seg at gjerningspersonen trenger bensin til bilen for å hente datteren. Hadde han vært edru, ville han husket at gjerningspersonen tidligere hadde snakket varmt om æresdrap ved en anledning. Gjerningspersonen tenner senere på datteren med bensinen fra den berusede naboen. I et slikt tilfelle er det en så vesentlig forskjell mellom den forbrytelsen gjerningspersonen har begått og den «medvirkningshandling» den berusede naboen har ytt, at det vil være svært urimelig om man skulle se bort fra hans beruselse ved vurderingen av hans eventuelle strafferettslige ansvar.⁸⁴

Når man skal ta standpunkt til hvorvidt en person har begått straffbar medvirkning, ikke minst i saker med såkalt passiv medvirkning, vil man undertiden se hen til i hvilken grad gjerningspersonen har solidarisert seg med handlingen.⁸⁵ På lik linje med at vilje ikke kan fingeres, kan man heller ikke fingere at en person solidariserte seg med en handling, når dette faktisk ikke var tilfellet.

84 Også her er det på sin plass å nevne at det primært er hensynet til gjengjeldelsesforestillinger (og ikke preventive hensyn) som tilsier fingering av skyld ved selvforskyldt beruselse, jf. ovenfor under punkt 3, noe som taler for tilbakeholdenhet når disse gjengjeldelsesforestillingene ikke slår til.

85 For saker der solidariseringssynspunktet har vært sentralt ved vurderingen av hvorvidt medvirkningshandlingen var straffbar, se Rt. 2006 s. 1464, Rt. 2004 s. 1392 og Rt. 2001 s. 1671.