

PSYKISK MEDVIRKNING VED PASSIVITET



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 749
Leveringsfrist: 26.04.11

Til sammen 16 510 ord

22.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av temaet	1
1.2	Presisering og avgrensning	2
1.3	Straffelovens regulering av medvirkning	2
1.3.1	Dagens rettstilstand	2
1.3.2	Generell medvirkningsbestemmelse i straffeloven 2005	4
1.4	Hvorfor straffe for medvirkning?	4
1.5	Den videre fremstillingen	6
<u>2</u>	<u>HVA ER STRAFFBAR MEDVIRKNING?</u>	<u>6</u>
2.1	Fysisk medvirkning	6
2.2	Psykisk medvirkning	8
2.3	Passiv medvirkning	10
2.3.1	Kort om det passive medvirkningsansvaret	10
2.3.2	Unntak fra vilkåret om positiv tilskyndelse eller en egen medvirkningskategori?	11
2.3.2.1	Vilkår om psykisk årsakssammenheng?	12
2.3.2.2	Vilkår om konkludent passivitet?	14
2.3.2.3	Passiv medvirkning bør anses som en egen medvirkningskategori	14
2.3.3	Har de ulike tilnærmingene betydning for når straff kan ilegges?	15
<u>3</u>	<u>VILKÅR FOR PASSIVT MEDVIRKNINGSANSVAR</u>	<u>17</u>
3.1	Objektive vilkår	17
3.1.1	Medvirkeren må ha utvist straffbar atferd	17
3.1.2	Fravær av straffrihetsgrunner	18
3.2	Subjektive vilkår	18
3.2.1	Medvirkeren må ha utvist tilstrekkelig skyld	18

3.2.2	Medvirkeren må ha vært tilregnelig	20
3.3	Rettsstridsreservasjonen	20
3.4	Årsakskravet	20
3.4.1	Unnlatelsen som årsak	21
3.4.2	Hvilke krav til årsakssammenheng stilles for passivt medvirkningsansvar?	22
3.4.3	Årsakskravets funksjon	23
3.5	Kort om tilknytningskravet	23
4	<u>HVILKE SITUASJONER UTLØSER EN HANDLEPLIKT?</u>	25
4.1	Medfører konkludent passivitet at det utløses en handleplikt?	26
4.1.1	Tilstedeværelse som grunnlag for handleplikt?	26
4.1.2	Utløser overordningsforhold en handleplikt?	27
4.2	Medfører en farefremkallelse at det utløses en handleplikt?	29
4.2.1	Felles, forutgående kriminalitet som grunnlag for handleplikt?	30
4.2.2	Handleplikt som følge av annen farefremkallelse?	33
4.3	Utløser ansvar for tingen som brukes, en handleplikt?	34
4.4	Kan et utleieforhold utløse en handleplikt for utleier?	36
4.5	Utløser samboerforhold en handleplikt?	37
4.6	Utløser omsorgsplikter en handleplikt?	39
4.6.1	Kan omsorgsansvar for barn utløse en straffesanksjonert handleplikt?	39
4.6.2	Kan omsorgsplikter forankret i andre grunnlag utløse en handleplikt?	42
4.7	Fellestrekk ved situasjoner der det er ilagt straff for passiv medvirkning	43
4.7.1	Tiltalte hadde en særlig plikt til å gripe inn	43
4.7.2	Tiltaltes passivitet måtte oppfattes som et samtykke	44
4.7.3	Det straffbare forhold var påregnelig for tiltalte	44
4.7.4	Tiltalte hadde kontroll over situasjonen	45
4.7.5	Tiltalte hadde mulighet for å gripe inn	46
4.7.6	Tiltaltes passivitet var straffverdig	46
4.8	En videre utvikling av det passive medvirkningsansvaret?	47

<u>5</u>	<u>NÆRMERE OM HANDLINGSALTERNATIVET</u>	<u>48</u>
5.1	Hvor langt strekker handleplikten seg?	48
5.2	Hvorfor bør handlingsalternativet presiseres?	51
<u>6</u>	<u>NOEN UTVALGTE SPØRSMÅL RELATERT TIL PASSIVT MEDVIRKNINGSANSVAR</u>	<u>52</u>
6.1	Setter lovskravet begrensninger for anvendelsen av passivt medvirkningsansvar? 53	
6.2	Unntak fra kravet om skyld?	55
6.3	Omgåelse av bevisvansker	58
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>
<u>8</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

Passivitet kan utløse rettsvirkninger på ulike områder. Under nærmere bestemte omstendigheter, kan passivitet stifte avtalerettslige plikter og rettigheter.¹ Også i erstatningsretten kan passivitet ha rettslig betydning. Å forholde seg passiv kan utløse erstatningsansvar, dersom skadevolderens unnlattelse av å foreta en bestemt aktiv handling, anses uaktsom.²

Temaet for denne oppgaven er strafferettslig medvirkningsansvar begrunnet i medvirkerens passivitet. Det sentrale spørsmålet for disse passivitetsvirkningene er “om og i tilfelle når en unnlattelse av å forsøke å forhindre at en straffbar handling begås kan utgjøre straffbar medvirkning”.³

Den mest nærliggende forståelsen av begrepet “medvirkning” er at det må foreligge en form for aktiv atferd.⁴ Utgangspunktet i norsk rett er også at det må foreligge en positiv tilskyndelse før det kan ilegges straff for medvirkning. Medvirkningsansvar begrunnet i passivitet innebærer altså et unntak fra det klare utgangspunktet.

Straff for medvirkning til en lovovertrødelse innebærer at straffansvaret strekkes “utover det som er kjernen i den straffbare handlingen”.⁵ Når det i tillegg er tale om å ilegge straff begrunnet i passivitet, befinner vi oss ved den ytre grensen for straffansvaret.⁶ Hensynet til en effektiv håndheving av straffelovgivningen, samt ønsket om å ramme straffverdige handlinger, taler for å la passivitet omfattes av straffansvaret.

¹ Woxholth (2003) s. 105

² Lødrup (2005) s. 127

³ Matningsdal (2008) s. 362

⁴ Se i denne retning Andorsen (1998) s. 21

⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 94

⁶ Husabø (1999) s. 174

På den annen side, er det behov for å oppstille visse begrensninger i medvirkningsansvarets rekkevidde.

I denne oppgaven undersøker jeg hvilke situasjoner som kan utløse en handleplikt og medvirkningsansvar ved passivitet. Jeg drøfter også hvilke aktive handlinger som kreves for å unngå passivt medvirkningsansvar i slike situasjoner.

1.2 Presisering og avgrensning

Det er unnlatelsen som medvirkning til en aktiv handling som er det sentrale for oppgaven. Unnlatelsen som hovedgjerning ligger utenfor oppgavens tema. Det samme gjelder medvirkning til en unnlatelse.

Ettersom det sentrale for oppgaven er når det foreligger straffbar passiv medvirkning, avgrenses det mot betydningen av straffeloven⁷ § 58, der flere har samvirket ved en forbrytelse. Bestemmelsen er en ren straffutmålingsbestemmelse, som først er aktuell når det er avklart at det foreligger straffbar medvirkning.

Det avgrenses videre mot strl. §§ 139 og 387, som under visse omstendigheter oppstiller en plikt til å avverge forbrytelser og ulykker. En unnlatelse av å oppfylle disse pliktene vil rammes som en overtredelse av henholdsvis § 387 eller § 139 som hovedgjerning, og ikke som medvirkning til overtredelse av et straffebud.

1.3 Straffelovens regulering av medvirkning

1.3.1 Dagens rettstilstand

De fleste straffebudene i dagens straffelov, som setter straff for forbrytelser av en viss alvorlighet, er såkalte medvirkningsdelikter som inneholder et eget medvirkningstillegg. Medvirkningstilleggene setter straff for den som medvirker til oppfyllelsen av gjerningsinnholdet. På denne måten kan handlinger som ikke oppfyller straffebudets gjerningsbeskrivelse likevel være straffbare, dersom de må anses som medvirkning til

⁷ Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (heretter straffeloven eller strl.)

handlingen som beskrives i straffebestemmelsen. Hvor langt medvirkningsansvaret strekker seg, avgjøres etter en tolkning av straffebudet.

I noen straffebud er kun visse former for medvirkning kriminalisert. Strl. § 170 begrenser eksempelvis medvirkningsansvaret til den som “forleder” en annen til å utføre hovedgjerningen. Hvilke medvirkningshandlinger som etter dette omfattes av straffebudet, må som ellers avgjøres etter en konkret tolkning.⁸ Medvirkning kan også være skilt ut som et eget straffebud. Vegtrafikkloven⁹ § 17 annet ledd gir et eksempel på dette. Bestemmelsen setter straff for eier av motorvogn som låner bort motorvognen uten at han har forsikret seg om at låntakeren fyller vilkårene for å føre den. Ved å låne bort sin bil til en beruset kamerat, medvirker bileieren dermed til kameratens ulovlige kjøring.¹⁰

For straffebud som ikke inneholder medvirkningstillegg, er medvirkningshandlinger ikke straffbare. Ulike former for bistand kan likevel omfattes av lovbestemmelsens ordlyd, og således være straffbart. Et ansvar forankres her i en tolkning av det aktuelle straffebudet: “det naturlige fortolkningsprinsipp”.¹¹ Det avgjørende for straffbarheten er således ikke om handlingen kan karakteriseres som medvirkning, men om straffebudet er formulert slik at den aktuelle handlingen rammes. Selv om medvirkning til overtredelse av disse bestemmelsene ikke er straffbart, kan det likevel være illustrerende å klassifisere bistandshandlinger som omfattes av straffebudets gjerningsbeskrivelse som medvirkning.

Anvendelsesområdet for straffebudene uten medvirkningstillegg er snevrere enn for medvirkningsdeliktene. For drøftelsen av passiv medvirkning, har imidlertid skillet mellom straffebud med og uten medvirkningstillegg ikke avgjørende betydning. Medvirkningsansvar for passivitet kan inntre både i tilknytning til overtredelser av straffebud med og uten medvirkningstillegg.

⁸ Matningsdal (2008) s. 374

⁹ Vegtrafikkloven av 18. juni 1965 nr. 4 (vtrl.)

¹⁰ Engstrøm (1978) s. 404

¹¹ Andenæs (1940) s. 265

1.3.2 Generell medvirkningsbestemmelse i straffeloven 2005

I den nye straffeloven¹² innføres en generell bestemmelse om medvirkning, som setter straff for “den som medvirker til overtredelsen”.¹³ Unntak fra dette utgangspunktet må eventuelt presiseres i det enkelte straffebud. Det fremgår av forarbeidene¹⁴ at bakgrunnen for endringen er at det etter dagens system kan virke noe tilfeldig hvilke bestemmelser som inneholder et medvirkningstillegg. Videre kan det, for straffebudene uten medvirkningstillegg, oppstå tvil om hvor langt straffebudet strekker seg. I tillegg får disse straffebudene et snevrere anvendelsesområde enn det som anses nødvendig for en effektiv håndhevelse av loven. Innføringen av en generell medvirkningsbestemmelse kan også begrunnes i pedagogiske og retts tekniske hensyn: Straffebud kan formuleres noe enklere når det ikke er nødvendig å nevne medvirkning uttrykkelig.

Når det gjelder vilkårene for når medvirkning er straffbart, er det lagt til grunn i forarbeidene at disse hovedsakelig vil være i samsvar med gjeldende rett.¹⁵

1.4 Hvorfor straffe for medvirkning?

Straff er tradisjonelt definert som “et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde”.¹⁶ Når handlinger kriminaliseres, skyldes det at de interesser straffebudet skal verne, er ansett som så viktige at det er behov for å styre borgernes atferd, slik at disse interessene ivaretas.¹⁷

Medvirkning til overtredelse av et medvirkningsdelikt, faller ikke inn under beskrivelsen av den handlingen som er kriminalisert. Når det likevel er satt straff for medvirkning, begrunnes dette i at visse handlinger anses like straffverdige som

¹² Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28

¹³ Strl. 2005 § 15

¹⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 95-96

¹⁵ NOU 1992:23 s. 76

¹⁶ Andenæs (2005) s. 10

¹⁷ Bratholm (1987) s. 17

hovedgjerningen, på tross av at de ikke omfattes av straffebudets gjerningsinnhold. Prevensjonshensynet gjør seg dermed tilsvarende gjeldende for medvirkeren som for hovedgjerningspersonen.¹⁸ Medvirkningshandlingen er altså av en slik karakter at den bør omfattes av straffansvaret.¹⁹

Situasjonen kan også være at medvirkeren har større skyld enn hovedgjerningspersonen. Dette vil være tilfellet der en bakmann får en annen til fysisk å utføre de straffbare handlingene. Rettferdighetshensyn taler da imot at medvirkeren skal gå fri for straff fordi han har fått andre til å utføre den straffbare handlingen for seg.

Hva er det så som gir en medvirkningshandling en slik karakter at den bør møtes med straff? Sammenhengen mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen kan anses som den primære begrunnelsen for medvirkningsstraff.²⁰ Ved aktiv medvirkning innebærer årsakssammenhengen at medvirkeren straffes for følgene av det han har gjort.²¹ For den passive medvirkningen, består sammenhengen med hovedgjerningen i at medvirkeren kunne ha motvirket den straffbare handlingen.

I tillegg til tilknytningen til hovedgjerningen, er medvirkerens eget forhold en del av begrunnelsen for straff.²² Dette viser seg ved at det foretas en selvstendig vurdering av medvirkerens skyld. For de aktive medvirkningshandlingene, er også vurderingen av karakteren og faren ved medvirkerens handlemåte sentral. For passiv medvirkning, er det vurderingen av om medvirkeren hadde en særlig plikt til å gripe inn overfor hovedgjerningen, som innebærer at ansvaret begrunnes ut fra medvirkerens eget forhold.

Både for aktive og passive medvirkningshandlingene ligger altså begrunnelsen for hvorfor handlingen er straffverdig, dels i sammenhengen med hovedgjerningspersonens handlinger og dels i medvirkerens eget forhold.

¹⁸ Eskeland (2006) s. 199

¹⁹ Matningsdal (2008) s. 359

²⁰ Husabø (1999) s. 259

²¹ Ibid.

²² Husabø (1999) s. 260-261

1.5 Den videre fremstillingen

I pkt. 2 vil jeg redegjøre for de ulike formene for medvirkning, herunder diskusjonen om passiv medvirkning skal anses som en egen medvirkningskategori eller som en undergruppe av psykisk medvirkning. I pkt. 3 kommer jeg nærmere inn på vilkårene for straffbar passiv medvirkning. Under pkt. 4 vil jeg gjennomgå rettspraksis som omhandler medvirkning på bakgrunn av passivitet, med sikte på å undersøke hvilke situasjoner som kan utløse en handleplikt. I pkt. 5 vil jeg se nærmere på hvilke aktive handlinger som i en slik situasjon, kreves for å unngå passivt medvirkningsansvar. Til sist, under pkt. 6, vil jeg drøfte noen utvalgte spørsmål som reiser seg i tilknytning til det passive medvirkningsansvaret.

2 Hva er straffbar medvirkning?

Medvirkerens handling dekker ikke gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet. Spørsmålet er derfor på hvilken måte medvirkeren må “bistå eller forsøke å påvirke”²³ hovedgjerningspersonen, for at handlingen skal karakteriseres som straffbar medvirkning til lovovertrедelsen.

2.1 Fysisk medvirkning

For at det skal foreligge straffbar fysisk medvirkning, må medvirkeren ha utført bistand som bidrar til hovedgjerningspersonens faktiske gjennomføring av forbrytelsen.²⁴

Bistanden kan eksempelvis bestå i å skaffe våpen til et ran, kjøre ranerne til banken eller holde vakt utenfor.²⁵ Medvirkningshandlingen trenger ikke å ha vært nødvendig for resultatet, men den må stå i et medvirkende årsaksforhold til hovedgjerningen.²⁶

²³ Eskeland (2006) s. 199

²⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 411

²⁵ Ibid.

²⁶ Andenæs (2005) s. 326

Dersom bistanden ikke bidro til hovedgjerningspersonens utførelse av den straffbare handlingen, kan det i høyden bli aktuelt å straffe for forsøk på medvirkning.

Spørsmålet er når en bistandshandling innebærer straffbar medvirkning, og når den faller utenfor medvirkningsansvaret. Det må vurderes om det konkrete straffebudet må anses å ta sikte på å ramme den aktuelle handlingen. I denne vurderingen er handlingens nærhet til gjerningsbeskrivelsen, samt bistandens straffverdighet, sentrale momenter.²⁷

I Rt.1989.1004 stilles det ikke store krav til bistandshandlingen for at den skal rammes som straffbar medvirkning. I dommen ble en mann dømt for medvirkning til innførsel av narkotika. To personer, som tiltalte seilte sammen med, hadde planlagt båtturen for å smugle hasj fra Danmark til Norge. Det var tilstrekkelig til domfellelse for fysisk medvirkning at tiltalte til tider hadde styrt båten, såfremt han regnet det som overveiende sannsynlig at det var narkotika om bord.

Grensen for straffansvaret ble her trukket vidt. Høyesterett uttalte imidlertid at forholdet lå nær den nedre grensen for medvirkningsansvaret. En dissenterende dommer ville også oppheve byrettens dom, fordi de aktuelle handlingene ikke kunne anses straffbare: Å fortsette med de samme gjøremål på hjemturen som tiltalte hadde utført på vei til Danmark, kunne ikke “på noen avgjørende måte skille (...) seg fra den rene passivitet”.²⁸ Tiltaltes atferd om bord på båten lå altså nær den straffrie passivitet. Som vi skal se nedenfor, er den strenge praksisen som kan utledes av denne dommen, noe modifisert gjennom nyere rettspraksis.

Den som står vakt mens hovedgjerningspersonen begår et ran vil, i tillegg til å bidra til den faktiske gjennomføringen av ranet, også styrke ranerens forsett dersom denne er klar over at noen holder vakt utenfor. På denne måten vil fysisk medvirkning som regel også innebære en psykisk medvirkning.²⁹ Når vi skal se på området for den psykiske

²⁷ Mæland (2004) s. 78

²⁸ Rt.1989.1004 s. 1006

²⁹ Eskeland (2006) s. 199

medvirkningen, er det derfor hensiktsmessig å ta utgangspunkt i tilfeller der medvirkeren ikke fysisk har bidratt til lovovertrедelsen.

2.2 Psykisk medvirkning

Området for den straffbare psykiske medvirkningen er påvirkning fra medvirkeren som styrker hovedgjerningspersonens forsett. Påvirkningen kan eksempelvis bestå i en oppfordring til å begå lovbruddet, rådgivning eller informasjon. Som for fysisk medvirkning, kreves det ikke at bistanden var nødvendig for gjennomføringen av hovedgjerningen.³⁰

Det er lagt til grunn i teori og rettspraksis³¹ at det i utgangspunktet kreves en positiv tilskyndelse fra medvirkeren for at han skal kunne holdes strafferettslig ansvarlig: “Å være en interessert tilskuer er ikke medvirkning”.³² Spørsmålet er hvilken grad av intensitet som kreves, for at en tilskyndelse innebærer straffbar medvirkning.

I Rt.2000.1455 var de aktuelle bistandshandlingene ikke av en slik art at de ble ansett omfattet av ordlyden i straffebedet. Spørsmålet var om en far og en sønn kunne dømmes for ulovlig bruk av snøscooter på grunn av at de hadde latt seg frakte på snøscooterne som passasjerer. Førstvoterende uttalte at “en tilfeldig, vederlagsfri og passiv leilighetstransport”³³ som i dette tilfellet, falt utenfor straffebedets ordlyd. Å la seg frakte på snøscooterne, innebar ikke en tilstrekkelig tilskyndelse til at det ble rammet som straffbar medvirkning.³⁴

Et grensetilfelle der utfallet ble domfellelse, har vi i dommen inntatt i Rt.1982.1315. Der ble en kvinne dømt for medvirkning til innførsel av ca. 50 kg. hasj, på bakgrunn av at hun hadde utført sine gjøremål om bord på seilbåten, samt bistått med seilingen.

³⁰ Andenæs (2005) s. 326

³¹ Se eksempelvis Rt.1994.102 s. 104. Lagmannsrettens kjennelse ble opphevet fordi det var lagt til grunn en uriktig forståelse av medvirkningsbegrepet.

³² Andenæs (2005) s. 327

³³ Rt.2000.1455 s. 1457

³⁴ Andenæs (2005) s. 326

Høyesterett sluttet seg til utgangspunktet i lagmannens rettsbelæring, om at det ikke foreligger medvirkning dersom vedkommende “har forholdt seg helt passiv”.³⁵ Men dersom kvinnen var klar over at hensikten med seilturen var å innføre narkotika til Norge, innebar det straffbar medvirkning å utføre de naturlige gjøremål på turen hjemover: “Også det å koke mat, holde tingene i orden og i det hele bistå med seilingen”³⁶ måtte anses tilstrekkelig for medvirkningsansvar. Ved å utføre disse gjøremålene, hadde kvinnen styrket hovedgjerningspersonene i deres forsett.

Her ser vi at Høyesterett trekker en vid ytre grense for medvirkningsansvaret. Begge de såkalte Hasjseiler-dommene, i Rt.1982.1315 og Rt.1989.1004, er kritisert i juridisk teori for at medvirkningsansvaret er strukket for langt.³⁷ Standpunktet fra disse dommene er i dag modifisert gjennom nyere rettspraksis.

I Rt.2001.1671 hadde en bilfører latt en passasjer sitte på videre i bilen, etter underveis å ha oppdaget at hun hadde narkotika på seg. Spørsmålet var om dette innebar straffbar medvirkning til oppbevaring av narkotika. Høyesterett uttalte at det var tvilsomt om dette i seg selv var tilstrekkelig til å statuere medvirkningsansvar, ”selv om et slikt standpunkt kan ha støtte i avgjørelsene i Rt-1982-1315 og Rt-1989-1004”.³⁸ Det var ikke før sjåføren gjennomgikk narkotikapartiet og smakte på kokainen, at han kunne sies å ha solidarisert seg med det straffbare forhold, slik at det forelå medvirkningsansvar. Høyesterett oppstiller her en noe høyere terskel for at en handling skal medføre medvirkningsansvar. Først når medvirkeren har solidarisert seg med hovedgjerningspersonens handling, er tilskyndelsen sterk nok til at det foreligger straffbar medvirkning.

Det klare utgangspunktet i norsk rett er altså at medvirkeren må ha foretatt en aktiv handling for å kunne straffes. Allerede i Rt.1907.333 la Høyesterett til grunn at straffbar

³⁵ Rt.1982.1315 s. 1317

³⁶ Rt.1982.1315 s. 1317

³⁷ Mæland (2004) s. 79 med henvisning til Andenæs/Bratholm

³⁸ Rt.2001.1671 s. 1673

medvirkning først foreligger “naar man ved Ord eller Handling”³⁹ bidrar til gjennomføringen av lovovertrædelsen. Medvirkningsstraff kan altså som hovedregel ikke forankres i passivitet.

2.3 Passiv medvirkning

2.3.1 Kort om det passive medvirkningsansvaret

Medvirkningsansvar på bakgrunn av passivitet innebærer at medvirkeren pålegges ansvar, selv om han ikke “ved Ord eller Handling” har bidratt til hovedgjerningspersonens gjennomføring av lovovertrædelsen. I disse tilfellene er det medvirkerens unnløstelse av å gripe inn, som er grunnlag for straffansvaret.

Tanken er at medvirkeren burde ha foretatt seg noe for å motvirke den straffbare handlingen. Medvirkeren vurderes altså opp mot en norm for hvordan han burde ha opptrådt i den gitte situasjonen. Dette kan sammenlignes med culpaansvaret i erstatningsretten, der skadevolderen underkastes en normativ vurdering.⁴⁰ På samme måte som i erstatningsretten, kan imidlertid ikke enhver bebreides for ikke å ha grepet inn.⁴¹ Vedkommende må ha en viss tilknytning til den foreliggende situasjonen for at han kan bebreides for å ha forholdt seg passiv.

Å pålegge straffansvar for unnløstelsen av å gripe inn, innebærer at det oppstilles en straffesanksjonert handleplikt for medvirkeren. Hadde medvirkeren aktivt foretatt seg en viss handling, og altså med dette oppfylt sin handleplikt, ville han gått fri for straffansvar.

Et overordnet spørsmål blir når passivitet rettslig sett skal likestilles med en aktiv handling.⁴² I hvilke situasjoner en unnløstelse av å handle kan medføre medvirkningsansvar, må vurderes ut fra omstendighetene i den konkrete situasjonen,

³⁹ Rt.1907.333 s. 334

⁴⁰ Lødrup (2005) s. 97

⁴¹ Nygaard (2000) s. 180

⁴² NOU 1992:23 s. 77

samt en tolkning av det aktuelle straffebud. Der passiviteten må anses nærmest like straffverdig som en aktiv medvirkningshandling,⁴³ vil medvirkningsansvar for passivitet kunne være aktuelt. Straffverdighet er ikke et entydig begrep, men brukes ofte for å uttrykke graden av bebreidelse som kan rettes mot gjerningspersonen.⁴⁴

2.3.2 Unntak fra vilkåret om positiv tilskyndelse eller en egen medvirkningskategori?

Det er en viss uenighet i juridisk teori om passiv medvirkning skal anses som en form for psykisk medvirkning, eller om de passive medvirkningstilfellene skal grupperes i en egen medvirkningskategori. Om denne uenigheten kun relaterer seg til begrepsbruken, eller om de ulike tilnærmingene har praktisk betydning for når straff kan ilegges, drøftes under pkt. 2.3.3.

Andenæs anser medvirkningsansvar for passivitet å innebære et unntak fra vilkåret om positiv tilskyndelse, som oppstilles for psykisk medvirkning.⁴⁵ Han legger til grunn at en positiv tilskyndelse ikke er et vilkår for medvirkningsansvar for den som har en særlig plikt til å gripe inn. I slike tilfeller er det tilstrekkelig for ansvar at vedkommende har gitt uttrykk for at han ikke har noe imot handlingen. Heller ikke for den som har en særlig plikt til å gripe inn, er passivitet altså tilstrekkelig for medvirkningsansvar. Dersom passiviteten måtte oppfattes som et samtykke til lovovertrædelsen, og det dermed forelå konkludent passivitet, kan det imidlertid bli aktuelt å pålegge vedkommende en plikt til å gripe inn.

Husabø argumenterer på sin side for at passiv medvirkning bør anses som en egen medvirkningskategori, ettersom dette ansvaret har en annen “normativ struktur”⁴⁶ enn ansvaret for psykisk medvirkning.

⁴³ Mæland (2004) s. 80

⁴⁴ NOU 2002:4 pkt. 5.2.2.3.3. For en nærmere analyse av begrepet, se Eskeland (2006) s. 131-132, og i samme retning Høgberg (2000) s. 549-550

⁴⁵ Andenæs (2005) s. 329

⁴⁶ Husabø (1999) s. 180

For å underbygge utsagnet om at den passive medvirkningen har en annen normativ struktur enn den psykiske medvirkningen, drøfter Husabø først om psykisk årsakssammenheng er et tilstrekkelig og nødvendig vilkår for å statuere passivt medvirkningsansvar. Deretter drøfter han om konkludent passivitet er et tilstrekkelig og nødvendig vilkår for passivt medvirkningsansvar.⁴⁷ Jeg vil nedenfor gjennomgå disse spørsmålene for å vise hvordan det passive medvirkningsansvaret skiller seg fra psykisk medvirkning.

2.3.2.1 Vilkår om psykisk årsakssammenheng?

Et eksempel på en situasjon der det kan være aktuelt å pålegge medvirkningsansvar på bakgrunn av passivitet, er der en overordnet forholder seg passiv til den underordnedes lovovertrødelse. I tidligere teorier ble det tatt utgangspunkt i at passivitet fra den overordnede vil styrke den underordnedes forsett. Årsakssammenhengen mellom medvirkerens unnløtelse og hovedgjerningspersonens forsett var altså det sentrale. Det var derfor nærliggende å anse den passive medvirkningen som en form for psykisk medvirkning, men uten at det ble stilt krav om en positiv tilskyndelse.

Innvendingen mot å anse den psykiske årsakssammenhengen som det avgjørende, er at det i selve overordningsforholdet allerede ligger en kvalifisering av situasjonen. Det er altså ikke aktuelt å ilegge straff for medvirkning ved passivitet i alle situasjoner. Mens Andenæs legger til grunn at det gjelder et unntak fra vilkåret om positiv tilskyndelse i situasjonen mellom overordnet og den underordnede,⁴⁸ vil Husabø oppstille denne kvalifiserte situasjonen som et eget vilkår om tilknytning. Dette samsvarer med vilkåret om en særlig tilknytning ved unnløtelsesansvar som hovedgjerning etter de uekte unnløtelsesdelikter.⁴⁹

⁴⁷ Husabø (1999) s. 177-179

⁴⁸ Andenæs (2005) s. 329

⁴⁹ Se om de ulike former for tilknytning, Andenæs (1942) s. 252-454

Det må altså oppstilles et tilleggsvilkår om en viss tilknytning mellom medvirkeren og den foreliggende situasjonen. Psykisk årsakssammenheng er således ikke et tilstrekkelig vilkår for passivt medvirkningsansvar.

Neste spørsmål er om den psykiske årsakssammenheng er et nødvendig vilkår for å pålegge medvirkningsansvar for passivitet.

Når det gjelder unnlåtelsen som hovedgjerning, avviser Andenæs psykisk årsakssammenheng som et nødvendig vilkår for å pålegge den overordnede ansvar for passivitet, overfor underordnedes lovovertridelser.⁵⁰ Begrunnelsen for dette, er at det i enda større grad enn for aktive handlinger, vil være vanskelig å bevise psykisk årsakssammenheng for unnlåtelser. I tillegg kan det innvendes på prinsipielt grunnlag at passivitetsansvaret ikke bør avhenge av hvordan unnlåtelsen påvirket hovedgjerningspersonen: Det den passive bebreides for, er at han ikke utførte en handling som han burde ha utført. Hvilke virkninger denne unnlåtelsen hadde hos hovedgjerningspersonen, har den passive neppe kontroll over. Straffansvaret bør derfor ikke forankres i en eventuell påvirkning av hovedgjerningspersonen.

I stedet for psykisk årsakssammenheng, stiller Andenæs opp et vilkår om konkludent passivitet: "Det avgjørende må være at den underordnede ser den overordnedes passivitet som et uttrykk for at han ikke har noe mot handlingen og at den overordnede forstår dette".⁵¹ Et eksempel fra rettspraksis, der spørsmålet om konkludent passivitet var sentralt, finner vi i Rt.1945.13. Spørsmålet var om passivt medlemskap i NS kunne anses som bistand til fienden, og det avgjørende for denne vurderingen var om medlemmenes unnlåtelse av å protestere måtte oppfattes som et samtykke.

Vi ser altså at konkludent passivitet kan tre i stedet for psykisk årsakssammenheng. Det kan etter dette konkluderes med at psykisk årsakssammenheng heller ikke er et nødvendig vilkår for passivt medvirkningsansvar.

⁵⁰ Andenæs (1942) s. 308

⁵¹ Ibid.

2.3.2.2 Vilkår om konkludent passivitet?

Andenæs legger til grunn at konkludent passivitet bare er ansvarstløsende for den som har en særlig plikt til å gripe inn.⁵² Det må altså foreligge en kvalifisert situasjon før passivt medvirkningsansvar er aktuelt. Konkludent passivitet er således ikke et tilstrekkelig vilkår for passivt medvirkningsansvar.

Neste spørsmål er om konkludent passivitet er et nødvendig vilkår for passivt medvirkningsansvar. Her kan det vises til Høyesteretts avgjørelse i Rt.1995.355. Da en av to ranere tok frem en kniv for å drepe innehaveren av butikken, ble det utløst en plikt for den andre raneren til å forsøke å hindre drapet. Det var her den felles kriminaliteten som var grunnlaget for medvirkningsansvaret. Høyesterett stilte ikke krav til at unnlåtelsen av å gripe inn, ble oppfattet som et samtykke til drapet. Som vi skal se nedenfor, viser rettspraksis at også andre situasjoner er aktuelle som grunnlag for passivt medvirkningsansvar.

Vi ser altså at konkludent passivitet heller ikke er et nødvendig vilkår; også andre kvalifiserte situasjoner kan utløse en handleplikt.

2.3.2.3 Passiv medvirkning bør anses som en egen medvirkningskategori

Vi har nå sett at det ikke kan oppstilles et vilkår om psykisk årsakssammenheng mellom medvirkerens passivitet og hovedgjerningspersonens lovovertrødelse. Passivt medvirkningsansvar er altså aktuelt selv om medvirkeren ikke har styrket hovedgjerningspersonens forsett. I tillegg må det oppstilles et tilleggskrav om at medvirkeren har en særlig plikt til å gripe inn, før det kan være aktuelt å pålegge ansvar for passivitet. Det er således "lite som minner om vanleg psykisk medverking".⁵³

Etter dette konkluderer Husabø med at passiv medvirkning har en annen normativ struktur enn den psykiske medvirkningen, og at den derfor bør anses som en egen medvirkningskategori. Han får på dette punkt tilslutning av Matningsdal, som mener det

⁵² Andenæs (2005) s. 329

⁵³ Husabø (1999) s. 180

kan være nærliggende å gruppere de passive medvirkningshandlingene i en egen medvirkningskategori.⁵⁴

2.3.3 Har de ulike tilnærmingene betydning for når straff kan ilegges?

Det kan spørres om de ulike tilnærmingene har betydning for når straff for medvirkning kan ilegges, eller om det kun er snakk om en uenighet i begrepsbruken.

Den sentrale forskjellen mellom Andenæs og Husabø sin tilnærming, er at Andenæs anser medvirkning ved passivitet som en form for psykisk medvirkning,⁵⁵ mens Husabø anser det passive medvirkningsansvaret som å bygge på de samme elementene som ansvaret for unnlaterer som hovedgjerning.⁵⁶

Dersom passiv medvirkning anses som et unntak fra vilkåret om positiv tilskyndelse, er det kun aktuelt å ilegge straff der hvor de øvrige vilkårene for psykisk medvirkning er oppfylt. Passiviteten må etter denne tankegangen ha styrket hovedgjerningspersonens forsett ved utførelsen av forbrytelsen. Passivitet som oppfattes som et samtykke til den straffbare handlingen, vil ofte anses å ha styrket hovedgjerningspersonens forsett.

Der ansvaret for passiv medvirkning anses som en form for straffbar unnlaterer, vil grunnlagene for ansvar ikke begrense seg til konkludent passivitet. For unnlaterers ansvar ved de uekte unnlaterersdelikter, deler Andenæs⁵⁷ inn kravet til tilknytning i to hovedgrupper: tilknytning til den skadevoldende faktor og tilknytning til den skadevoldende interesse. Inn under disse gruppene behandles blant annet ansvar for ting, farefremkallelse og familierettslige omsorgsplikter som mulige ansvarsgrunnlag.⁵⁸

⁵⁴ Matningsdal (2008) s. 368

⁵⁵ Andenæs (2005) s. 329

⁵⁶ Husabø (1999) s. 261

⁵⁷ Andenæs (1942)

⁵⁸ Andenæs (1942) §§ 17, 23, 24

Med utgangspunkt i Husabø sin tilnærming, er det således flere situasjoner som kan utløse en handleplikt og på den måten fungere som et grunnlag for passivt medvirkningsansvar. Det vil da heller ikke være avgjørende hvordan passiviteten oppfattes av hovedgjerningspersonen. At det ikke var tid for hovedgjerningspersonen til å oppfatte medvirkerens passivitet som et samtykke, er således ikke til hinder for å pålegge medvirkningsansvar.

Etter dette synes medvirkningsansvaret etter Husabø sin tilnærming å favne videre enn etter Andenæs sin teori om det passive medvirkningsansvaret som en form for psykisk medvirkning.

I dommen inntatt i Rt.1926.581, var skillet mellom den straffrie, passive billigelse og passivitet som ble oppfattet som et samtykke, avgjørende for medvirkningsansvaret. Tiltalte hadde en plikt til å gripe inn overfor ektefellens brennevinssalg "hvis han ikke vilde samtykke i salget".⁵⁹ I Rt.1995.355 ble tiltalte derimot dømt for straffbar medvirkning på bakgrunn av passivitet, selv om det ikke forelå konkludent passivitet. I dommen ble en deltaker i et ran dømt for medvirkning til drap. Det var ikke tid for hovedgjerningspersonen til å oppfatte medvirkerens passivitet som et samtykke til gjennomføringen av drapet. Hadde det her vært et krav om konkludent passivitet, kunne resultatet dermed ikke blitt domfellelse. En anerkjennelse av flere situasjoner enn tilfeller av konkludent passivitet som grunnlag for en handleplikt, medfører en utvidelse av medvirkningsansvaret. I eksempelet over, tilsa det forutgående ranet at tiltalte hadde en plikt til å gripe inn for å hindre drapet. Høyesterett har i Rt.2009.1498 åpnet for at også omsorgsplikter kan danne grunnlag for en handleplikt og et eventuelt passivitetsansvar.

Løsrivelsen av passivitetsansvaret fra den psykiske medvirkningen, medfører at medvirkningsansvaret kan anvendes uavhengig av om passiviteten styrket hovedgjerningspersonens forsett. Ansvarer er da heller ikke begrenset til å gjelde for tilfeller av konkludent passivitet. På denne måten har de ulike tilnærmingene til passivitetsansvaret, betydning for når straff kan ilegges.

⁵⁹ Rt.1926.581 s. 582

I den videre fremstillingen vil jeg ta utgangspunkt i Husabø sin begrepsbruk og tilnærming til det passive medvirkningsansvaret.

3 Vilkår for passivt medvirkningsansvar

Medvirkeren kan i visse tilfelle straffes selv om ikke hovedgjerningspersonen kan straffes. Det må altså foretas en selvstendig vurdering av om medvirkeren oppfyller vilkårene for straffbarhet. Som for andre straffbare handlinger, må spørsmålet om det foreligger straffbar medvirkning vurderes i lys av den alminnelige rettsstridsreservasjonen. I tillegg må det foreligge en viss sammenheng mellom passiviteten og hovedgjerningen. Spesielt for passivt medvirkningsansvar, er at det også kreves en viss tilknytning mellom medvirkeren og den foreliggende situasjonen.

3.1 Objektive vilkår

3.1.1 Medvirkeren må ha utvist straffbar atferd

For straffebud uten medvirkningstillegg må medvirkeren, på samme måte som hovedgjerningspersonen, oppfylle gjerningsinnholdet i straffebudet. For medvirkningsdeliktene er det tilstrekkelig at tiltaltes handling kan karakteriseres som medvirkning til hovedgjerningspersonens overtredelse av straffebudet.

På tross av at medvirkningsansvaret er et selvstendig ansvar, kan det ikke ses løsrevet fra hovedgjerningspersonens handling. Straffansvar for medvirkning er ikke aktuelt før det foreligger en fullbyrdet forbrytelse, altså ikke før hovedgjerningspersonen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Etter at hovedgjerningspersonen har overtrådt forsøkets nedre grense, men før det foreligger en fullbyrdet forbrytelse, kan det være aktuelt å straffe medvirkeren for forsøk på medvirkning.

Hva som skal til for at det foreligger straffbar atferd i form av passivitet fra medvirkerens side, behandles under pkt. 4.

3.1.2 Fravær av straffrihetsgrunner

Det er et vilkår for straff at medvirkerens handling var rettsstridig. Medvirkeren kan altså ikke straffes dersom handlingen var begrunnet i straffrihetsgrunner, som nødverge eller nødrett.

3.2 Subjektive vilkår

3.2.1 Medvirkeren må ha utvist tilstrekkelig skyld

At medvirkningsansvaret er selvstendig, innebærer at medvirkerens skyld bedømmes uavhengig av hovedgjerningspersonen. Det er et grunnleggende prinsipp i skyldlæren at hver deltaker kun svarer for sin skyld.⁶⁰

Et annet grunnleggende prinsipp, er at skylden må omfatte hele gjerningsbeskrivelsen.⁶¹ For medvirkeren innebærer dette for det første at skylden må dekke de omstendigheter som medfører at hovedgjerningspersonens handling omfattes av straffebudets gjerningsbeskrivelse. Eksempelvis kan en som hjelper en tyv med å fjerne tyvgods ikke straffes for medvirkning til tyveri, dersom han tror at det er hovedgjerningspersonen som eier tyvgodset.⁶² Medvirkerens skyld må også omfatte en eventuell skade eller følge av hovedgjerningspersonens handling, som kreves for å oppfylle gjerningsinnholdet i straffebudet.

For det andre må medvirkerens skyld omfatte de forhold som gjør at hans egen handling innebærer straffbar medvirkning. En som har lånt bort et våpen som benyttes til å begå et drap kan dermed ikke straffes for medvirkning til forsettlig drap, dersom han forutsatte at våpenet ikke skulle bli brukt til dette. Det kan imidlertid tenkes at det kan

⁶⁰ Husabø (1999) s. 238

⁶¹ Ibid.

⁶² Eskeland (2006) s. 199

straffes for medvirkning til uaktsomt drap, dersom vedkommende burde ha forstått hva våpenet skulle brukes til.⁶³

Om det kreves forsett eller uaktsomhet for at det skal foreligge en straffbar handling, følger av straffebudet og er som regel det samme for alle deltakerne.⁶⁴ Dersom en uaktsom overtredelse av et straffebud er kriminalisert, vil uaktsom medvirkning til overtredelsen også være straffbart.

Der hvor straffebudet stiller krav om hensiktsforsett, eksempelvis krav om vinnings hensikt, er utgangspunktet at medvirkeren må ha hatt hensiktsforsett for at medvirkningshandlingen skal være straffbar. Det kreves imidlertid ikke at medvirkeren har vinnings hensikt for seg selv. Skyldkravet er oppfylt hvis medvirkeren har hensiktsforsett i forhold til hovedgjerningspersonens vinning. Om hovedgjerningspersonen har vinnings hensikt, har på sin side ingen betydning for vurderingen av medvirkerens skyld.⁶⁵ Her ser vi en side av medvirkningsansvarets selvstendighet.

Det er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig at medvirkerens skyld omfatter en ubestemt overtredelse av straffebudet. Det følger av rettspraksis at forsettet må rette seg mot en konkret krenkelse av straffebudet.⁶⁶ Medvirkerens skyld må eksempelvis relatere seg til ett bestemt ran som skal gjennomføres.

Medvirkeren kan i utgangspunktet kun straffes for forhold som sammenfaller med hans skyld.⁶⁷ Dette følger både av prinsippet om at hver deltaker kun svarer for sin skyld, og av prinsippet om at skylden må dekke alle forhold som gjør hovedgjerningspersonens handling straffbar. Dersom medvirkeren skaffet hovedgjerningspersonen et våpen til bruk ved et ran, og hovedgjerningspersonen under ranet begår et drap, er utgangspunktet at medvirkeren ikke kan straffes for medvirkning til drap. Dette kan

⁶³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411

⁶⁴ Bratholm (1987) s. 324

⁶⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 413

⁶⁶ Husabø (1999) s. 242 med henvisning til Rt.1952.1298 og Rt.1974.1042

⁶⁷ Andenæs (2005) s. 339

imidlertid “stille seg annerledes om han var med og hadde plikt til å gripe inn”.⁶⁸

Ansvar for passivitet er altså aktuelt i et slikt tilfelle.

3.2.2 Medvirkeren må ha vært tilregnelig

Det er et vilkår for straff også for medvirkeren, at han er tilregnelig. Den selvstendige vurderingen av medvirkeren innebærer at han kan pådra seg medvirkningsansvar for en fullbyrdet forbrytelse, selv om hovedgjerningspersonen ikke kan straffes på grunn av utilregnelighet.

3.3 Rettsstridsreservasjonen

Alle straffebud må tolkes i lys av den generelle rettsstridsreservasjonen, som innebærer at en handling kan være straffri selv om den omfattes av straffebudets ordlyd.

Rettsstridsreservasjonen gjelder tilsvarende for medvirkningshandlinger. Ettersom mange medvirkningshandlinger "har et dagligdags preg og isolert sett ikke er straffverdige", kan rettsstridsreservasjonen være særlig aktuell ved vurderingen av om det foreligger straffbar medvirkning.⁶⁹

3.4 Årsakskravet

Et sentralt spørsmål for medvirkningshandlinger er hva slags, og hvor sterk, forbindelse det må være mellom bistandshandlingen og hovedgjerningen for at det skal foreligge straffbar medvirkning.⁷⁰ Som vi har sett, er sammenhengen mellom medvirkningen og hovedgjerningen den primære begrunnelsen for å kriminalisere medvirkningshandlinger.⁷¹ Det må derfor foreligge en viss forbindelse mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412

⁶⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411

⁷⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410

⁷¹ Husabø (1999) s. 259

3.4.1 Unnlatelsen som årsak

Et første spørsmål er hvordan en unnlatelse kan være årsak. Unnlatelsen kan anses som “ikke-foretagelsen av en bestemt handling”.⁷² Etter betingelseslæren er årsakskravet oppfylt når følgen ikke ville inntrådt dersom den aktuelle betingelsen tenkes bort.⁷³ For passivitetsansvar kan en, i tråd med dette, tenke unnlatelsen bort. For å se unnlatelsen som en årsak, må en derfor tenke seg “kva som ville ha hendt om tiltalte hadde utført ei bestemt aktiv handling”.⁷⁴ På denne måten rettes fokus mot den alternative handlingen som kunne, og burde, vært utført.

Årsakskravet for unnlatelser må etter dette formuleres på en annen måte enn årsakskravet for aktive handlinger. For det første må det foreligge årsakssammenheng mellom den handlingen medvirkeren kunne ha motvirket og følgen av denne handlingen. For det andre må det foreligge en form for årsakssammenheng mellom den alternative handlingen som oppstilles for medvirkeren og det straffbare forhold.⁷⁵ Det er denne siste formen for årsakssammenheng som relaterer seg til medvirkerens passivitet. Spørsmålet her er derfor hvordan årsakssammenhengen mellom den alternative handlingen og hovedgjerningspersonens straffbare forhold skal formuleres.

Nygaard oppstiller et vilkår om hindringssammenheng for unnlatelser i erstatningsretten.⁷⁶ Et krav om hindringssammenheng innebærer at ansvaret avhenger av at “det er sannsynleg at den alternative handling ville ha eliminert *denne faktoren* eller hindra at den fekk verka inn”.⁷⁷ For at det skal foreligge en hindringssammenheng, må det således kreves at den alternative handlingen som ansvaret bygges på, ville ha vært effektiv når det gjelder å hindre den aktuelle følgen.⁷⁸

⁷² Andenæs (1942) s. 10

⁷³ Andenæs (2005) s. 127

⁷⁴ Husabø (1993) s. 209

⁷⁵ Husabø (1993) s. 209

⁷⁶ Nygaard (2000) s. 181 med tilslutning av Husabø (1993) s. 210

⁷⁷ Nygaard (2000) s. 181

⁷⁸ Ibid. s. 318

For straffansvar for unnlater, uttaler Andenæs i sin doktoravhandling at det er “åpenbart, at reglene om erstatningsansvar for unnlater frembyr en meget nærliggende analogi”.⁷⁹ Også for medvirkningsansvar ved passivitet, er det lagt til grunn at det avgjørende er om handlingen som motsvarer passiviteten, står i en hindringssammenheng med hovedgjerningen.⁸⁰

3.4.2 Hvilke krav til årsakssammenheng stilles for passivt medvirkningsansvar?

Spørsmålet her er hvilken grad av sammenheng som må foreligge mellom unnlateren og hovedgjerningen. Dersom den alternative handlingen ville ha forhindret gjennomføringen av hovedgjerningen, er det klart at det foreligger en hindringssammenheng. Et krav om at den alternative handlingen ville ha forhindret det straffbare forhold, samsvarer best med betingelseslæren. Passiviteten ville etter dette ha vært en nødvendig betingelse for lovovertrædelsen.⁸¹

Det kreves imidlertid ikke at passiviteten var nødvendig for resultatet. Tilsvarende som for aktive medvirkningshandlinger, er det tilstrekkelig at handlingsalternativet står i et motvirkende årsaksforhold til hovedgjerningen.⁸² Kravet til hindringssammenheng innebærer således ikke et krav om at den alternative handlingen ville ha avverget det straffbare forhold. At det er tilstrekkelig at den alternative handlingen ville ha motvirket hovedgjerningen, følger også av rettspraksis.⁸³

Den alternative handlingen vil ofte innebære en fysisk motvirkning av hovedgjerningen, men også en psykisk motvirkning kan være aktuelt. Årsakskravet til den passive

⁷⁹ Andenæs (1942) s. 2

⁸⁰ Husabø (1999) s. 181

⁸¹ Husabø (1999) s. 181

⁸² Matningsdal (2008) s. 368

⁸³ Se eksempelvis Rt.1995.355 s. 356. Høyesterett bygde på lagmannsrettens vurdering om at tiltalte ikke *forsøkte* å avbryte ranet og det videre hendelsesforløpet.

medvirkningen vil være oppfylt der den alternative handlingen enten fysisk eller psykisk ville ha motvirket hovedgjerningen.⁸⁴

3.4.3 Årsakskravets funksjon

Vi har nå sett at årsakskravet for passiv medvirkning er oppfylt dersom den alternative handlingen som oppstilles ville motvirket hovedgjerningspersonens handling. Ettersom årsakskravet er oppfylt både ved fysiske og psykiske hindringssammenhenger, favner det svært vidt.⁸⁵ Det kan spørres hvilken funksjon dette årsakskravet fyller.

Det er først og fremst tre grunner til at oppstillingen av årsakskravet har en verdi. For det første, klargjør årsakskravet sammenhengen mellom passiviteten og hovedgjerningen.⁸⁶ Denne forbindelsen er en del av begrunnelsen for i det hele tatt å straffe for medvirkning til en lovovertrødelse. For det andre, sørger kravet til årsakssammenheng for at ansvaret baseres på at medvirkeren burde ha gjort noe som faktisk ville ha motvirket den straffbare hovedgjerningen.⁸⁷ For det tredje, synliggjør årsakskravet rollen som den alternative handlingen spiller ved passivitetsansvar.⁸⁸ På samme måte som en som dømmes for aktiv medvirkning, har den passive medvirkeren krav på å få vite hva han bebreides for, og dermed hva som er grunnlaget for straffansvaret.

3.5 Kort om tilknytningskravet

Svært mange hypotetiske handlinger ville kunne ha motvirket en straffbar handling. Det er derfor avgjørende at det passive medvirkningsansvaret avgrenses ved bruk av andre kriterier enn årsakskravet. Dette gjøres ved å begrense situasjonene som kan utløse en

⁸⁴ Husabø (1999) s. 184

⁸⁵ Husabø (1999) s. 184

⁸⁶ Husabø (1999) s. 185

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

handleplikt, gjennom et krav om at det må foreligge en viss tilknytning mellom medvirkeren og den foreliggende situasjonen.⁸⁹

Det avgjørende for passivt medvirkningsansvar er om det foreligger en tilknytning som er sterk nok til å utløse en handleplikt. Et klart utgangspunkt er at ved en helt tilfeldig situasjon, er tilknytningen for svak til å utgjøre et grunnlag for passivt medvirkningsansvar.⁹⁰ Ut over dette, må det vurderes konkret om det foreligger et tett nok tilknytningsforhold til at det utløses en handleplikt.⁹¹

Det er nærliggende å anta at kravet om en særlig tilknytning gjelder på samme måte både når det gjelder straff for unnlattelse som hovedgjerning og straff for passiv medvirkning.⁹² For spørsmålet om straffansvar for unnlattelse som hovedgjerning, er et sentralt punkt om det foreligger et grunnlag som tilsier en berettiget forventning om handling. Dette grunnlaget kan blant annet bestå i spesielle omsorgs- og tilsynsplikter, offentlige tjenesteplikter eller en forutgående farevoldende handling. Det avgjørende for om ansvar for unnlattelsen kan statueres, er likevel straffverdigheten av å forholde seg passiv.⁹³

I forarbeidene til den nye straffeloven oppstilles to forhold som kan utgjøre grunnlag for passivt medvirkningsansvar: der passiviteten oppfattes som et samtykke til at den straffbare handlingen blir begått, og der det foreligger en forutgående, farevoldende handling.⁹⁴ Det kan spørres om det med uttalelsene i forarbeidene til straffeloven 2005, tilsiktes at ansvaret for passiv medvirkning skal begrenses til disse to situasjonene.

Selv om det kun er konkludent passivitet og en forutgående, farevoldende handling som nevnes eksplisitt som former for tilknytning i forarbeidene, sies det også at “meningen

⁸⁹ Matningsdal (2008) s. 368

⁹⁰ Bratholm (1987) s. 315

⁹¹ Andorsen (1998) s. 26

⁹² Husabø (1999) s. 186. Se i samme retning Andorsen (1998) s. 26

⁹³ Mæland (2004) s. 91

⁹⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412, NOU 1992:23 s. 77

er å videreføre gjeldende rett”.⁹⁵ Videre presiseres det at vurderingen av hva som skal regnes som straffbar medvirkning fortsatt hovedsakelig må være overlatt til teori og rettspraksis.⁹⁶ At det kun er to former for tilknytning som eksplisitt nevnes, bør derfor ikke tas til inntekt for at det kun er disse grunnlagene som kan være aktuelle ved passiv medvirkning etter den nye straffeloven.

4 Hvilke situasjoner utløser en handleplikt?

Jeg vil her se nærmere på rettspraksis med sikte på å undersøke ulike former for tilknytning som kan utløse en handleplikt. Tilknytningsformene har sammenheng med i hvilke situasjoner det foreligger en berettiget forventning om at tiltalte skal gripe inn. Det er denne forventningen som er grunnlaget for å pålegge passivitetsansvar.⁹⁷

Når det gjelder spørsmålet om tiltalte kan pålegges en handleplikt, må det foretas en toleddet vurdering. Først må det vurderes om det foreligger en sterk nok tilknytning mellom medvirkeren og den aktuelle situasjonen til at det utløses en straffesanksjonert handleplikt. I tillegg forutsetter oppstillingen av en aktivitetsplikt at det var mulig å foreta den alternative handlingen. Det er først dersom tiltalte hadde “tid og grunnlag for å områ seg”,⁹⁸ at det påhviler ham en berettiget forventning om handling.

Fremstillingen nedenfor er ikke uttømmende når det gjelder hvilke situasjoner som kan danne grunnlag for passivt medvirkningsansvar: “En må alltid regne med muligheten av at der kan oppstå særlige kombinasjoner i livet hvor en passivitet kan bli likeverdig med en aktiv skadegjørende eller forbrytersk handling”.⁹⁹ De ulike kategoriene kan heller

⁹⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Husabø (1999) s. 186

⁹⁸ HR-2010-2210-A premiss 27

⁹⁹ Andenæs (1942) s. 252

ikke anses som skarpt avgrensede, da det ofte vil være et skjønnsspørsmål i hvilken kategori en velger å plassere et enkelttilfelle av passivitet.

4.1 Medfører konkludent passivitet at det utløses en handleplikt?

En begrunnelse for å oppstille konkludent passivitet som et grunnlag for handleplikt, kan ligge i muligheten for at medvirkeren “kan utnytte passivitetens konkludente betydning og bevisst bruke den som meddelelsesmiddel”.¹⁰⁰ Dersom dette er tilfelle, skiller ikke passiviteten seg fra en aktiv meddelelse når det gjelder graden av straffverdighet. Hensynet til å ramme straffverdige handlinger taler da for å ilegge straff for passivitet. Som vi straks skal se, kan konkludent passivitet medføre at det i en situasjon som i utgangspunktet ikke innebærer en tilstrekkelig tilknytning, likevel utløses en handleplikt.

4.1.1 Tilstedeværelse som grunnlag for handleplikt?

En ren tilstedeværelse utgjør ikke alene en sterk nok tilknytning til å begrunne en handleplikt.¹⁰¹ Det kan likevel tenkes at en tilstedeværelse kan medføre medvirkningsansvar. Da må det imidlertid foreligge andre forhold som skaper en sterk nok tilknytning mellom medvirkeren og den foreliggende situasjonen, til at det utløses en handleplikt.

I Høyesteretts kjennelse i Rt.1998.1679, hadde en MC-klubb drevet ulovlig skjenking av alkohol i sine klubblokaler. Lagmannsretten hadde ikke funnet det bevist at noen av medlemmene fysisk hadde foretatt skjenkingen. Klubbmedlemmene ble likevel, ved sin tilstedeværelse, ansett å ha medvirket til den ulovlige skjenkingen. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens rettsanvendelse, og uttalte at “[u]nder omstendigheter som i denne saken, måtte de tiltalte ha foretatt seg noe for å forsøke å stoppe forholdet, dersom de ville unngå å bli medskyldige”.¹⁰² Klubben var ansvarlig fordi den leide og disponerte lokalene der skjenkingen foregikk. De enkelte klubbmedlemmenes

¹⁰⁰ Andenæs (1942) s. 432

¹⁰¹ Bratholm (1987) s. 315

¹⁰² Rt.1998.1679 s. 1683

medvirkningsansvar ble forankret i konkludent passivitet. Klubben hadde en flat struktur, og avgjørelser ble tatt i fellesskap. Denne organisasjonsformen medførte at ett klubbmedlems passivitet lett kunne oppfattes som et stilltiende samtykke av de andre medlemmene. Av denne grunn ble klubbmedlemmenes rene tilstedeværelse ansett tilstrekkelig til å oppfattes som et konkludent samtykke. Det forelå dermed grunnlag for passivt medvirkningsansvar.

Selv om tilstedeværelse i seg selv ikke kan begrunne et medvirkningsansvar, kan tilstedeværelsen kombinert med konkludent passivitet, medføre at det likevel inntreer en aktivitetsplikt som må oppfylles for å unngå straffansvar.

4.1.2 Utløser overordningsforhold en handleplikt?

Spørsmålet her er om et overordningsforhold innebærer en tilstrekkelig tilknytning til å begrunne en handleplikt og eventuelt et passivt medvirkningsansvar.

Et tilfelle der Høyesterett har vurdert forholdet mellom over- og underordnede som grunnlag for passivt medvirkningsansvar, har vi i dommen inntatt i Rt.1947.69. Under avhør av krigsfanger, var det benyttet torturmetoder. Det var den underordnede som fysisk hadde utført de straffbare handlingene, og spørsmålet var om hans overordnede kunne dømmes for medvirkning til disse lovovertredselsene. Høyesterett uttalte at den overordnede i atskillig utstrekning hadde “billiget og godkjent”¹⁰³ den underordnedes voldshandlinger. Selv om tiltalte hadde søkt å stanse sin underordnede, fant retten at han hadde “tillatt meget som det var hans ubetingede plikt å forhindre”.¹⁰⁴ Videre ble det lagt til grunn at den overordnede kunne ha forebygget de straffbare forholdene om han hadde ønsket det.

Vi ser her at domstolen oppstiller en plikt til å avverge de straffbare handlingene. Aktivitetsplikten springer ut av medvirkerens rolle som overordnet. Denne rollen skaper en tilknytning til de straffbare forhold, som er tett nok til at det påhviler den

¹⁰³ Rt.1947.69 s. 73

¹⁰⁴ Ibid.

overordnede en berettiget forventning om å gripe inn. Utgangspunktet om at en rent passiv billigelse ikke er tilstrekkelig til å statuere medvirkningsansvar, fravikes altså.

På samme måte som i Rt.1998.1679, skapte situasjonen gode muligheter for å oppfatte medvirkerens passivitet som et samtykke. Ved et forhør som to er sammen om, vil “[n]ær sagt all passivitet til den eine sin valdsbruk (...) bli oppfatta som eit samtykke frå den andre”.¹⁰⁵ Det er naturlig at det samme vil gjelde i andre situasjoner der over- og underordnede jobber tett sammen. Dersom underordnede har en klar forventning om at overordnede vil protestere hvis han er uenig, er det aktuelt å pålegge overordnede en handleplikt.¹⁰⁶ I en slik situasjon, har medvirkeren også mulighet til å motvirke de straffbare handlingene ved å protestere og dermed trekke tilbake sitt stilltiende samtykke.

Et vilkår om at det må foreligge konkludent samtykke fra overordnede sin side, innebærer et ytterligere krav til den graden av tilknytning som må foreligge for at en handleplikt utløses.¹⁰⁷ Det kan spørres om et overordningsforhold alene innebærer en sterk nok tilknytning til å utgjøre et grunnlag for passivt medvirkningsansvar. Matningsdal legger i denne sammenheng til grunn at det ikke kan oppstilles et absolutt vilkår om at overordnedes passivitet oppfattes som et samtykke.¹⁰⁸ Eksempelvis kan det tenkes at den underordnede ikke er klar over at overordnede vet om hans straffbare handlinger. I en slik situasjon, kan ikke passivitet fra overordnede sin side oppfattes som et samtykke. Det kan dermed ikke foreligge konkludent passivitet. Det ville være urimelig om overordnede i en slik situasjon skulle stilles annerledes enn der den underordnede er klar over overordnedes kunnskap. Handleplikten for overordnede bør forankres i det han selv vet, men likevel ikke griper inn overfor, og ikke i underordnedes oppfatning av hva overordnede vet.¹⁰⁹ Her ser vi en parallell til innvendingen mot å oppstille psykisk årsakssammenheng som et vilkår for passiv medvirkning: Det straffverdige ligger i unnlatelsen av å foreta en bestemt handling.

¹⁰⁵ Husabø (1999) s. 192

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Husabø (1999) s. 192

¹⁰⁸ Matningsdal (2008) s. 369

¹⁰⁹ Husabø (1999) s. 192

Straffansvaret bør derfor bygge på denne unnlåtelsen, og ikke eventuelle virkninger som passiviteten får hos hovedgjerningspersonen.

Som vi har sett ovenfor, vil overordningsforhold ofte legge til rette for at passivitet oppfattes som et samtykke. Dermed vil ansvar for overordnede ofte knyttes til konkludent passivitet. Likevel bør det altså ikke kreves konkludent passivitet før en handleplikt for overordnede utløses.

Vi har nå sett at passivitet som oppfattes som et samtykke til gjennomføringen av straffbare handlinger, kan innebære at det utløses en plikt for den passive til å forsøke å avverge den straffbare handlingen. Konkludent passivitet er imidlertid ikke den eneste tilknytningsformen som kan utløse en handleplikt. En annen viktig form for tilknytning, er forutgående farefremkallelse.

4.2 Medfører en farefremkallelse at det utløses en handleplikt?

Farefremkallelsen som ansvarsgrunnlag, er begrunnet i ansvarsfølelsen de fleste vil føle for den videre utviklingen av noe de selv har startet.¹¹⁰ Dette kan utnyttes “til å skape en rettslig plikt som det er straffbart ikke å oppfylle”.¹¹¹ Her vil jeg se på to ulike former for farefremkallelse. For det første situasjoner der det foreligger felles, forutgående kriminalitet, og den ene deltakeren går lenger enn det som var avtalt. Deretter vil jeg se på en annen form for farefremkallelse, der det ikke er like nærliggende å omtale de forutgående hendelser som felles kriminalitet.

Den forutgående, farevoldende handlingen vil ofte i seg selv innebære en lovovertrødelse. Passivitetsansvaret må likevel forankres i den etterfølgende unnlåtelsen av å gripe inn.

¹¹⁰ Andenæs (1942) s. 254

¹¹¹ Ibid.

4.2.1 Felles, forutgående kriminalitet som grunnlag for handleplikt?

Et område hvor passivt medvirkningsansvar er praktisk viktig, er der det foreligger felles kriminalitet og én av flere deltakere går lenger enn det som opprinnelig var avtalt. Dersom den andre deltakeren ikke griper inn for å hindre utviklingen av hendelsesforløpet, kan denne passiviteten medføre medvirkningsansvar. Den forutgående, felles kriminaliteten blir da medvirkerens tilknytning til situasjonen, som innebærer at han pålegges en handleplikt for å hindre den videre utviklingen.

I situasjoner der flere deltakere er sammen om en kriminell handling, og den ene går lenger enn avtalt, er utgangspunktet imidlertid at medvirkeren ikke kan straffes for det overskytende.¹¹² Dette er en naturlig følge av at medvirkerens skyld må omfatte hele gjerningsinnholdet for at han skal kunne straffes etter den aktuelle bestemmelsen.

I Høyesteretts dom fra 22. desember 2010, tas det utgangspunkt i at der flere deltakere har samarbeidet om å planlegge, og utføre et lovbrudd, vil det foreligge en handleplikt for deltakerne, dersom en av dem går lenger enn det som opprinnelig var forutsatt.¹¹³ For å unngå å bli ansvarlig for den andres handling, må deltakeren gripe inn for å avbryte handlingen. Deltakerne får således et ansvar for det videre hendelsesforløpet, selv om dette utarter seg på en annen måte enn opprinnelig forutsatt. På denne måten straffes medvirkeren også for forhold som avviker fra det som var avtalt mellom deltakerne.

I dommen fra desember 2010, hadde to personer vært sammen om å angripe en tredje person. Én av deltakerne grep en brødkniv og stakk fornærmede i låret. Lagmannsretten hadde dømt den andre deltakeren for medvirkning til legemsbeskadigelse ved bruk av kniv. Det avgjørende spørsmålet var om tiltalte hadde hatt tilstrekkelig tid og anledning til å områ seg. Graden av tilknytning synes dermed å ha vært sterk nok til å utløse en handleplikt.

¹¹² Rt.2009.1365 premiss 25

¹¹³ HR-2010-2210-A

Høyesterett fant at det ikke var klart om lagmannsretten hadde bygget på riktig forståelse av kravet til at det må være mulig for tiltalte å gripe inn. Førstvoterende presiserte at “[i] motsetning til det som kan vere tilfelle til dømes ved eit ran, var det (...) ei svært brå og uventa endring av hendingsgangen når den eine grep ein brødkniv som låg på eit bord”.¹¹⁴ Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

Et tilfelle der utviklingen ikke ble ansett å være svært brå og uventet, har vi i Rt.1995.355. Høyesterett skulle ta stilling til straffutmålingen for én av tre deltakere i et ran. Under ranet hadde den ene deltakeren drept fornærmede med flere knivstikk. Den aktuelle deltakeren for Høyesterett var dømt for medvirkning fordi han ikke hadde grepet inn for å hindre drapet. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at “A var den mest aktive under planleggingen av ranet, og han hadde også en meget sentral rolle under gjennomføringen av det”.¹¹⁵ Det er nærliggende å anse medvirkerens sentrale rolle ved den forutgående kriminaliteten som sentralt ved vurderingen av om han skulle pålegges en handleplikt og medvirkningsansvar for ikke å ha grepet inn.¹¹⁶ Den sentrale rollen ved det forutgående ranet medførte at medvirkeren hadde en sterk tilknytning til situasjonen.

Når det gjaldt unnlåtelsen av å gripe inn, siterte Høyesterett lagmannsrettens uttalelse om at tiltalte ikke hadde mye tid fra han oppdaget kniven hos hovedgjerningspersonen til det dødelige stikket falt. Tiltalte var likevel klar over at situasjonen holdt på å komme ut av kontroll og at hovedgjerningspersonen kunne stikke i desperasjon og narkotisk rus. Allikevel gjorde han ikke noe for å avbryte ranet eller stoppe hovedgjerningspersonen. Selv om tiltalte ikke hadde mye tid å reagere på, må straffverdigheten av å forholde seg passiv likevel blitt ansett tilstrekkelig til å begrunne straffansvar.

I Rt.1996.873 kom Høyesterett til motsatt resultat. To brødre hadde angrepet en person, og en annen person som kom til, ble angrepet av brødrenes venner. Brødrene ble

¹¹⁴ HR-2010-2210-A premiss 31

¹¹⁵ Rt.1995.355 s. 356

¹¹⁶ Se i denne retning HR-2010-2210-A premiss 24

frifunnet for medvirkning til legemsfornærmelse overfor den sistnevnte personen. Angrepet på den første personen kunne ikke “– i den situasjon som forelå – føre til et medvirkningsansvar”.¹¹⁷ Frifinnelsen kan anses som et utslag av at brødrenes tilknytning til situasjonen ikke var sterk nok til at det oppstod en plikt til å hindre den videre utviklingen. Selv om noen har tid og anledning til å gripe inn for å hindre en straffbar handling, er ikke dette tilstrekkelig til å pålegge en handleplikt. Først dersom tilknytningen til situasjonen er av en slik grad at den tilsier en berettiget forventning om aktivitet, er ansvar for passiv medvirkning aktuelt.

En berettiget forventning om aktivitet forelå i Rt.2003.1455. Flere jenter på en ungdomsskole hadde mishandlet en 15 år gammel jente. Hun ble deretter voldtatt av én av jentene med steiner og en pinne. Spørsmålet for Høyesterett var om en som hadde deltatt i den forutgående mishandlingen også kunne dømmes for medvirkning til voldtekt.

Tiltalte hadde blitt med til åstedet for voldtekten og vært til stede mens handlingene ble utført. Hun hadde i tillegg tidligere hindret fornærmede i å dra fra stedet. Sett i sammenheng med den forutgående mishandlingen, forelå det med dette tilstrekkelig tilknytning til situasjonen til at hun fikk en plikt til å gripe inn. Tiltalte ble derfor dømt for medvirkning til voldtekt. Førstvoterende la til at det ikke var "tale om noko grensetilfelle for kva som er medverking".¹¹⁸ Både graden av tilknytning og straffverdigheten av å forholde seg passiv, tilsier at det i en slik situasjon utløses en straffesanksjonert handleplikt.

I Rt.1995.1228, var spørsmålet om en kvinne kunne straffes for medvirkning til drap i forbindelse med en flykapring. Dommen må ses i sammenheng med den forutgående kjennelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg, inntatt i Rt.1995.1057. Kjæremålsutvalget opphevet lagmannsrettens kjennelse om utlevering, for så vidt det var bestemt at kvinnen ikke kunne utleveres til Tyskland for medvirkning til overlagt drap. Det forelå en mangel ved lagmannsrettens begrunnelse, som medførte at kjæremålsutvalget ikke

¹¹⁷ Rt.1996.873 s. 874

¹¹⁸ Rt.2003.1455 premiss 17

kunne prøve om det var lagt til grunn riktig forståelse av medvirkningsbegrepet. Kjæremålsutvalget presiserte at det var en mangel ved kjennelsen at flertallet ikke hadde drøftet om kvinnen “gjennom sin deltagelse i flykapringen hadde en særlig plikt til å gripe inn for å hindre drapet”.¹¹⁹ Det er denne presiseringen Høyesteretts uttalelser i den etterfølgende dommen, må ses på bakgrunn av.

Førstvoterende la til grunn at “de som deltar i en flykapring (...) må ha et medvirkeransvar for drap som skjer under kapringen”.¹²⁰ Kvinnens deltagelse i flykapringen innebar altså en tilknytning til situasjonen, som utløste en plikt til å gripe inn overfor den videre utviklingen av hendelsesforløpet. Unnlatelsen av å gripe inn medførte dermed straffansvar for medvirkning til drap.

Den forutgående kriminaliteten var også i Rt.2009.1365 grunnlaget for medvirkningsansvar. To personer var sammen om inndriving av narkotikagjeld. Da den ene deltakeren tok frem en pistol og truet fornærmede, forholdt den andre deltakeren seg passiv. Det var sentralt for vurderingen av om det forelå straffbar medvirkning, at det var den passive deltakeren som hadde bestilt torpedooppdraget, samt at det var han som hadde penger å inndrive. Tiltalte hadde altså en sterk tilknytning til situasjonen. Selv om det må gå en grense for hvilke handlinger fra hovedgjerningspersonens side som medvirkeren kan holdes ansvarlig for, var det her “ikke gått så langt at den andre ikke hefter for det hele”.¹²¹ For å unngå straffansvar, måtte tiltalte derfor ha tatt “aktivt avstand fra Bs trussel med skytevåpen”.¹²²

4.2.2 Handleplikt som følge av annen farefremkallelse?

I de ovennevnte dommene, var situasjonen at én av deltakerne i den felles kriminaliteten gikk lenger enn avtalt. Som vi skal se, kan også andre former for farefremkallelse medføre en plikt til å gripe inn, for å hindre følgene av den fremkalte faren.

¹¹⁹ Rt.1995.1057 s. 1066

¹²⁰ Rt.1995.1228 s.1231

¹²¹ Rt.2009.1365 premiss 25

¹²² Rt.2009.1365 premiss 26

I Rt.2002.1717 var en kvinne tiltalt for medvirkning til drap. Tiltalte “hadde kjøpt våpnene illegalt, var spurt om hun kunne skaffe en torpedo, og da hun overleverte pistolene, regnet hun i det minste med at drap var en realistisk mulighet”.¹²³ På bakgrunn av denne tilknytningen til situasjonen, forelå det en plikt til å “avverge den faren hun hadde bidratt til å skape”.¹²⁴

Det forhold at tiltalte hadde skaffet våpnene, kvalifiserer i seg selv til fysisk medvirkning, såfremt skyldkravet var oppfylt. På tidspunktet for overleveringen av våpnene, var kravet til forsett imidlertid ikke oppfylt og tiltalte kunne dermed ikke straffes for fysisk medvirkning. Ved å pålegge kvinnen passivitetsansvar, ble hennes forhold likevel rammet som straffbar medvirkning.

Det vil ofte anses svært straffverdig å være med på å skape en farlig situasjon, for deretter å forholde seg passiv overfor den videre utviklingen av situasjonen. Ved å anvende passivt medvirkningsansvar på slike tilfeller, vil passiviteten rammes på lik linje med en aktiv handling som bidrar til den aktuelle følgen.

4.3 Utløser ansvar for tingen som brukes, en handleplikt?

Det er slått fast av Høyesterett at det klare rettslige utgangspunktet er at eieren av en løsøre gjenstand ikke kan straffes for andres ulovlige bruk av gjenstanden.¹²⁵ Forholdene kan likevel ligge slik an at eieren av løsøre gjenstanden har en “særlig og nærliggende foranledning til å gripe inn overfor ulovlige forhold”.¹²⁶

I Rt.1992.810 hadde en bileier overlatt kjøringen til en kamerat. Begge var beruset. Sjøføren holdt høy fart, kappkjørte med en annen bil og kjørte utfor veien. En tredje kamerat som satt på, omkom. Spørsmålet var om bileieren, som hadde

¹²³ Rt.2002.1717 s. 1720

¹²⁴ Rt.2002.1717 s. 1720

¹²⁵ Rt.1999.996 s. 998

¹²⁶ Rt.1999.996 s. 998

disposisjonsretten over bilen, kunne dømmes for medvirkning til uaktsomt drap ved å ha “forvoldt” en annens død.

Førstvoterende uttalte at det ikke var nødvendig å ta stilling til om allerede overlattelsen av kjøringen innebar medvirkning til uaktsomt drap. Medvirkningsansvaret ble isteden forankret i den passiviteten bileieren utviste under kameratens kjøring.

Tiltalte ble på grunn av sin passivitet ansett å ha akseptert kjøringen. Det uttales videre at det var påregnelig at kjøringen kunne medføre en dødsulykke. Tiltaltes plikt til å gripe inn ble altså begrunnet i at han hadde disponert bilen, samt at han hadde muliggjort situasjonen ved å overlate kjøringen til en beruset person. Det ble videre fremhevet at tiltalte hadde hatt mulighet til å gripe inn.

Et lignende saksforhold har vi i dommen inntatt i Rt.2009.1048. Høyesterett skulle vurdere straffutmålingen for to personer som var dømt for medvirkning til uaktsomt drap, på bakgrunn av at de hadde overlatt en stjålet bil til en beruset person. I motsetning til i den ovennevnte sak, var de tiltalte her ikke eiere av bilen. De ble likevel ansett å ha hatt disposisjonsrett over kjøretøyet. Etter vegtrafikkloven § 17 annet ledd, var det ikke avgjørende om den som overlater bilen til en beruset person har lovlig eller ulovlig rådighet over kjøretøyet. Allerede overlattelsen av bilen til en ruspåvirket person, kunne rammes av strl. § 239, dersom kjøringen medførte dødsfall. I tillegg hadde passasjerer ikke grepet inn mot den hasardiøse kjøringen, selv om han hadde hatt “all mulig foranledning”¹²⁷ til det. Denne unnlattelsen av å gripe inn ble ansett som en aksept av kjøringen. Det forelå dermed straffbar medvirkning.

I begge de ovennevnte dommene var disposisjonsretten over kjøretøyet, tilknytningen mellom medvirkeren og det straffbare forholdet. Det var likevel avgjørende at tiltalte satt på i bilen, ettersom oppstillingen av en handleplikt forutsetter at medvirkeren hadde mulighet for å gripe inn overfor kjøringen. I tillegg ble det fremhevet at passiviteten måtte oppfattes som en aksept av den straffbare handlingen. Det forelå altså et element av konkludent passivitet. Disse forholdene tilsier at medvirkeren hadde en “særlig og

¹²⁷ Rt.2009.1498 premiss 9

nærliggende foranledning” til å gripe inn. Dette begrunner passivt medvirkningsansvar for den straffbare handlingen, som følge av andres bruk av bilen.

4.4 Kan et utleieforhold utløse en handleplikt for utleier?

Spørsmålet her er om den innflytelsen en utleier har over et utleieforhold, innebærer en sterk nok tilknytning til at det kan oppstilles en plikt for ham til å gripe inn, dersom det begås straffbare handlinger i eller fra utleieobjektet.

Høyesterett har vurdert medvirkningsansvar begrunnet i utleieforhold i Rt.2003.902. En mann hadde lånt bort lokaler for oppbevaring av møbler og løsøre. Etter en tid ble lokalene brukt til ulovlig brennevinsproduksjon. Utleieren var blitt klar over produksjonen omtrent tre måneder før forholdet ble oppdaget av politiet. Lagmannsrettens domfellelse for medvirkning var begrunnet i at tiltalte ikke hadde benyttet adgangen til å si opp avtalen, eller krevd at leietakeren stanset produksjonen. Denne rettsoppfatningen var Høyesterett uenig i.

Selv om en utleier kan bli ansvarlig for straffbar virksomhet som foregår i utleieobjektet,¹²⁸ var den foreliggende situasjonen ikke av en karakter som innebar medvirkningsansvar for eieren av lokalene. Det ble blant annet vektlagt at “[r]ommet ble stilt til disposisjon for et legitimt formål”.¹²⁹ I tillegg var det ikke snakk om et vanlig utleieforhold, men en vederlagsfri tjeneste overfor et familiemedlem. Tiltalte hadde heller ikke forholdt seg slik at det kunne oppfattes som et samtykke til brennevinsproduksjonen.

På tross av at tiltalte i tre måneder visste om det straffbare forholdet, ble han ikke bebreidet for å ha forholdt seg passiv. Det at tiltalte ikke på noen måte forholdt seg slik at hans passivitet kunne oppfattes som et samtykke, tilsier at hans tilknytning til situasjonen ikke var sterk. At det ikke forelå konkludent passivitet, samt at tiltalte

¹²⁸ Se Rt.1995.820 vedrørende fysisk medvirkning begrunnet i utleievirksomheten.

¹²⁹ Rt.2003.902 premiss 11

opprinnelig ikke visste om leietakernes hensikt, taler også for at hans unnlattelse av å gripe inn ikke ble ansett nevneverdig straffverdig.

Selv om eieren av et utleieobjekt har mulighet for å gripe inn mot et straffbart forhold hos leietakeren ved å si opp leieforholdet, skal det nok en del til før det oppstilles en plikt for utleier til å gå til oppsigelse.¹³⁰ Sammenlignet med sakene der eieren satt på i bilen, og således hadde mulighet for å gripe inn direkte overfor sjåførens kjøring, er huseierens tilknytning til forhold ved utleieobjektet svakere. Dette har sammenheng med leietakerens selvstendighet i utleieforholdet.¹³¹ Den svake tilknytningen dette medfører, taler for at et utleieforhold i seg selv ikke utløser en handleplikt for utleier.

4.5 Utløser samboerforhold en handleplikt?

Det kan spørres om ansvar for passivitet stiller seg annerledes der personer bor sammen. I motsetning til ved utleieforhold, bor den mulige medvirkeren her sammen med hovedgjerningspersonen. Dette kan tale for en sterkere tilknytning enn det som følger av et utleieforhold. Medfører samboerforholdet at det utløses en handleplikt?

Rt.1957.476 gir uttrykk for utgangspunktet. En mann var i herredsretten dømt for medvirkning til ektefellens produksjon og salg av brennevin. Høyesterett fant at mannen ikke hadde styrket ektefellens forsett, og det forelå dermed ikke straffbar, psykisk medvirkning. At tiltalte ikke hadde forsøkt å stanse det straffbare forholdet, hadde ingen betydning ved vurderingen av om det forelå straffbar medvirkning: "Noen rettslig plikt til å hindre virksomheten hadde han ikke".¹³² Samboerforholdet utløste altså ingen handleplikt.

Det kan spørres om Høyesterett i Rt.1998.459 fravek utgangspunktet fra 1957-dommen. Lagmannsretten hadde dømt en kvinne for medvirkning på bakgrunn av at hun "stilltiende eller uttrykkelig samtykket" i at ektefellen oppbevarte narkotika i leiligheten

¹³⁰ Husabø (1999) s.190-191

¹³¹ Husabø (1999) s. 191

¹³² Rt.1957.476 s. 477

og kjellerboden. Høyesteretts mindretall la avgjørende vekt på at det kreves en positiv tilskyndelse fra medvirkeren for å dømme ham.¹³³ Etter dette var det ikke tilstrekkelig grunnlag for å dømme ektefellen for medvirkning til oppbevaring. Mannen trengte ikke samtykke fra ektefellen for å oppbevare narkotika i sin egen kjellerbod. Flertallet kom derimot til at kvinnens forhold innebar straffbar medvirkning. Begrunnelsen for domfellelsen er meget knapp, men det ble vektlagt at kvinnen hadde hjulpet mannen med å pakke narkotikaen i brukerdoser, og at hun da visste at det ble omsatt narkotika fra leiligheten.¹³⁴ Det synes som om grunnlaget for medvirkningsansvaret var en kombinasjon av den felles kriminaliteten og samboerskapet.¹³⁵ Avgjørelsen bør derfor ikke tas til inntekt for at utgangspunktet i 1957-dommen fravikes.

Dette bekreftes av at løsningen i Rt.2005.934 samsvarer med forståelsen av medvirkningsansvaret i høyesterettsdommen fra 1957. Spørsmålet var om en kvinne kunne dømmes for medvirkning til ektefellens oppbevaring av narkotika, også for den tidsperioden før hun selv deltok med å flytte narkotikaen fra parets hus. Lagmannsretten hadde funnet kvinnen skyldig i medvirkning til oppbevaringen "ved positivt å godkjenne den, eventuelt også å bistå ham". Anførselen for Høyesterett om at kvinnen hadde medvirket ved at hun eide huset og således hadde stilt det til ektefellens disposisjon, førte ikke frem. Det kunne ikke legges avgjørende vekt på at det var kvinnen som eide huset der narkotikaen ble oppbevart: "Ektefellen trengte ikke hennes tillatelse for å oppbevare narkotika i sin egen bolig".¹³⁶

Etter denne gjennomgangen, synes det sentrale der to personer bor sammen å være at hovedgjerningspersonen ikke trenger samtykke fra samboeren for å gjennomføre det straffbare forhold. Ettersom begge samboerne har rett til å bruke boligen, er utgangspunktet at den ene ikke kan straffes for medvirkning på bakgrunn av passivitet.¹³⁷ At gjerningspersonen ikke trenger samtykke for å gjennomføre det straffbare forhold, innebærer at samboeren har liten innflytelse over situasjonen. På

¹³³ Rt.1998.459 s. 461

¹³⁴ Rt.1998.459 s. 462

¹³⁵ Husabø (1999) s. 189

¹³⁶ Rt.2005.934 premiss 15

¹³⁷ Matningsdal (2010) s. 27

samme måte som ved et leieforhold, tilsier hovedgjerningspersonens grad av selvstendighet og den mulige medvirkerens manglende innflytelse over situasjonen, at det ikke foreligger en sterk nok tilknytning til at det utløses en handleplikt. Mangelen på innflytelse over situasjonen taler også for at samboeren i mindre grad kan bebreides for å ha forholdt seg passiv.

Dersom det ikke foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom en mulig medvirker og den foreliggende situasjonen til at det utløses en handleplikt, må en falle tilbake på utgangspunktet om at det kreves en positiv tilskyndelse for at det skal foreligge straffbar medvirkning. Rettens henvisning til at samboeren ikke hadde solidarisert seg med, eller positivt tilskyndet til, hovedgjerningspersonens straffbare forhold, tyder på at ileggelse av straff eventuelt måtte forankres i ansvar for psykisk medvirkning. Selv om særlige omstendigheter, som i 1998-dommen, medfører en sterk nok tilknytning til at det oppstilles en straffesanksjonert handleplikt for den ene samboeren, må utgangspunktet være at samboerforholdet alene ikke utløser en handleplikt.

4.6 Utløser omsorgsplikter en handleplikt?

Å forankre ansvaret for passiv medvirkning i omsorgsplikter, innebærer at medvirkerens handleplikt utledes av hans tilknytning til offeret i saken. Denne formen for tilknytning er kanskje mest nærliggende i saker der barn er offer for kriminelle handlinger. Spørsmålet blir da om barnets omsorgspersoner kan dømmes for medvirkning på bakgrunn av unnlåtelsen av å verne barnet mot overgrep.

Det kan videre spørres om andre former for omsorgsplikter også kan innebære en slik tilknytning at det utløses en handleplikt, og eventuelt et ansvar for passiv medvirkning.

4.6.1 Kan omsorgsansvar for barn utløse en straffesanksjonert handleplikt?

At foreldres omsorgsansvar overfor sine barn innebærer at de har ansvar for å beskytte barna mot alvorlig kriminalitet, må være klart. Spørsmålet er om denne omsorgsplikten kan medføre medvirkningsansvar for foreldrene dersom de ikke har gjort tilstrekkelig for å beskytte barna mot kriminelle handlinger. Omsorgspersonenes

medvirkningsansvar begrunnes da i det straffverdige ved å ha unnlatt å beskytte barna mot overgrep.

Når barn utsettes for overgrep, kan etterforskningen by på særlige problemer. Et problem som ofte reiser seg, er at det ikke kan bevises ut over enhver rimelig tvil hvem av flere mulige som fysisk har begått de kriminelle handlingene mot barnet. I et innlegg i Aftenposten 4. februar 2010 uttalte riksadvokat Tor-Aksel Busch at på grunn av disse bevisproblemene, søker påtalemyndigheten å utvikle medvirkningslæren slik at en omsorgsperson som er til stede uten å gripe inn, kan holdes strafferettslig ansvarlig.¹³⁸ Det er enda ingen høyesterettsdommer som slår fast at slike omsorgsplikter, under nærmere bestemte omstendigheter, medfører medvirkningsansvar for omsorgspersonene. Det er derfor nødvendig å se hen til lavere rettsinstanser for å illustrere problemstillingen. Selv om underrettspraksisen har begrenset rettskildeværdi, viser den likevel en rettsutvikling på området.

I Oslo tingretts dom av 13. januar 2010,¹³⁹ ble et foreldrepar dømt for medvirkning til legemsbeskadigelse av sine to barn. Det uttales i dommen at “både straffeloven § 229 og § 219 i særlige tilfeller kan ramme en passiv medvirkning fra foreldre med et omsorgsansvar for små barn”. Om det kan pålegges ansvar for passiv medvirkning, må likevel avgjøres etter en konkret vurdering “i forhold til den situasjon hver av de tiltalte befant seg i og deres forutsetninger for å kunne hindre mishandlingen”.

Retten fant det bevist at faren til barna hadde vært klar over at de var utsatt for mishandling. Videre la retten til grunn at han, som barnas far, hadde en særlig plikt til å forhindre en slik voldsutøvelse. Det ble videre fastslått at faren hadde hatt mulighet for å stanse de straffbare handlingene. Farens passivitet måtte i tillegg oppfattes som en aksept av mishandlingen. Når det gjaldt barnas mor, forankret retten ansvaret i at hun, som nærmeste omsorgsperson, hadde ansvar for å forhindre mishandlingen. Videre ble det lagt til grunn at det forelå handlingsalternativer som ville motvirket mishandlingen.

¹³⁸ Busch (2010)

¹³⁹ TOSLO-2009-148479

Også for moren var “hennes passivitet så påtagelig at den i realiteten må[tte] oppfattes som en aksept av fortsatt voldsutøvelse”.

Med grunnlag i omsorgspliktene overfor barna, ble det altså oppstilt en handleplikt for de to foreldrene. Unnlatelsen av å gripe inn mot mishandlingen av barna, innebar dermed straffbar medvirkning.

Ved anke til Borgarting lagmannsrett, ble foreldreparet frifunnet.¹⁴⁰ Ettersom lagrettens avgjørelse av skyldspørsmålet ikke er begrunnet, er det uvisst hva frifinnelsen ble basert på.

Et annet eksempel på at omsorgsplikter er anvendt som grunnlag for passiv medvirkning, har vi i Nord-Østerdal tingretts dom av 18. februar 2011.¹⁴¹ Et samboerpar ble dømt for seksuelle overgrep mot barn. I tillegg til selv å ha utført de kriminelle handlingene, ble kvinnen dømt for medvirkning til mannens handlinger. Ansvar ble for det første begrunnet i at barnas mor hadde tilskyndet samboerens overgrep. I tillegg ble morens ansvar forankret i hennes særlige omsorgsplikter overfor sine barn. Retten presiserte at det ikke var noe som skulle tilsi at forholdet mellom samboerne var slik at kvinnen ikke hadde styring i sitt eget hjem. Omsorgsansvaret innebar at hun hadde en straffesanksjonert plikt til å beskytte barna mot straffbare handlinger.

Et fellestrekk ved de to tingrettsdommene, er at de kriminelle handlingene er begått av en annen omsorgsperson. Tiltalte i sakene hadde således tilknytning til både overgriperen og offeret. Det kan spørres om medvirkningsansvar er like nærliggende i tilfeller hvor de kriminelle handlingene er begått av en utenforstående. Selv om tilknytningen til situasjonen i et slikt tilfelle vil være noe svakere, er det omsorgspliktene som er grunnlaget for ansvar. Det er altså tilknytningen til offeret som

¹⁴⁰ LB-2010-30302

¹⁴¹ TNOST-2010-153052

utløser handleplikten. Hvem som har begått de kriminelle handlingene, kan derfor ikke være avgjørende for om det kan statueres passivt medvirkningsansvar.¹⁴²

Det gjenstår å se gjennom en avklaring fra Høyesterett, om omsorgsplikter overfor barn slås fast som et grunnlag for passivt medvirkningsansvar. At det avgjørende for medvirkningsansvaret er om passiviteten kan likestilles med en aktiv handling når det gjelder graden av straffverdighet, taler for at omsorgsansvar bør utløse en handleplikt og et eventuelt medvirkningsansvar. Hensynet til å ramme straffverdige forhold slår inn med full tyngde i saker der foreldre ikke beskytter sine barn mot overgrep.

4.6.2 Kan omsorgsplikter forankret i andre grunnlag utløse en handleplikt?

Spørsmålet her er om andre former for omsorgsplikter kan utløse en handleplikt, og således være grunnlag for passivt medvirkningsansvar.

I dommen inntatt i Rt.2009.1498, var en drosjesjåfør tiltalt for medvirkning til ran på en av sine passasjerer. Tiltalte var venn med den ene hovedgjerningspersonen og kjente til den andre. Det var i tillegg tiltalte som hadde tatt initiativ til at de tre passasjerene skulle kjøre sammen. Det var ikke bare hans unnløstelse av å gripe inn mot den straffbare handlingen, men først og fremst hans positive bistand til ranshandlingen som medførte medvirkningsansvar. Det var således ingen tvil om at det forelå straffbar medvirkning fra tiltaltes side.

Førstvoterendes uttalte likevel at det "neppe [kan] være tvilsomt at en drosjesjåfør etter omstendighetene kan ha en slik omsorgsplikt overfor sin passasjer at det vil foreligge en aktiv handleplikt om passasjerer skulle bli utsatt for en straffbar handling".¹⁴³ Det synes med dette å åpnes for å statuere passivt medvirkningsansvar på grunnlag av omsorgsplikter som følge av yrke.

¹⁴² Husabø (1999) s. 188

¹⁴³ Rt.2009.1498 premiss 13

At Høyesterett åpner for omsorgsplikter med grunnlag i yrke, som et ansvarsgrunnlag for passiv medvirkning, taler for at også foreldres omsorgsplikter overfor barn vil bli anerkjent som et grunnlag for å oppstille en straffesanksjonert handleplikt.

4.7 Fellestrekk ved situasjoner der det er ilagt straff for passiv medvirkning

Gjennomgangen av rettspraksis viser at det er visse fellestrekk ved situasjonene der det er ilagt straff for passiv medvirkning. Jeg vil her trekke frem disse momentene, med sikte på å gi en generell oversikt over hva som vektlegges i vurderingen av om det foreligger en handleplikt som kan utløse passivitetsansvar.

4.7.1 Tiltalte hadde en særlig plikt til å gripe inn

Som vi har sett, er tiltaltes særlige plikt til å gripe inn ikke bare et moment, men et vilkår for medvirkningsansvar ved passivitet. Denne vurderingen går derfor naturligvis igjen i dommer der det ilegges straff for passiv medvirkning.

Spørsmålet om tiltalte hadde en særlig plikt til å gripe inn i situasjonen, er utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger straffbar passiv medvirkning. Kravet om en særlig plikt til å gripe inn retter seg mot tiltaltes tilknytning til situasjonen. Det er denne tilknytningen som skaper en forventning om aktivitet hos tiltalte, og som dermed forklarer og begrunner passivitetsansvaret.¹⁴⁴

Dersom en berettiget forventning om handling fra tiltalte ikke foreligger, er det ikke aktuelt å ilegge straff for passivitet. En tett tilknytning til situasjonen taler derimot for at det påhviler tiltalte en berettiget forventning om å gripe inn, og dermed en plikt til å forsøke å forhindre det straffbare forhold.

Ved vurderingen av om tiltalte hadde en særlig plikt til å gripe inn mot den straffbare handling, er det viktig å ta utgangspunkt i at passivitet som hovedregel ikke er

¹⁴⁴ Husabø (1999) s. 186

tilstrekkelig for straffansvar.¹⁴⁵ Det er altså unntaket fra dette utgangspunktet som må begrunnes.

4.7.2 Tiltaltes passivitet måtte oppfattes som et samtykke

Som vi har sett under pkt. 2.3.2.2, er konkludent passivitet hverken et nødvendig eller tilstrekkelig vilkår for passivt medvirkningsansvar. At tiltaltes passivitet ble oppfattet som et samtykke til hovedgjerningspersonens straffbare handling, er likevel et moment som trekkes inn i et flertall av dommene.

Konkludent passivitet må anses å henge sammen med graden av tilknytning til situasjonen. At hovedgjerningspersonen oppfattet tiltaltes passivitet som et samtykke til gjennomføringen av forbrytelsen, innebærer at han må ha hatt en viss forventning om at tiltalte ville ha protestert om han var uenig. En slik forventning vil ikke foreligge overfor en tilfeldig forbipasserende. Overfor den som har en viss tilknytning til situasjonen, vil det derimot være mer nærliggende å oppfatte passiviteten som et samtykke. På denne måten taler konkludent passivitet for at tiltalte hadde en sterk tilknytning til situasjonen, noe som igjen taler for at han hadde en plikt til å gripe inn.

Gjennomgangen av rettspraksis viser at det er ilagt straff også uten at det forelå konkludent passivitet fra medvirkerens side.¹⁴⁶ Dette samsvarer med tilnærmingen til det passive medvirkningsansvaret, der konkludent passivitet ikke kreves for passivitetsansvar. I de fleste dommene er likevel konkludent samtykke trukket inn ved vurderingen av om det forelå en handleplikt. I og med at konkludent passivitet har betydning for graden av tilknytning, vil det være et viktig moment i mange saker der det er aktuelt å ilegge straff for passiv medvirkning.

4.7.3 Det straffbare forhold var påregnelig for tiltalte

Om hovedgjerningspersonens straffbare handling var påregnelig for medvirkeren, er et moment som går igjen i rettspraksis. Betydningen av handlingens påregnelighet er

¹⁴⁵ Matningsdal (2008) s. 368

¹⁴⁶ Se eksempelvis Rt.1995.355

særlig fremtredende i situasjoner der det foreligger felles, forutgående kriminalitet, og spørsmålet er om medvirkeren hefter også for den videre utviklingen.

At hovedgjerningen var påregnelig, taler for at medvirkeren hadde bedre tid til å områ seg enn dersom det hadde skjedd en “svært brå og uventa endring”.¹⁴⁷ Ved et ran er det eksempelvis mer påregnelig for den ene deltakeren at det kan skje en legemsbeskadigelse, enn det vil være på en hjemmefest. På denne måten har påregneligheten betydning for tiltaltes mulighet til å gripe inn overfor den straffbare handlingen.

Det avgjørende for medvirkningsansvaret synes å være hvor langt hovedgjerningspersonen går i forhold til hva medvirkeren forutsatte, eller i forhold til det som opprinnelig var avtalt mellom deltakerne.¹⁴⁸

4.7.4 Tiltalte hadde kontroll over situasjonen

Graden av innflytelse over situasjonen er et moment i vurderingen av om tiltalte hadde en handleplikt. Mangelen på kontroll over situasjonen synes å være sentralt i begrunnelsen for at utleieforhold og samboerforhold i utgangspunktet ikke utløser en handleplikt. Til illustrasjon, ble det i motsatt retning vektlagt i Nord-Østerdal tingretts dom av i år,¹⁴⁹ at det ikke var noen holdepunkter som tilsa at moren ikke hadde hatt “styring i sitt eget hjem”.

Tiltalte sin innflytelse over situasjonen taler for det første for at det forelå en tilstrekkelig grad av tilknytning. I tillegg vil kontroll over situasjonen tilsa at tiltalte hadde mulighet for å gripe inn overfor hovedgjerningen.

¹⁴⁷ HR-2010-2210-A premiss 31

¹⁴⁸ Se i denne retning Rt.2009.1365 premiss 25

¹⁴⁹ TNOST-2010-153052

4.7.5 Tiltalte hadde mulighet for å gripe inn

At tiltalte hadde mulighet for å gripe inn, er en forutsetning for å kunne oppstille en handleplikt. Dersom medvirkeren hadde tid og anledning til å områ seg, taler det for at han hadde mulighet for å gripe inn. Under pkt. 5.1 vil jeg se nærmere på hva som kan kreves av aktivitet fra tiltaltes side.

4.7.6 Tiltaltes passivitet var straffverdig

Dersom det foreligger en tilstrekkelig tilknytning mellom tiltalte og den foreliggende situasjonen, er det straffverdigheten av tiltaltes passivitet som til sist avgjør om det foreligger straffbar medvirkning. Spørsmålet er om unnlåtelsen av å gripe inn kan likestilles med en aktiv, straffbar handling når det gjelder graden av straffverdighet.

De ovennevnte forhold, som tas i betraktning ved vurderingen av om det kan oppstilles en handleplikt for tiltalte, kan også anses som momenter i en mer helhetlig vurdering av om passiviteten var straffverdig. Den overordnede problemstillingen blir da i hvilken grad tiltalte kan bebreides for å ha forholdt seg passiv.

En sterk tilknytning til situasjonen vil tale for at det var straffverdig av tiltalte å forholde seg passiv. At hovedgjerningen var påregnelig for tiltalte, taler også for at han kan bebreides for ikke å ha grepet inn. Dette har sammenheng med at muligheten tiltalte hadde for å gripe inn, også har betydning for vurderingen av straffverdigheten. Dersom det var enkelt for tiltalte å gripe inn for å forhindre den straffbare handlingen, vil det i større grad anses straffverdig at han forholdt seg passiv. Tiltaltes kontroll over situasjonen har betydning både for graden av tilknytning og muligheten for å gripe inn. Dermed tilsier en viss grad av kontroll over situasjonen, at unnlåtelsen av å gripe inn var straffverdig. Disse forholdene taler for at passiviteten rettslig sett kan likestilles med en aktiv handling, og at det dermed oppstilles en straffesanksjonert handleplikt.

4.8 En videre utvikling av det passive medvirkningsansvaret?

Som vi har sett, har det tradisjonelle utgangspunktet vært at passivt medvirkningsansvar er aktuelt der det foreligger konkludent passivitet.¹⁵⁰ I nyere teori er det derimot antatt at passivitetsansvar kan inntre uavhengig av om passiviteten oppfattes som et samtykke. Rettspraksis viser likevel at det i de aller fleste situasjoner der det er statuert medvirkning ved passivitet, forelå et element av konkludent passivitet. Ettersom dette momentet har betydning for medvirkerens grad av tilknytning til situasjonen, vil det ofte være relevant å trekke inn i vurderingen. Det kan likevel tenkes at det er muligheter for en videre utvikling av passivitetsansvaret, ved at det ilegges straff uten at det foreligger noe element av konkludent passivitet.

Gjennom en økning av former for tilknytning som kan fungere som grunnlag for passivitetsansvar, kan det skje en utvikling av medvirkningsansvaret. Rettspraksis fra de siste årene viser en tendens til utvikling av passivitetsansvaret ved at omsorgsplikter er antydnet som et ansvarsgrunnlag. Det kan tenkes at flere av ansvarsgrunnlagene som er oppstilt i læren om unnlater som hovedgjerning, kan gis anvendelse som grunnlag for passiv medvirkning. Det avgjørende for om det foreligger straffbar medvirkning i det konkrete tilfellet, vil likevel fortsatt være om det foreligger en tilstrekkelig tilknytning, samt om passiviteten kan likestilles med en aktiv handling når det gjelder graden av straffverdighet.

Spørsmålet om nye former for tilknytning kan være aktuelle som ansvarsgrunnlag for passiv medvirkning, må finne sin løsning gjennom utviklingen i rettspraksis.

¹⁵⁰ Som hos Andenæs (2005) s. 329

5 Nærmere om handlingsalternativet

5.1 Hvor langt strekker handleplikten seg?

Vi har nå sett at oppstillingen av en handleplikt som grunnlag for medvirkningsansvar, forutsetter en viss tilknytning mellom tiltalte og den foreliggende situasjonen. For å bli pålagt en handleplikt, må den mulige medvirkeren i tillegg ha hatt tid og anledning til å områ seg og dermed mulighet for å gripe inn. Under dette punktet vil jeg se nærmere på situasjonen der tiltalte hadde tid og anledning til å gripe inn. Hvilke aktive handlinger måtte da ha vært utført for å unngå straffansvar?

Kravet til at det på tidspunktet for passiviteten må ha foreligget et handlingsalternativ, har sammenheng med formuleringen av årsakskravet for unnlater: Når en unnlattelse tenkes bort, må en se for seg et konkret handlingsalternativ som motsvarer passiviteten. Ved vurderingen av tiltaltes forhold, er det altså ikke tilstrekkelig at det var straffverdig av ham å forholde seg passiv. Det må kunne bebreides ham at han ikke gjennomførte det konkrete handlingsalternativet som oppstilles.

Spørsmålet her er hvor langt handleplikten strekker seg, herunder hvilke aktive handlinger som kreves for å unngå straffansvar. For å undersøke hvilke konkrete handlinger som kreves av tiltalte, må det ses hen til rettspraksis der handlingsalternativet er presisert.

I noen saker vil det ikke være mange ulike alternativer til hva tiltalte kunne ha gjort for å motvirke hovedgjerningen. Rt.1999.996 gjaldt straffbar unnlattelse som hovedgjerning, men kan likevel være illustrerende her. Spørsmålet var om tiltalte kunne straffes for ikke å ha grepet inn for å hindre at hans fiskegarn ulovlig ble stående ute. Det ble lagt til grunn at tiltalte hadde en plikt til å “gripe inn og senke det aktuelle garnet eller ta det opp”. Det er nærliggende å anta at de nevnte alternativene var de eneste som ville vært effektive for å motvirke den ulovlige bruken av garnet.

Andre saksforhold vil derimot stille seg slik at det kan tenkes mange ulike handlinger som kunne ha motvirket det straffbare forholdet. I Rt.1992.810 og Rt.2009.1048, som gjaldt medvirkning til uaktsomt drap ved motorvogn, ble straffansvaret forankret i

plikten til å gripe inn mot sjåførens kjøring. Det er etter dette ikke klart om medvirkeren ville gått fri for straffansvar dersom han hadde kommet med en oppfordring om å kjøre saktere, eller om det kreves noe mer.

Det kan spørres om det kreves at tiltalte griper inn med fysiske midler eller om handleplikten er oppfylt ved bruk av psykiske midler, eksempelvis ved en oppfordring til ikke å gjennomføre den straffbare handlingen.¹⁵¹ Typetilfeller fra rettspraksis kan gi eksempler på hvilke aktive handlinger som kreves gjennomført for å unngå medvirkningsansvar.

For kvinnen som ble dømt for medvirkning til drap i Rt.2002.1717, ble det krevet at hun skulle ha tatt pistolene tilbake eller foretatt andre aktive handlinger, som å gi beskjed til politiet eller til personene det var snakk om å drepe. Å ta tilbake våpnene ble ansett som “[e]n enkel og nærliggende mulighet”.¹⁵² Handlingsalternativene som oppstilles av Høyesterett var gjennomførbare og ville vært effektive for å motvirke drapene.

Et styremedlem i et selskap ble i Rt.1977.6 dømt for å ha medvirket til at selskapet ikke hadde betalt skatter og avgifter. Handlingsalternativet for styremedlemmet bestod i “å ta forholdet opp i styret for å få en ordning med betalingen, eller (...) få driften stanset”.¹⁵³ Disse alternativene var mulig å gjennomføre og ville vært effektive i forhold til å oppfylle selskapets plikt til å betale skatter og avgifter.

I Oslo tingretts dom,¹⁵⁴ der det ble oppstilt en straffesanksjonert handleplikt med grunnlag i foreldrenes omsorgsansvar, var et mulig handlingsalternativ for medvirkeren “å ta det opp direkte med vedkommende gjerningsperson”. Andre alternativer var “å melde fra til helsestasjon, eller andre offentlige myndigheter”. Også disse handlingsalternativene var gjennomførbare, og ville ha motvirket mishandlingen.

¹⁵¹ Husabø (1999) s. 197

¹⁵² Rt.2002.1717 s. 1720

¹⁵³ Rt.1977.6 s. 7

¹⁵⁴ TOSLO-2009-148479

Eksemplene fra rettspraksis viser at det oppstilles et gjennomførbart handlingsalternativ for tiltalte. Den alternative handlingen ville også vært effektiv i forhold til å motvirke hovedgjerningen. Om handleplikten er oppfylt ved bruk av psykiske midler, som overtalelser eller oppfordringer, må avhenge av hva som anses å ville ha motvirket hovedgjerningen. Dette er noe som må vurderes konkret i den enkelte sak.

Når det er oppstilt et handlingsalternativ, må det vurderes om tiltalte med rimelighet kunne forventes å foreta den konkrete handlingen.¹⁵⁵ Det er altså ikke tilstrekkelig at det var mulig å gjennomføre handlingsalternativet. Det kan spørres hvilke oppofrelser som kreves fra medvirkerens side for å unngå straffansvar. Dersom handlingsalternativet ville medført fare for tiltaltes liv og helse, må utgangspunktet være at den aktuelle handlingen ikke kan kreves gjennomført.¹⁵⁶ Handleplikten strekker seg altså ikke så langt. Dersom det aktuelle handlingsalternativet ville vært anstrengende eller medført særlige kostnader for tiltalte, beror det på en nærmere vurdering om tiltalte kunne forventes å gjennomføre handlingen.

For unnlatelser som hovedgjerning, er det uttalt at grensedragningen for hvilke handlinger som kan kreves, er “overlatt til et fornuftig skjønn over betydningen av de formål handlingen skal tjene sammenlignet med de vanskeligheter og oppofrelser den krever”.¹⁵⁷ Det må altså foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom de interesser handlingsalternativet skal verne, og de oppofrelser gjennomføringen av handlingsalternativet innebærer for tiltalte.

Etter dette kan det antas at en eventuell straffesanksjonert handleplikt for foreldre til å beskytte sin barn mot overgrep, vil strekke seg langt. Interessene som handleplikten skal verne, er barns rettigheter og trygghet, og det må da kunne kreves en høy grad av oppofrelse fra foreldrenes side for å unngå straffansvar. Til illustrasjon er det i dansk

¹⁵⁵ Husabø (1999) s. 197

¹⁵⁶ Husabø (1999) s. 198

¹⁵⁷ Andenæs (1942) s. 458

rett lagt til grunn at omsorgspersonen har en plikt til å flytte ut av hjemmet, dersom det er nødvendig for å beskytte barna mot overgrep.¹⁵⁸

Både i Rt.1995.355 og Rt.1995.1228, oppstilles en plikt til å gripe inn for å forsøke å hindre et drap som ble begått under henholdsvis et ran og en flykapping. I begge disse sakene, ville en inngripen med sannsynlighet innebære en fare for tiltaltes eget liv og helse. Dette problematiseres ikke av Høyesterett. Det er nærliggende å se handlepliktens utstrekning i disse sakene som et utslag av en interesseavveining. Ettersom de tiltalte selv hadde vært med på å skape en fare for andres liv og helse, omfattet handleplikten en aktivitet som kunne utsette de tiltaltes eget liv og helse for fare.¹⁵⁹ De tiltaltes tilknytning til situasjonen kan antas å ha hatt betydning for handlepliktens omfang.

Handlepliktens utstrekning avhenger altså av en forholdsmessighetsvurdering mellom de interesser handleplikten skal verne, og de oppofrelser utføringen av handlingsalternativet krever. Omfanget av aktivitetsplikten kan også bero på en avveining av tiltaltes tilknytning til situasjonen og de oppofrelser gjennomføringen av handlingsalternativet krever. Hvilken grad av oppofrelse som kreves av tiltalte, må vurderes konkret i hver enkelt sak.¹⁶⁰ Dommerens frie skjønn blir dermed av vesentlig betydning.¹⁶¹

5.2 Hvorfor bør handlingsalternativet presiseres?

Gjennomgangen av rettspraksis viser at der det pålegges ansvar for passiv medvirkning, er det i varierende grad presisert hva medvirkeren burde ha foretatt seg. Ofte legges det bare til grunn at tiltalte måtte ha foretatt seg noe for å unngå straffansvar.¹⁶² Årsaken til dette kan være at det har vært noe uklart hva et passivt medvirkningsansvar innebærer.¹⁶³

¹⁵⁸ Nielsen (2008) s. 205, med henvisning til U 1998.545 H

¹⁵⁹ Se i denne retning Husabø (1999) s. 198

¹⁶⁰ Husabø (1999) s. 198

¹⁶¹ Andenæs (1942) s. 460-461

¹⁶² Eksempelvis Rt.1998.1679 s. 1683

¹⁶³ Husabø (1999) s. 197

Det kan spørres hvorfor handlingsalternativet bør presiseres i saker der det dømmes for passiv medvirkning. At den enkelte domfelte får vite hva han måtte ha gjort for å unngå straffansvar, er viktig av rettssikkerhetshensyn. Ved domfellelse for en aktiv medvirkningshandling, må det komme klart frem hvilken handling som medfører straffansvar. Domfelles tiltalte for passiv medvirkning, er det på samme måte viktig at handlingsalternativet, som medvirkeren ble forventet å utføre, presiseres i dommen.¹⁶⁴

En presisering av handlingsalternativet er ikke viktig bare for tiltalte i den konkrete saken, men også overfor andre som står tiltalt for medvirkning på grunnlag av passivitet. En presisering av handlingsalternativet vil gjøre det lettere å behandle like tilfeller likt, og er således viktig for å ivareta likhetsprinsippet.¹⁶⁵

Ettersom det er opp til hver enkelt dommer å presisere handlingsalternativet, og dermed avgjøre hva tiltalte bebreides for, er det en risiko for at ileggelsen av straffansvar kan bli vilkårlig. For å unngå dette, er det viktig at det kan oppstilles retningslinjer for vurderingen av hvor langt handleplikten strekker seg. Det er også derfor av betydning at domstolene anstrenger seg for å presisere hvilke aktive handlinger som kreves av medvirkeren for å unngå straffansvar.

6 Noen utvalgte spørsmål relatert til passivt medvirkningsansvar

Vi har nå sett på situasjoner der passivitet innebærer straffbar medvirkning. Spørsmålet her er om det er forhold som tilsier at det bør utvises tilbakeholdenhet med å la passivitet omfattes av medvirkningsansvaret.

Jeg vil ta for meg tre ulike problemstillinger. Først ser jeg på hvorvidt kravet om lovhjemmel kan begrense anvendelsen av passivt medvirkningsansvar. Deretter vil jeg

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.

undersøke om det oppstilles et unntak fra kravet om skyld i de situasjonene der det statueres medvirkningsansvar på bakgrunn av felles, forutgående kriminalitet. Til sist vil jeg se nærmere på anvendelsen av passivt medvirkningsansvar for å omgå bevisvansker, herunder om dette kan være betenkelig.

6.1 Setter lovskravet begrensninger for anvendelsen av passivt medvirkningsansvar?

I henhold til lovskravet i Grunnloven § 96, må ingen dømmes uten at det foreligger hjemmel i lov. Hovedformålet med grunnlovens krav om lovhjemmel er å sikre forutberegnelighet¹⁶⁶ slik at borgerne har mulighet for å innrette seg etter loven.

Spørsmålet er i hvilken grad Grunnlovens krav om lovhjemmel taler for at det bør utvises varsomhet med å la passivitet rammes av medvirkningsansvaret. For det første kan det spørres hvorvidt straffebudets ordlyd setter grenser for det passive medvirkningsansvaret. For det andre kan det spørres i hvilken grad vurderingen av passivitetens straffverdighet bør være avgjørende for om det kan ilegges straff.

De fleste straffebud retter seg mot overtredelser ved aktive handlinger. Når passivt medvirkningsansvar anses å bygge på de samme elementene som unnlattelsen som hovedgjerning, får straffebudets medvirkningstillegg en tilsvarende funksjon som et uekte unnlattelsesdelikt.¹⁶⁷ Spørsmålet er om medvirkningstillegget kan overtres ved passivitet, og dermed om straffebudet kan fungere som hjemmel for passivitetsansvar.

Det er klart at straffebudets ordlyd, som følge av kravet til lovhjemmel, setter en grense for når passivitet kan anses som straffbar medvirkning. Tolkningen må ha en viss forankring i ordlyden. Ut over dette, kan det ikke gis et generelt svar på hvordan ordlydens grense skal trekkes. Om straffebudet kan hjemle straff for passivitet, er noe som må vurderes konkret i hver sak.

¹⁶⁶ Slettan og Øie (2001) s. 69

¹⁶⁷ Husabø (1999) s. 197

Som vi har sett, er en forankring i straffebudets ordlyd ikke tilstrekkelig til å dømme for passiv medvirkning. Det avgjørende er om passiviteten må anses omtrent like straffverdig som en aktiv medvirkningshandling. Reelle hensyn må altså tale for å ilegge straff for passiviteten.¹⁶⁸ Spørsmålet her er i hvilken grad straffverdigheten, som et reelt hensyn, kan og bør ha betydning ved avgjørelsen av passivitetens straffbarhet.

En vurdering av passivitetens straffverdighet innebærer at den enkelte dommers skjønn blir fremtredende ved vurderingen av forholdets straffbarhet. Utgangspunktet er at det er lovgiver, og ikke den enkelte dommer, som skal trekke grensen for hva som er straffbart.¹⁶⁹ Dette er en naturlig følge av at borgerne skal sikres mot vilkårlighet fra domstolenes side.¹⁷⁰ En stor grad av frihet for domstolene ved tolkningen av straffebud, kan medføre at hensynet til at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling, svekkes.¹⁷¹

Likevel taler gode grunner for at straff skal kunne ilegges dersom forholdet er klart straffverdig, selv om ordlyden ikke er helt klar: “hensynet til å straffe det straffverdige kombinert med mulig lovhjæmmel, er så mye sterkere enn de hensyn bak legalitetsprinsippet som måtte gjøre seg gjeldende”.¹⁷² Til spørsmålet om foreldre kunne straffes for vanrøkt av barn, til tross for at dette på det daværende tidspunkt ikke var kriminalisert, ble det eksempelvis uttalt at “det ville virke udelt parodisk om de hjerteløse foreldre hadde hevdet et rettferdighetskrav på straffrihet fordi straffbarheten av deres oppførsel ikke fremgikk av loven”.¹⁷³

Utgangspunktet er at dersom ordlyden ikke åpner for at straffebudet kan overtres ved passivitet, kan ikke straff ilegges kun etter en vurdering av passivitetens straffverdighet.¹⁷⁴ Reelle hensyn kan likevel supplere ordlyden. Grunnloven § 96

¹⁶⁸ Slettan og Øie (2001) s. 75

¹⁶⁹ Strandbakken (2004) s. 190-191

¹⁷⁰ Ibid. s. 190

¹⁷¹ Strandbakken (2004) s. 202

¹⁷² Høgberg (2000) s. 628

¹⁷³ Andenæs (1942) s. 226 note 1

¹⁷⁴ Andenæs (2005) s. 104

innebærer ikke et forbud mot bruk av andre rettskilder enn ordlyden, ved vurderingen av et forholds straffbarhet. Utviklingen i rettspraksis synes også “å gå i retning av at reelle hensyn er avgjørende for straffbarhet, så lenge disse *ikke strider med ordlyden*”.¹⁷⁵

Prevensjonshensyn, samt hensynet til en effektiv håndhevelse av straffelovgivningen, taler for å la passivitet omfattes av medvirkningsansvaret. På den andre siden taler hensynet til at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling, mot å strekke straffansvaret for langt ut over det som følger av lovens ord. Selv om hensynet til borgernes forutberegnelighet taler mot å strekke ordlyden for langt, kan hensynet til likhet og konsekvens i lovverket trekke i motsatt retning. Dersom en unnlattelse er like straffverdig som en aktiv handling, taler likhetsprinsippet for at unnlattelsen bør kunne straffes.¹⁷⁶

6.2 Unntak fra kravet om skyld?

I saker der ansvaret for passivitet forankres i felles forutgående kriminalitet, har medvirkeren blitt dømt for straffbare forhold ved den videre utviklingen av hendelsesforløpet. I Rt.1995.355 ble eksempelvis den ene deltakeren i et ran dømt for medvirkning til et drap, begått av en annen deltaker. I slike tilfeller blir forsettet “rekna å omfatte også det overskytande til det som var tenkt”.¹⁷⁷ Det kan synes som om medvirkeren på denne måten straffes for forhold som ikke i gjerningsøyeblikket var omfattet av hans skyld.

Det klare utgangspunktet er at hver deltaker kun kan straffes “etter sitt eget forhold til det rettsbrudd som han har medvirket (...) til”.¹⁷⁸ Dette henger sammen med dekningsprinsippet, som innebærer at medvirkerens skyld må omfatte hele hovedgjerningen for at han skal kunne straffes for medvirkning. Dersom hovedgjerningspersonen går lenger enn det medvirkeren forutsatte, er utgangspunktet

¹⁷⁵ Høgberg (2000) s. 631

¹⁷⁶ Strandbakken (2004) s. 205

¹⁷⁷ HR-2010-2210-A premiss 28

¹⁷⁸ Andenæs (2005) s. 338

derfor at medvirkeren ikke blir ansvarlig for det overskytende.¹⁷⁹ Også prinsippet om at hver deltaker kun svarer for sin skyld, innebærer at det ikke kan straffes for medvirkning til handlinger som går ut over medvirkerens eget forsett. Det kan spørres om ileggelse av straff der den ene deltakeren går lenger enn forutsatt, innebærer at det gjøres unntak fra vilkåret om at medvirkeren må ha utvist tilstrekkelig skyld for å kunne straffes.

I dommer der medvirkeren ilegges straff selv om hovedgjerningspersonens handlinger går lenger enn medvirkerens forsett, synes straffansvaret å forankres i utviklingens påregnelighet for medvirkeren.

Høyesterett uttalte i Rt.2009.1365 at det avgjørende synes å være hvor langt hovedgjerningspersonen går i forhold til hva medvirkeren forutsatte, eller i forhold til det som opprinnelig var avtalt mellom deltakerne.¹⁸⁰ Dette synes å ha sammenheng med hva medvirkeren måtte påregne at kunne skje.

I Rt.1995.1228 var et sentralt spørsmål om drapet kunne ses i sammenheng med flykapringen. Høyesterett tok utgangspunkt i at “de som deltar i en flykapring (...) må ha et medvirkeransvar for drap som skjer under kapringen”.¹⁸¹ Retten begrunner ikke dette standpunktet nærmere, men det er nærliggende å anta at det ved en flykapring med våpen, ble ansett påregnelig at drap kan skje.

Hvor påregnelig hendelsesforløpets utvikling var for medvirkeren, vil avhenge av arten av den felles forutgående kriminaliteten, sett i sammenheng med hovedgjerningspersonens handling. I HR-2010-2210-A var det, “[i] motsetning til det som kan vere tilfelle til dømes ved eit ran”, en “brå og uventa endring”¹⁸² av hendelsesforløpet når det ble grepet etter en brødkniv på en privat sammenkomst.

¹⁷⁹ Andenæs (2005) s. 339

¹⁸⁰ Rt.2009.1365 premiss 25

¹⁸¹ Rt.1995.1228 s. 1231

¹⁸² HR-2010-2210-A premiss 31

Som eksemplene viser, innebærer kriminelle handlinger som ran og flykapping at det anses påregnelig for medvirkeren at kriminaliteten kan utvikle seg til mer alvorlige forbrytelser.¹⁸³ Dersom det var påregnelig at den videre utviklingen kunne skje, påtok medvirkeren seg ansvaret for denne utviklingen da han ble med på kriminaliteten.¹⁸⁴ Prevensjonshensynet gjør seg gjeldende i slike situasjoner, og taler for at en som medvirker til straffbare forhold også kan holdes ansvarlig for den videre utviklingen av kriminaliteten.

Spørsmålet her er om påregnelighetsvurderingen i realiteten er noe annet enn en vurdering av medvirkerens skyld.

Dersom en legger i kravet til påregnelighet at medvirkeren burde forstått at den videre utviklingen kunne skje, kan ikke forsettet regnes å omfatte også det overskytende. Det kan da i høyden være tale om et uaktsomhetsansvar. Forutsetningen må være at det i vurderingen av påregnelighet ligger en sannsynlighetsvurdering. Når forsettet da regnes å omfatte også den videre utviklingen, anses medvirkeren å ha regnet det som mer enn 50 % sannsynlig at den aktuelle hendelsen ville inntreffe.¹⁸⁵ Dersom en anser medvirkeren for å ha regnet den aktuelle handlingen som mindre enn 50 % sannsynlig, kan det foreligge forsett i form av *dolus eventualis*.¹⁸⁶ På denne måten innebærer vurderingen av hvor påregnelig det videre hendelsesforløpet var for medvirkeren, en skyldvurdering.

At forsettet blir “rekna å omfatte også det overskytande til det som var tenkt”, er en formulering som trekker tanken hen til at det ilegges straff for forhold som ikke dekkes av medvirkerens skyld. For å understreke at det foretas en skyldvurdering når det eksempelvis spørres “hvor langt hovedgjerningspersonen går i forhold til hva medvirkeren forutsatte”, bør det presiseres hvilken grad av påregnelighet eller sannsynlighet en finner at den videre utviklingen hadde for medvirkeren.

¹⁸³ Husabø (1999)s. 195

¹⁸⁴ Husabø (1999)s. 195-196

¹⁸⁵ Se i denne retning Eskeland (2006) s. 205

¹⁸⁶ Eskeland (2006) s. 205

6.3 Omgåelse av bevisvansker

Dersom en ikke makter å bevise hvem som har utført en straffbar handling, kan anvendelse av passivitetsansvar medføre at flere mulige gjerningspersoner likevel kan straffes som medvirkere. I saker som omhandler overgrep mot barn, er det et uttalt mål for påtalemyndigheten å utvikle medvirkningslæren for å unngå bevisproblemer.¹⁸⁷ Det kan også tenkes at passivt medvirkningsansvar kan anvendes i situasjoner der det ikke kan bevises at tiltalte fysisk har begått den straffbare handlingen, eller der en ikke finner bevis for at tiltalte fysisk har medvirket. Det kan spørres om det er noen betenkeligheter med å anvende det passive medvirkningsansvaret for å omgå bevisvansker.

Et eksempel på en sak der man sto tilbake med passivt medvirkningsansvar for å få de mulige hovedgjerningspersonene dømt, har vi i Rt.2009.1048. Det var ikke bevist hvem av de to tiltalte som hadde vært sjåfør, men begge ble dømt for medvirkning til uaktsomt drap. De to tiltalte hadde begge i det minste vært passasjerer, og hadde således hatt en plikt til å gripe inn for å stanse kjøringen.

Situasjonen var tilsvarende i Oslo tingretts dom av 13. januar 2010.¹⁸⁸ Det var bevist at én av de to foreldrene fysisk måtte ha utført mishandlingen. Ettersom det ikke kunne bevises hvem som var hovedgjerningspersonen, ble begge foreldrene dømt for å ha medvirket til mishandlingen ved passivitet.

I de to ovennevnte sakene, var det neppe betenkelig å anvende passivitetsansvar for å omgå bevisvanskene. Anvendelsen av det passive medvirkningsansvaret medførte ikke domfellelse for noen som ikke ville blitt dømt, dersom det hadde vært bevist hvem hovedgjerningspersonen var. Så lenge det er bevist at de mulige hovedgjerningspersonene har samvirket, og således oppfyller vilkårene for medvirkningsansvar, må det passive medvirkningsansvaret kunne anvendes for å ramme deres straffverdige handlinger.

¹⁸⁷ Busch (2010)

¹⁸⁸ TOSLO-2009-148479

Et annet eksempel på at det passive medvirkningsansvaret har vært anvendt for å bøte på bevisvansker, har vi i Rt.1998.1679. MC-klubben som sådan var i utgangspunktet ansvarlig for den ulovlige skjenkingen som foregikk fra klubbens lokaler. Mangelen på en leder eller et styre medførte likevel at straffansvar var betinget av at det kunne bevises at det enkelte klubbmedlem fysisk hadde skjenket alkohol. Klubbens organisasjonsform virket på den måten ansvarspulveriserende.¹⁸⁹ Ved å begrunne ansvaret i at klubbmedlemmene hadde en straffesanksjonert plikt til å gripe inn, ble bevisproblemene omgått slik at det likevel kunne ilegges straff for den ulovlige skjenkingen.

Ansvar for passiv medvirkning er også et alternativ dersom det ikke kan bevises at tiltalte fysisk har medvirket til hovedgjerningen. Kvinnen som ble dømt for medvirkning til overlagt drap i Rt.2002.1717, hadde blant annet skaffet drapsvåpnene. Det ble lagt til grunn at hun på tidspunktet for overleveringen av pistolene, regnet med at drap var en realistisk mulighet. Retten fant at det først var noe tid etter overleveringen, at kvinnen regnet det som overveiende sannsynlig at våpnene skulle brukes til drap. På tidspunktet for overleveringen av våpnene, var kravet til forsett således ikke oppfylt, og det forelå dermed ikke straffbar fysisk medvirkning. Ved å forankre ansvaret i en etterfølgende plikt til å gripe inn, ble den straffverdige handlingen det var blant annet å skaffe drapsvåpnene, likevel rammet som straffbar medvirkning.

En effektiv håndhevelse av straffelovgivningen er et legitimt formål med å omgå bevisvansker. Anvendelse av det passive medvirkningsansvaret i slike situasjoner er uproblematisk så lenge straffansvaret ikke vil omfatte handlinger som ellers ikke ville vært straffbare. “Men at man av den grunn, nemlig bevisvanskeligheter, strekker medvirkningsansvaret lenger enn man ellers ville gjort, kan ikke komme på tale”.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Andorsen (1998) s. 27

¹⁹⁰ Andorsen (1998) s. 28

7 Litteraturliste

Lovregister:

1814 Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17. mai 1814

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

1965 Vegtrafikkloven av 18. juni 1965 nr. 4

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

Domsregister:

HR-2010-2210-A

Rt 2009 1498

Rt 2009 1365

Rt 2009 1048

Rt 2005 934

Rt 2003 902

Rt 2003 1455

Rt 2002 1717

Rt 2001 1671

Rt 2000 1455

Rt 1999 996

Rt 1998 1679

Rt 1998 459

Rt 1996 873

Rt 1995 820

Rt 1995 1228

Rt 1995 1057
Rt 1995 355
Rt 1994 102
Rt 1992 810
Rt 1989 1004
Rt 1982 1315
Rt 1977 6
Rt 1974 1042
Rt 1957 476
Rt 1952 1298
Rt 1947 69
Rt 1945 13
Rt 1926 581
Rt 1907 333

LB-2010-30302

TNOST-2010-153052

TOSLO-2009-148479

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
NOU 2002:4 Ny straffelov
NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser

Litteratur:

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. Ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, 5. utg. Oslo, 2005

Andenæs, Johs. *Straffbar unnløtelse* Oslo, 1942

Bratholm, Anders *Strafferett og samfunn* 2. oppl. Oslo, 1987

Eskeland, Ståle *Strafferett* 2. utg. Oslo, 2006

Husabø, Erling Johannes *Straffansvarets periferi* Bergen, 1999

Husabø Erling Johannes *Rett til sjølvvalt livsavslutning* Bergen, 1993

Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett* 5. utg. Oslo, 2005

Matningsdal, Magnus *Norsk spesiell strafferett* Bergen, 2010

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

Nielsen, Gorm Toftegaard *Strafferet I Ansvar* 3. utg. København, 2008

Nygaard, Niels *Skade og ansvar* 5. utg. Bergen, 2000

Slettan, Svein og Toril Marie Øie *Forbrytelse og straff* Bind I: *Innføring i strafferett* Oslo, 2001

Woxholth, Geir *Avtalerett* 5. utg. Oslo, 2003

Tidsskriftartikler:

Andenæs, Johs. *Av medvirkningslæren i norsk rett*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1940, S. 237-280

Andersen, Kjell V. *Straffbar medvirkning ved unnlatelse*. I: Nytt i strafferetten. Nr. 3 1998, S. 21-28

Engstrøm, Bjørn *Medvirkning til føring av motorvogn – vegtrafikklovens § 17 annet ledd*. I: Lov og Rett. 1978, S.403-416

Høgberg, Alf Petter *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2000, S.525-649

Matningsdal, Magnus *Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter*. I: Jussens Venner. 2008, S.357-383

Strandbakken, Asbjørn *Grunnlovens § 96*. I: Jussens Venner. 2004, S.166-215

Avisartikler:

Busch, Tor-Aksel *De vanskelige bevisene*. I: Aftenposten 5. februar 2010,
<http://www.aftenposten.no/meninger/kronikker/article3502270.ece?service=print>

8 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>