

PASSIV MEDVIRKNING



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 515
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17 366 ord

19.04.2012

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Definisjoner og begrepsforklaringer	1
1.3	Avgrensninger	2
1.4	Videre fremstilling	3
2	MEDVIRKNING	4
2.1	Legislative hensyn	4
2.2	Hjemmelsgrunnlag for medvirkningsansvaret	8
2.2.1	Straffebud hvor medvirkning er nevnt	9
2.2.2	Straffebud hvor medvirkning ikke er nevnt	10
2.2.3	Straffebud som rammer visse typer medvirkning	13
2.2.4	Medvirkning i egne straffebud	13
2.2.5	Klarhetskravet	13
2.3	Avgrensning i tid	15
2.4	Krav til årsakssammenheng	16
2.5	Medvirkerens ansvar bedømmes uavhengig av hovedmannen - straffbarhetsvilkårene	18
2.5.1	Vilkårene i straffebudet	19
2.5.2	Subjektiv skyld	20
2.5.3	Rettstridsreservasjonen	22
2.5.4	Fravær av straffrihetsgrunner	23
2.5.5	Personlige forutsetninger for straff	24
2.6	Psykisk medvirkning	24

3	PASSIV MEDVIRKNING	28
3.1	Straffbar unnløtelse	28
3.2	Tilskuermedvirkning	30
3.3	Faglig plassering	31
3.4	Handleplikt	32
3.5	Positiv tilskyndelse	32
3.6	Tilknytningsforhold	33
3.6.1	Foreldreansvar for barn	34
3.6.2	Andre familieforhold	39
3.6.3	Omsorgsplikt i eenskap av sitt yrke	41
3.6.4	Ansvar for ting	42
3.6.5	Overordningsforhold	45
3.6.6	Felles kriminell virksomhet	48
3.7	Alternativ handling	51
3.8	Hindringssammenheng	53
3.9	Rettstridsreservasjonen	58
3.9.1	Medvirkningsansvar uten realistiske handlingsalternativer	62
4	OPPSUMMERING/ KONKLUSJON	64
5	LITTERATURLISTE	65
6	LISTER OVER TABELLER OG FIGURER MV	A

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er passiv medvirkning.

Hovedproblemstillingen er om, og hva som skal til for at noen kan straffes for medvirkning når de har utøvd liten eller ingen aktivitet i forhold til et straffbart forhold begått av noen andre.

1.2 Definisjoner og begrepsforklaringer

En person som har begått en straffbar handling betegnes som gjerningsmann. Dette begrepet kan benyttes om både den som utfører hovedgjerningen og den som medvirker til denne. Derfor benytter jeg begrepene hovedmann og medvirker hvor disse må skilles fra hverandre.

Hovedgjerning er den straffbare handlingen som faller under gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, den såkalte ”umiddelbare utførelse” av gjerningen.¹ Hovedmannen er han som utfører hovedgjerningen. Jeg benytter dette begrepet uavhengig av hvem som er mest å bebreide for ugjerningen.

Straffbar medvirkning foreligger når flere er sammen om en straffbar handling.

Medvirkning kan foreligge også selv om ikke alle aktører oppfyller selve gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Medvirkningshandlingen eller medvirkningen er

¹ Skeie (1913) s. 43

handlingen eller unnlatelsen som bidrar til at en straffbar handling blir begått, objektivt sett den ”sekundære virksomhet.”²

Den som utfører medvirkningshandlingen, altså hjelper til med forberedelsene til, eller yter bistand under selve utførelsen av den straffbare hovedhandlingen regnes som medvirker.³

Medvirkningen kan være av fysisk, psykisk eller passiv art. Psykisk medvirkning er når medvirkeren fremmer eller styrker hovedmannens forsett, ved for eksempel overtalelse. På grunn av nærheten til passiv medvirkning vil psykisk medvirkning bli behandlet i punkt 2.6.

I noen tilfeller kan medvirkningen gå ut på å at medvirkeren forholder seg passiv i en situasjon hvor en kunne forventet en handling. Det er dette som er hovedtema i denne fremstillingen.

1.3 Avgrensninger

Straffbar medvirkning foreligger når noen bidrar til en annens straffbare handling. Tilfeller hvor flere er sammen om å utføre en straffbar handling ved å delta på lik linje, der alle oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud faller utenfor medvirkningsbegrepet og derfor utenfor tema for avhandlingen.

Fysisk medvirkning foreligger når medvirkeren bidrar til forbrytelsen med en fysisk handling. Dette temaet faller utenfor kjernen av problemstillingen min, og vil ikke bli et tema i denne fremstillingen.

² Skeie (1913) s. 43

³ NOU 1983: 57

Straffutmåling er et moment som kommer inn etter at medvirkningsansvar er konstatert, og vil ikke bli behandlet i det videre.

1.4 Videre fremstilling

Denne oppgaven skal belyse passiv medvirkning. I del 2 finner jeg det hensiktsmessig å først gi en presentasjon av regler som gjelder medvirkning generelt, uavhengig om den er fysisk, psykisk eller passiv. Jeg vil presisere at disse vilkårene må være oppfylt for å statuere passivt medvirkningsansvar.

I del 3 går jeg inn på de spesielle vilkår som gjelder for passiv medvirkning, og ser på hva som utløser en handleplikt for den tiltalte. I tillegg ser jeg på handlepliktens rekkevidde.

Del 4 er en konklusjon som i korte trekk oppsummerer vilkårene for etablering av passivt medvirkningsansvar.

2 Medvirkning

2.1 Legislative hensyn

Straffelovgivningens formål generelt er å forebygge uønsket adferd, og å styre fremtidig adferd. I Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff står det⁴: ”Departementet legger til grunn at straffens formål [...] må være å styre adferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut ifra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelse – prevensjon – som sitt formål.”

Straffansvar for medvirkningshandlinger gir borgerne signal om at medvirkningshandlinger er uønsket adferd på lik linje med selve hovedgjerningen. Grunnene til dette er flere.

Det er slik at forbrytelser som flere er sammen om, kan ofte få en særlig farlig karakter.⁵ Det er lett å tenke seg at den enkelte deltaker får større mot, og kan foreta handlinger han ikke ville foretatt på egenhånd, når han vet at han har andre med seg som støtter ham. Derfor er det viktig å gjøre det straffbart å medvirke til forbrytelser.

Hensynet til straffverdighet er et viktig moment. En naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier at det knytter seg til graden av bebreidelse hos gjerningspersonen for å ha utført akkurat denne ugjerningen under de gjeldende omstendigheter.⁶

Medvirkningshandlinger kan være like straffverdig som hovedpersonens handlinger.⁷ Vanligvis er hovedmannen den som utvist størst forbrytersk vilje. Det forekommer

⁴ på side 77-78

⁵ Andenæs (2004) s. 324

⁶ I forbindelse med revisjon av svensk straffelovgivning ble det tilsvarende begrepet ”straffvärde” undergitt en grundig analyse, jfr SOU 1986:13 s. 19-22 og SOU 1986:14 s. 131-413

⁷ Andenæs (2004) s. 324

imidlertid tilfeller hvor medvirkeren har vært den drivende kraft, og den utførende bare har vært redskap for hans vilje.⁸ Rolledelingen ved for eksempel organisert kriminalitet kan være kompliserte, og organisert forbrytersk virksomhet kan være et alvorlig samfunnsproblem det er viktig å få bukt med. Bakmenn som står bak og trekker i trådene vil per definisjon være medvirkere, da deres rolle ikke knytter seg direkte til gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. I slike tilfeller vil de som er mest å bebreide stå i fare for ikke å kunne straffes dersom medvirkning ikke rammes.

En forutsetning for at bakmennene blir regnet for medvirkere i det overnevnte eksemplet er at det foreligger et brudd på et handlingsdelikt, et lovbrudd som forutsetter en aktiv handling. For eksempel salg av narkotika. Ved brudd på "tilstandsdelikter," hvor en tilstand regnes som et lovbrudd, vil flere kunne rammes som hovedmenn, også bakmennene. Et eksempel på dette er oppbevaring av narkotika. Her vil bakmenn ofte straffes strengere enn de øvrige.

Det forekommer også tilfeller hvor handlingen per definisjon rammes av et straffebud, men hvor handlingen ikke er tilstrekkelig straffverdig til at en sanksjon kan forsvares.

Drøftelsene i Rt. 1945 s. 13, NS-medlemskapsdommen, er et godt eksempel på straffverdighetsvurdering. Dommen gjaldt passivt medlemskap i NS, og om dette kunne sies å utgjøre "bistand til fienden i råd eller dåd". Høyesteretts flertall kom til at passivt medlemskap i NS var å anse som bistand til fienden, og la vekt på at "den som meldte seg inn i N.S., måtte forstå at N.S. var til hjelp for tyskernes krigsførsel, og at hver enkelts medlemskap her var av betydning."

Andenæs kritiserer dommen på denne måten: "At NS som parti støttet fienden er klart nok. Og da ethvert medlemskap var en støtte til partiets virksomhet i det hele, er det logisk ubestridelig at medlemskapet indirekte var en støtte for fienden. Men jus er ikke det samme

⁸ Andenæs (2004) s. 324

som logikk. En kan reise spørsmålet: Er ikke denne indirekte bistand *for* ubetydelig til at det er rimelig å henføre det under en så streng straffebestemmelse?”⁹

Andenæs møtte i sin samtid motstand for sin kritikk av denne dommen, av politiske årsaker. Som nåtidens tilskuer til denne dommen og Andenæs uttalelser, er det grunn til å slutte seg til Andenæs syn. Kjeden for hva som har påvirkningskraft i forhold til hovedgjerningen strekkes for langt i denne dommen. Sammenhengen mellom medlemskapet og utførelsen av den forbryterske virksomhet er for perifer til at det kan være rimelig å ilegge medvirkningsansvar. Det stemmer også over ens med gjeldende rett i forhold til at det må foretas en straffverdighetsvurdering av den som skal ha medvirket.

Prevensjon er et annet sentralt hensyn.¹⁰ Mange tolkninger av straffebud begrunnes med hensynet til allmennprevensjon, ofte formulert som hva hensynet til effektivitet tilsier. Sterkt preventive hensyn kan tale for å ramme en bestemt medvirkningshandling med straff. På samme måte som at lovgiver tar hensyn til dette ved vurderingen om en handling skal straffesanksjoneres, må domstolene ta dette hensynet ved tolkningen av straffebudet.¹¹

I Hasjseilerdommene Rt. 1982 s. 1315 og Rt. 1989 s. 1004 ble medvirkningsansvaret dratt nokså langt, og Eskeland mener at det var prevensjonshensynet som var avgjørende for dette.¹²

I hasjseilerdommen I ble en kvinne, samboer med hovedmannen i saken, dømt etter straffeloven § 162 for å ha medvirket til innførsel av ca. 50 kg hasj med en seilbåt på tur fra Marokko-kysten til Norge. Hun var med på turen, men var ikke på forhånd blitt fortalt at meningen med turen var å smugle hasj. Hun ble overrumplet da det ble bragt om bord hasj,

⁹ Andenæs (1998) s. 128

¹⁰ Eskeland (2006) s. 211

¹¹ Eskeland (2006) s. 135

¹² Eskeland (2006) s. 211

og sa ifra at hun ikke ville være med på smuglingen, men ingen ville høre på henne og hun ga motvillig etter. Hun hadde på vei hjem utført det arbeid og de gjøremål som var naturlig for henne, slik som å koke mat, holde tingene i orden og i det hele bistå med seilingen. Dette ble i den situasjonen som forelå sett på som straffbar psykisk medvirkning, idet hennes holdning kunne sies å være et samtykke, og være med på å styrke hovedmannens forsett.

Hasjseilerdommen II var en lignende situasjon. En mann var dømt etter strl. § 162 for medvirkning til innførsel av 4,5 kg hasj under en båttur fra Danmark til Norge. To andre personer hadde forestått innførselen, og domfelte visste ikke om den på forhånd. Det var lagt til grunn at domfelte regnet det som overveiende sannsynlig at de andre hadde med hasj når de kom ombord i Danmark. Han hadde styrt båten med jevne mellomrom på vei hjem, og dette ble sett på som straffbar fysisk medvirkning. Forholdet lå nær nedre grense for medvirkningsansvaret.

Eskeland mener det var hensynet til prevensjon som var avgjørende for domfellelse i disse dommene. Det er imidlertid vanskelig for å forestille seg at prevensjon er et hensyn Høyesterett har gitt relevans ved spørsmålet om skyld. Det er ikke holdbart i forhold til rettsikkerheten å påberope allmennprevensjon som hensyn for å domfelle en tiltalt. Prevensjon er et hensyn som først og fremst kommer inn som moment under lovgivningsprosessen for å avgjøre om et forhold skal være straffbart og hvilke strafferammer som skal gjelde, og igjen ved straffutmålingen i den konkrete sak når skyld allerede er påvist.

Dommen inntatt i Rt. 2001 s. 1671, solidariseringsdommen, tyder på dette. Saken gjaldt en bilfører som ikke kjente til at en passasjer hadde tatt med narkotika. Da han oppdaget dette under turen lot han passasjeren bli med videre. Førstvoterende, med tilslutning av de fire øvrige dommerne, viste til kritikken mot hasjseilerdommene og uttalte: ”Etter mitt syn kan det være tvilsomt om dette alene ville være tilstrekkelig til straffansvar for medvirkning, selv om et slikt standpunkt kan ha støtte i avgjørelsene i Rt. 1982-1315 og Rt. 1989-1004.”

Da bilen senere ble stanset i en politikontroll, forsøkte både bilføreren og passasjerer å unnsnippe. Høyesterett kom på grunn av dette frem til at bilføreren ”på dette tidspunkt – etter en samlet vurdering – må sies å ha solidarisert seg med det straffbare forhold på en slik måte at han med rette var dømt for medvirkning.”

2.2 Hjemmelsgrunnlag for medvirkningsansvaret

I Grl. § 96 heter det at ”Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom.” EMK art. 7 oppstiller et krav om at hjemmelen må være klar. Strafferetten er i kjernen av legalitetsprinsippets område, da straff i aller høyeste grad utgjør et inngrep i borgernes rettssfære. Det er derfor svært viktig at hvor det er snakk om å ilegge straff, må finnes en klar lovhjemmel.

Den gamle kriminalloven innførte et generelt medvirkningsansvar i norsk rett når den kom i 1842. Getz kritiserte lovens system som skilte mellom gjerningsmann og medvirker, og mente at lovgiver burde la være å gi spesielle medvirkningsbestemmelser og heller gi en regel om mulighet til straffnedsettelse for deltakere som har spilt en mindre viktig rolle i ugjerningen.¹³ Getz var formann i Straffelovkommisjonen av 1885, og når det var tid for å revidere straffelovgivningen var Getz medvirkningens læring en rettesnor. Dagens lov har derfor ingen generell bestemmelse som hjemler straff for medvirkningshandlinger.

Spørsmålet om medvirkning rammes må løses i det enkelte straffebud. For de fleste alvorlige forbrytelser er det tatt med et medvirkningstillegg i straffebudet, hvor det uttrykkelig står at medvirkning rammes. I andre straffebud nevnes ikke medvirkning overhodet. Om medvirkning til disse gjerningene er straffbart beror derfor på en tolkning av de enkelte straffebudene.¹⁴

¹³ Getz (1903) s. 90-94

¹⁴ NOU 1983: 57

De tolkningsprinsipper som redegjøres for i det følgende gjelder for straffebud både i og utenfor straffeloven.

I forarbeidene¹⁵ til straffeloven av 2005 er det foreslått en generell bestemmelse i som gjør medvirkningshandlinger straffbare med mindre det gjøres uttrykkelig unntak i lovteksten. Straffelovkommisjonen har kommet til at medvirkning alltid bør kunne straffes, og derfor bare foreslått to slike unntak.¹⁶ Dette vil innebære en viss utvidelse av det strafferettslige ansvarets rekkevidde for medvirkningshandlinger i forhold til gjeldende rett. Dette gjelder straffebud hvor medvirkning i dag ikke er nevnt og ikke kan innfortolkes, og straffebud hvor bare visse typer medvirkning er nevnt. Se punkt 2.2.2 og 2.2.3. Videre fremgår det av forarbeidene at medvirkningsbegrepets innhold vil samsvare med gjeldende rett.¹⁷

2.2.1 Straffebud hvor medvirkning er nevnt

I de fleste straffebud som omhandler alvorlige forbrytelser er medvirkning uttrykkelig nevnt i ordlyden. Det uttrykkes vanligvis ved ordet ”medvirkning,” ”medvirker til,” eller begreper som oppfattes synonymt til dette, som ”yter [...] bistand” og lignende.¹⁸

Hva medvirkningshandlingen må bestå i beror på en konkret tolkning av det aktuelle straffebudet. En alminnelig språklig forståelse av medvirkningsbegrepet tilsier at den som på en eller annen måte har samarbeidet med eller hjulpet hovedmannen, eller har forsøkt å påvirke ham til å utføre den straffbare handlingen er medvirker i lovens forstand. I tillegg

¹⁵ NOU 2002: 4, jfr NOU 1992: 23

¹⁶ Dette gjelder utk § 21-7 om redaktøransvaret og § 23-1 om taushetsplikt, se NOU 2002: 4

¹⁷ NOU 1992: 23 s. 76

¹⁸ Eskeland (2006) s. 197

kreves imidlertid at medvirkeren har utvist et minimum av straffverdighet som gjerningsbeskrivelsen forutsetter.¹⁹

2.2.2 Straffebud hvor medvirkning ikke er nevnt

I straffebud hvor medvirkning ikke er uttrykkelig nevnt vil det bero på en konkret tolkning av det aktuelle straffebudet om medvirkning rammes. Det er alminnelige prinsipper om tolkning av straffelover som må benyttes.²⁰ Legalitetsprinsippet gjør seg som nevnt sterkt gjeldende på strafferettens område, noe en må være bevisst ved tolkningen av straffebestemmelser. Det er ikke aktuelt med utvidende og analogisk tolkning her.²¹

Enkelte straffebud er så snevre, at en medvirker faller utenfor lovens ordlyd, og dermed ikke rammes.²² Det kan være en snever gjerningsbeskrivelse, den kan rette seg mot personer i enkelte stillinger eller pliktforhold, osv. Et eksempel er strl. § 385 som setter straff for den som ”under Slagsmaal griber til Kniv”. Denne bestemmelsen rammer kun den personen som griper kniven, og ikke den som oppfordrer en annen til å gripe til kniv, eller den som rekker ham kniven. Her er det på det rene at medvirkning ikke kan innfortolkes, og dermed er straffritt. Dette bygger på et antitetisk tolkningsalternativ som støttes av Getz, Skeie og Hagerup,²³ og er lojal etterlevelse av legalitetsprinsippet.

Dersom personen i eksempelet bruker kniven til å skade en annen person, er det selvsagt at den som oppfordrer ham til det eller rekker ham kniven får et medvirkningsansvar dersom vilkårene ellers er oppfylt. Dette må hjemles i § 229, og ikke i § 385.

¹⁹ Se nedenfor pkt. 2.5 om straffbarhetsbetingelsene

²⁰ Se f.eks Andenæs (2004) kap 10

²¹ se likevel f.eks Rt. 1973 s. 433, passbåtdommen

²² Andenæs (2004) s. 332

²³ Getz (1903) s. 227, Skeie (1913) s. 55-58, Hagerup (1911) s. 201 og 208-215

Andre straffebud er så generelle, at også medvirkningshandlinger kan tolkes inn under gjerningsbeskrivelsen.²⁴ Bratholm mener det i disse tilfellene er feil å benytte begrepet medvirkning. Han uttaler i sin lærebok:²⁵ ”Når straffebudet ikke nevner medvirkning, er det ikke naturlig å benevne noen overtredere som hovedmenn og andre som medvirkere. I slike tilfelle må alle som rammes av straffebudet anses som ”hovedmenn”. Men dette hindrer ikke at enkelte kan ha spilt en mer sentral rolle for handlingsforløpet enn andre.” Dette synet støttes av Straffelovkommisjonen av 1980.²⁶ Det er denne typen bestemmelser, som ikke skiller mellom hovedmann og medvirker, som i teorien var det ideelle i Getz medvirkningslære.²⁷

Et eksempel er strl. § 237 om uaktsom legemsbeskadigelse, som lyder: ”Den, som ved Uagtsomhed forvolder saadan Arbeidsudyktighed, Sygdom, Lyde, Feil eller Skade som i § 229 nævnt, straffes med Bøder eller med Fængsel indtil 6 Maaneder.”

Rettspraksis har lagt til grunn at her rammes ikke bare den som har kjørt bilen og forvoldt en legemsbeskadigelse, men også den som har lånt ham bilen med visshet om at han ikke var i stand til å kjøre forsvarlig.

I Rt. 1936 s. 612 ble A dømt etter § 237, etter å ha overlatt kjøringen av sin bil til en annen som verken hadde førerkort eller tilstrekkelig øvelse i å kjøre bil. A hevdet at han ikke kunne dømmes fordi hans handling bare kunne ses på som medvirkning, og at straffebudet ikke rammet medvirkningshandlinger. Om dette uttaler førstvoterende:

”Efter lovens hovedsyn paa medvirkning som direkte forvoldelse av det forbryderske resultat oppfatter jeg tilføielsene i lovens spesielle paragrafer om medvirknings straffbarhet

²⁴ Andenæs (2004) s. 332

²⁵ Bratholm (1980) s. 318

²⁶ NOU 1992: 23 s. 74

²⁷ Getz (1903) s. 90-94

som skjedd efter et skjønn om hvor saadan tilføielse var hensiktsmessig eller paakrevet for at tydeliggjøre loven. Jeg henviser herom til forskjellige uttalelser i forarbeidene. [...] Men dette synes ikke at burde medføre at lovens syn paa medvirkeren som prinsipielt likestillet med gjerningsmannen regnes endret. Hvis derfor lovbudets egen beskrivelse av gjerningsinnholdet er saa generelt formet, at loven efter en naturlig tolkning omfatter handlingen ogsaa naar denne sproglig vilde betegnes som medvirkning, saa blir vedkommende at straffe efter bestemmelsen, selv om medvirkning ikke er nevnt i lovbudet, medmindre der maatte foreligge særlige grunner til at tillegge straffebudet en snevrere ramme.”

I denne dommen blir medvirkningshandlingen innfortolket i begrepet ”forvolde”.

Det er uklart om begrepet rekker like langt som hvis ordlyden hadde inneholdt medvirkningstillegg.²⁸ I Rt. 1974 s. 382, Lillehammersaken, var spørsmålet oppe til behandling. Fire tiltalte hadde vært medlemmer av en gruppe som hadde i oppdrag å likvidere en araber de mente var leder av en terrororganisasjon rettet mot Israel. Ingen av de tiltalte hadde vært med på selve drapshandlingen, men Høyesterett mente deres deltakelse i planen var tilstrekkelig til å gjøre dem medansvarlig for drapet. Høyesterett uttalte: ”Gruppen var handlingsmessig sett én enhet, og det avgjørende er at gruppen gjennom den planlagte aksjon på planmessig måte nådde sitt mål. Dermed har de enkelte deltakere i planen ogsaa forvoldt Bouchikhis død.”

En dissenterende dommer fremholdt imidlertid at man måtte sondre mellom medvirkningsansvar etter § 233 og ansvar som forvolder etter § 239. Kravet til årsakssammenheng er det avgjørende i denne sondringen. Begrepet forvolder vil etter en naturlig språklig forståelse stille krav til årsakssammenheng mellom handlingen og resultatet, i dette tilfellet offerets død. Det vil si at handlingen hadde vært en nødvendig

²⁸ Andenæs (2004) s. 333

betingelse for offerets død. For medvirkningshandlinger stiller dette seg litt annerledes. Mer om dette i punkt 2.4.

2.2.3 Straffebud som rammer visse typer medvirkning

Noen bestemmelser i straffeloven hjemler bare visse former for medvirkning, for eksempel ”forlede” eller ”tilskynde”, som etter alminnelig språklig forståelse har et snevrere innhold enn ”medvirkning”,²⁹ idet det bare innbefatter psykisk medvirkning. Redegjørelse for disse begrepene finnes i punkt 2.6.

2.2.4 Medvirkning i egne straffebud

I enkelte straffebud er medvirkning skilt ut som egne forbrytelser.

I enkelte tilfeller kan det også forekomme at medvirkning til en straffri handling er straffbar. Selvmord og prostitusjon er straffritt etter norsk lov, men medvirkningshandlinger til disse handlingene er belagt med straff i henholdsvis § 236 og § 202.

2.2.5 Klarhetskravet

Legalitetsprinsippet gjør seg sterkt gjeldende på strafferettens område, da den største urett er å dømme en uskyldig til straff. Grl. § 96 og EMK art. 7 stiller krav til klar lovhjemmel. Lovens nåværende system har blitt kritisert for sin uoversiktlige struktur, og spørsmålet er om det er uheldig i forhold til klarhetskravet.

²⁹ Eskeland (2006) s. 197

Vi har sett at loven benytter begreper som ”medvirker”, ”yter bistand”, ”tilskynde”, ”forlede”, ”forvolde” med flere, som kan tolkes som medvirkning. En kan stille seg spørsmål om det er uheldig å ha en så uenhetlig begrepsstilmærming til et så sentralt felt innen strafferetten, spesielt i forhold til legalitetsprinsippet, og igjen kravet til klar lovhjemmel.

De fleste fremmede lover har generelle bestemmelser om straffansvar for medvirkningshandlinger.³⁰ At Norge er så å si alene om å ha et system med medvirkningstillegg spredt mer eller mindre tilfeldig rundt i loven kan tyde på at en annen løsning har mer for seg.

I Rt. 1936 s. 612 kritiserer Høyesterett lovens utforming, hvor enkelte straffebud har medvirkningstillegg, og andre ikke: ”Det maa vel innrømmes at loven ikke i alle tilfelle har vært heldig ved utformingen herav, og det maa medgis at der stundom er inntatt uttrykkelig bestemmelse om medvirkning i tilfelle hvor dette skulde synes upaakrevet. Forskjellige bemerkninger i lovmotivene har dessuten en form som kan trekke i retning av at tillegge tilføielsen om medvirkning større betydning enn ovenfor antatt.”

Det kan til dels virke som det er tilfeldig hvorvidt et medvirkningstillegg er inntatt i de ulike straffebudene. Det har imidlertid kanskje ikke så stor praktisk betydning, fordi svært mange straffebud har medvirkningstillegg. Videre går det frem av Høyesteretts praksis at straffebud uten medvirkningstillegg ofte tolkes slik at medvirkningshandlinger faller innenfor gjerningsbeskrivelsen.

Det er på det rene at lovens system og begrepsbruk ikke strider mot klarhetskravet i den forstand at loven ikke kan benyttes på forsvarlig måte. Det er likevel alltid rom for forbedringer, og retten er stadig i forandring for å bedre innrette seg etter borgernes og samfunnets behov. Den generelle medvirkningsbestemmelsen i straffeloven 2005 § 15 vil

³⁰ Andenæs (2004) s. 325

avhjelpe både problemet med uoversiktligheit i loven og den uryddige begrepsbruken, da hjemmelsgrunnlaget vil bli samlet i en bestemmelse. Innføringen av denne bestemmelsen vil være med på å forenkle loven, og er et tiltak i riktig retning for å gjøre loven enda mer i samsvar med klarhetskravet.

2.3 Avgrensning i tid

Det er bare handlinger forut for og under utførelsen av den straffbare handlingen som er egnet til å påvirke resultatet. Det å bistå en hovedmannen etter at den straffbare handlingen er fullbyrdet er følgelig ikke medvirkning.³¹ Dette betyr ikke at slik bistand er straffri, men det må straffes etter andre hjemler. Det å bistå en tyv med salg av tyvgodset etter et tyveri er objektivt sett å betrakte som heleri, avhengig av hvilken grad av forsett personen innehar.

Løfte om slik etterfølgende bistand som er fremsatt forut for den straffbare handlingen kan likevel være medvirkning, da løftet er egnet til å påvirke hovedmannen.³² Illustrerende for dette er Rt. 1954 s. 828:

To lagerarbeidere ble dømt etter strl. § 257 jfr. § 258 for medvirkning til tyveri av melsekker og etter § 320 (nå opphevet) for etterfølgende bistand. På side 830 står det: ” I de tilfeller hvor det på forhånd har vært avtalt med sjåførene på Lysaker Mølle at disse skulle bortta fra lasset og selge en del av sekkene, foreligger det etter rettens mening medvirkning til tyveri. Tyveriet kunne nemlig ikke foregå med mindre siktede og B hadde gitt tilsagn om at de ville kvittere for fullt lass når bilene kom frem til brødfabrikken. [...] I de tilfelle sjåførene på møllen har tilbakeholdt og solgt melet uten at det på forhånd var avtalt med siktede eller B, mener retten det ikke foreligger medvirkning til tyveri, men straffbar etterfølgende bistand, jfr. strl.s. § 320.”

³¹ Eskeland (2006) s. 206

³² Andenæs (2004) s. 323

I denne og lignende saker om etterfølgende bistand, foreligger det likevel en forutgående handling; et løfte om bistand. Det er således løftet som straffes som medvirkning, ikke den etterfølgende bistanden. Dersom medvirkeren går tilbake på løftet og ikke utfører den utlovde bistanden, har han likevel styrket hovedmannens forsett og skal fortsatt straffes.

2.4 Krav til årsakssammenheng

For hovedmannen er det krav om adekvat årsakssammenheng på den måten at adferden må ha vært en nødvendig betingelse for resultatet.³³ Spørsmålet i dette avsnittet er hvilken sammenheng som kreves mellom medvirkningshandlingen og hovedhandlingen for å kunne straffes for medvirkning.

Det er uenigheter i juridisk teori om kravet til årsakssammenheng for medvirkningshandlinger. Mye av uenighetene skyldes tolkningen av begrepet årsakssammenheng. Andenæs blant andre, legger betingelseslæren til grunn for forståelsen av begrepet. Husabø skisserer en annen forståelse, tilpasset medvirkningstilfeller.³⁴

Andenæs hadde som hovedpoeng i sin artikkel fra 1940 at det ikke var noe vilkår at medvirkningen står i årsakssammenheng med resultatet, etter formelen ”conditio sine qua non”, eller ”nødvendig betingelse.”³⁵

I rettspraksis er det gjort klart at det ikke kreves at medvirkningen har vært nødvendig for resultatet, jfr. tidligere nevnte Rt. 1989 s. 1004, Hasjseilerdommen II, hvor førstvoterende uttaler :”[...] Det er ikke noe vilkår at en medvirkning fra domfeltes side var nødvendig for narkotikasmuglingen eller at domfelte har medvirket psykisk.”

³³ Eskeland (2006) s. 189

³⁴ Husabø (1999) s. 82

³⁵ Andenæs (1940) s. 247-258

Likedan ble det uttalt i hasjseilerdommen I, omtalt ovenfor: ”Det kreves ikke at deres medvirkning i og for seg var nødvendig for å få hasjisen til Norge og det kreves heller ikke at de hadde noe spesielt ønske om å hjelpe de andre.”

I begrepet medvirkning ligger det en indikasjon på at det foreligger et visst krav til sammenhengen mellom den medvirkende handlingen og hovedhandlingen. Andenæs formulerer et krav til at handlingen eller unnlåtelsen står i et *medvirkende årsaksforhold* til forbrytelsen.³⁶ Handlingen må være *egnet* til å påvirke, men ikke *nødvendig* for resultatet. Kravet skiller seg således fra den tradisjonelle betingelseslæren.

Vi kan fremstille kravet til årsakssammenheng grafisk. Se figur 1. Betingelseslæren med krav om nødvendig årsak ligger øverst på grafen. Nederst ligger krav om ingen påvirkning. Mellom disse en plass ligger årsakskravet for medvirkningshandlinger.

Hasjseilerdommene er blitt kritisert av flere teoretikere, bl.a. Andenæs og Eskeland, og også av Høyesterett selv.³⁷ Disse dommene må sies å ligge helt i nedre grense i forhold til medvirkningsansvaret, noe høyesterett selv uttaler i Hasjseilerdom II. I NS-medlemskapsdommen er årsakssammenhengen veldig perifer, og denne saken havner nok under grensen, slik at det ikke oppfyller kravet til årsakssammenheng.

Andenæs uttrykker det slik: ”det er tilstrekkelig at forsettet er styrket eller at de gode råd har hatt betydning for planleggelsen og utførelsen,” og at medvirkeren fortsatt kan trekkes til ansvar selv om hovedmannen hadde klart seg bedre uten medvirkerens råd.³⁸

Det vil si at selv om hovedmannen ville ha handlet som han gjorde uavhengig av medvirkningen – A ville for eksempel ha begått innbruddet selv om B ikke hadde stått vakt

³⁶ Andenæs (2004) s. 326

³⁷ I Rt. 2001 s. 1671

³⁸ Andenæs (1997) s. 327

– blir B likevel ansvarlig for medvirkning dersom han oppfyller de øvrige vilkårene for straff.³⁹

Dette er et rimelig standpunkt. Medvirkerens forbryterske vilje er like straffverdig uansett hovedmannens videre fremgangsmåte, om han kunne benyttet seg av andre metoder osv.

Et slikt krav bygger bro mellom medvirkeren og hovedmannen sin handling, og etablerer den grunnleggende tilknytningen til hovedgjerningen som må til for å regne noe som medvirkning.⁴⁰ Jeg velger i det videre å benytte begrepet årsakssammenheng eller årsakskrav om denne tilknytningen, selv om den ikke hundre prosent samsvarer med den tradisjonelle forståelsen av begrepet.

2.5 Medvirkerens ansvar bedømmes uavhengig av hovedmannen - straffbarhetsvilkårene

Medvirkeransvaret er et selvstendig ansvar, og ikke betinget av at hovedmannen kan straffes.⁴¹ Medvirkeren bedømmes på individuelt grunnlag, både objektivt og subjektivt. Dette følger av prinsippet om at alle deltakere, både hovedmenn og medvirkere, straffes direkte etter de enkelte straffebud.⁴²

For medvirkningshandlinger, som ellers, må straffbarhetsbetingelsene være oppfylt for at gjerningspersonen skal kunne straffes.⁴³ Disse vurderes uavhengig av hovedmannen.

³⁹ NOU 1983: 57

⁴⁰ Husabø (1999) s. 95

⁴¹ NOU 1983: 57

⁴² Andenæs (2004) s. 338

⁴³ Eskeland (2006) s. 198

2.5.1 Vilkårene i straffebudet

Det kreves ikke at medvirkningen omfatter alle elementene i gjerningsbeskrivelsen i et straffebud som har medvirkningstillegg.⁴⁴ Vurderingen av om det foreligger medvirkning vil derfor være en vurdering av i hvilken grad en har bidratt til den straffbare handlingen som andre har begått. For medvirkningshandlinger som tolkes inn i gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, må medvirkeren oppfylle alle elementene ved gjerningsinnholdet for å bli ansvarlig.

En hovedmann kan straffes som medvirker dersom han ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Det var tilfelle i Rt. 2009 s. 1048, hvor to tiltalte ble dømt for passivt medvirkningsansvar for uaktsomt drap, da det ikke kunne bevises hvem av dem som hadde vært fører av bilen. De hadde begge i det minste vært passasjerer, og hadde således hatt en plikt til å gripe inn for å stanse kjøringen.

Den medvirkende kan dømmes for forsøk på medvirkning selv hovedmannen ikke er kommet så langt som til straffbart forsøk, og dermed ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Et mislykket forsøk på å overtale en annen til å foreta en forbrytelse er straffbart, i følge Andenæs.⁴⁵

I Rt. 1980 s. 961 var dette tema. Høyesterett fant at det forelå forsøk på medvirkning til falsk forklaring etter strl. § 166 annet ledd. En mann var mistenkt for å ha kjørt sin fars bil i påvirket tilstand. Mistenkte forutså at foreldrene ville bli avhørt av politiet under etterforskningen, hvorpå han henvendte seg til disse og forsøkte å påvirke dem til å forklare at det var hans far som kjørte bilen, til tross for at det var mistenkte selv som hadde kjørt. Foreldrene avsto å gi uriktig forklaring, men dette kunne ikke være avgjørende for at det bare forelå en forberedende handling.

⁴⁴ Eskeland (2006) s. 199

⁴⁵ Andenæs (2004) s. 338

Eskeland er uenig med Andenæs på dette punkt.⁴⁶ Han kommer med et eksempel hvor B gir A falske nøkler for å gjennomføre et planlagt tyveri. Her mener Andenæs at B kan straffes for medvirkning selv om A ombestemmer seg og kaster nøklene.⁴⁷ Eskeland mener at medvirkeren ikke har overskredet grensen for straffbart forsøk i dette tilfellet.

Hovedmannen kan trå tilbake fra forsøk på et senere tidspunkt enn medvirkeren. Dette kan virke som et prinsipp som rammer medvirkeren urimelig hardt i forhold til hovedmannen. Straffrihet for tilbaketreddelse fra forsøk på en straffbar handling er imidlertid en belønning til hovedmannen for å trå tilbake, og har dermed ikke noe med medvirkeren å gjøre. Det er vanskelig å se for seg om medvirkeren etter hovedmannens tilbaketreddelse ville støttet ham i dette, eller videre oppmuntret ham til å begå ugjerningen. I lys av dette er det Andenæs syn som er mest korrekt i forhold til gjeldende rett.

2.5.2 Subjektiv skyld

Hovedregelen er at skyldkravet er forsett, også for medvirkningshandlinger. Det vil si at for å kunne dømmes må medvirkeren ha regnet det for sikkert eller mest sannsynlig at følgen ville inntreffe. Eller han må ha regnet følgen som mulig, og aktivt ha besluttet å gjennomføre medvirkningshandlingen selv om følgen skulle inntreffe. I enkelte straffebud er skyldkravet uaktsomhet, og da gjelder dette også for den som medvirker.

Subjektiv skyld i forhold til ugjerningen bedømmes individuelt. Om gjerningsmannen går lenger enn medhjelperen hadde tenkt seg, straffes i utgangspunktet ikke medhjelperen for det overskytende. I Rt. 2009 s. 1365, i rettsbelæringen til lagretten er en hovedregel formulert slik: "[...] Man kan som sagt medvirke fysisk eller psykisk. Det kan imidlertid være slik at den ene går lenger enn planlagt eller forutsatt. Hvis hovedmannen går lenger enn det medvirkeren forutsatte, kan medvirkeren normalt ikke straffes for det overskytende.

⁴⁶ Eskeland (2006) s. 201

⁴⁷ Andenæs (2004) s. 339

For eksempel kan en som skal stå vakt ved et innbrudd ikke straffes for medvirkning til drap hvis den som fysisk begikk innbruddet dreper noen inne i huset. Her må hver vurderes for seg.”

Unntak fra dette er dersom medvirkeren på grunn av situasjonens karakter må sies å ha fått en særskilt plikt til å avverge det videre hendelsesforløp. Da er det snakk om å straffes for passiv medvirkning. Dette er tema i del 3 nedenfor.

Rt. 1995 s. 355 er illustrerende. A ble dømt for medvirkning til drap i forbindelse med et ran utført sammen med hovedmannen for drapet (B). B hadde drept fornærmede med flere knivstikk. A så hva som skjedde uten at han forsøkte å avbryte ranet og det videre hendelsesforløp. Om As medvirkning til drapet uttaler lagmannsrettens flertall⁴⁸: ”Flertallet legger til grunn at han ikke, da han gikk inn i forretningen, var klar over at B tok kniv med seg. Da han oppdaget kniven i Bs hånd, hadde han ikke mye tid på seg til å gripe inn, men han var klar over at situasjonen holdt på å komme ut av kontroll, slik at B kunne stikke i desperasjon og narkotisk rus og gjorde likevel intet for å avbryte ranet eller stoppe B.”

I det tilfelle at hovedmannen ikke går så langt som medvirkeren hadde regnet med, blir medvirkeren dømt for forsøk på medvirkning for den overskytende del.⁴⁹

Videre kan det hende at den ene blir straffet for forsett, mens den annen bare hadde vært uaktsom.⁵⁰ I Lillehammersaken, inntatt i Rt. 1974 s. 382, var dette tilfellet. Tre personer ble dømt for forsettlig drap, mens den fjerde ble dømt for uaktsomt drap. Ingen av de tiltalte hadde vært tilstede da offeret ble skutt ned, men de hadde utført oppgaver med skygning og vakthold. Han som ble dømt for uaktsomt drap hadde imidlertid ikke vært klar over

⁴⁸ Høyesteretts flertall sluttet seg til lagmannsrettens flertall

⁴⁹ Andenæs (2004) s. 339

⁵⁰ Andenæs (2004) s. 339

aksjonens mål, og hadde ikke det nødvendige forsettet de øvrige hadde for å bli dømt for forsettlig drap.

Likevel må det ses på sammenhengen til hovedmannen, idet medvirkeren må være klar over eller burde være klar over at hovedmannen er i ferd med å begå en straffbar handling. Dersom skyldkravet er forsett må medvirkeren ha kunnskap om alle forhold ved hovedmannens handling som gjør at den omfattes av straffebudets gjerningsbeskrivelse.⁵¹ Den som hjelper tyven med å selge tyvegodset må ha kunnskap om at varene er stjålet for å bli straffet for medvirkning etter § 317. Tror han tyvgodset tilhører hovedmannen blir han ansvarsfri.

2.5.3 Rettstridsreservasjonen

I skyldvurderingen må en foreta en rettstridsvurdering. Rettstridskravet er like viktig for medvirkningsansvaret som for hovedmannens ansvar.⁵² Dette innebærer at selv om medvirkningen faller inn under ordlyden i en straffebestemmelse og ellers oppfyller vilkårene, er den ikke straffbar med mindre den i tillegg er rettstridig. Hva dette innebærer beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

I begrepet rettstridig ligger det i følge Husabø en vurdering av tillat risiko, sannsynlighet for at følgen skal inntre, og hvor påregnelig selve hendelsesforløpet var. I tillegg må det foretas en vurdering av om handlingen eller unnlattelsen objektivt sett var forsvarlig.⁵³

Handlingens farepotensiale er et sentralt moment i vurderingen. Dersom farepotensialet er stort, er det større sjanse for at handlingen er rettstridig. Er farepotensialet svært lite, er det større sjanse for at handlingen er rettmessig.

⁵¹ Eskeland (2006) s. 199

⁵² Husabø (1999) s. 99

⁵³ Husabø (1999) s. 97-98

Videre er det et vilkår for rettstridighet at handlingen er straffverdig, og at ikke det å belegge handlingen med straff strider mot andre og mer tungtveiende hensyn. Dette ble sagt klart i generell form i Liste-kjennelsen, inntatt i Rt. 1979 s. 1492. Høyesterett uttalte: ”Reservasjonen om at [...] bare rammer en handlemåte som er rettstridig eller uberettiget må – på samme måte som når det gjelder tilsvarende reservasjoner i andre straffebud [og straffebud hvor den ulovfestede rettstridsreservasjonen må benyttes⁵⁴] – forstås slik at det kan tenkes tilfeller hvor en handling ikke er straffbar selv om den går inn under ordlyden i straffebudene. Men loven gir ingen nærmere veiledning om når det foreligger slike tilfeller. Dette må bero på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte.”

2.5.4 Fravær av straffrihetsgrunner

Når det foreligger objektive straffrihetsgrunner som for eksempel nødverge, nødrett og samtykke vil dette som oftest gjelde for alle deltakere.⁵⁵ Det kan imidlertid tenkes unntak, og dette må vurderes individuelt for hver deltaker.

Et eksempel er i Rt. 1947 s. 86, hvor en nordmann hadde angitt til tyskerne to landsmenn for patriotisk virksomhet. Han ble dømt for medvirkning etter strl. §§ 233, 223 og 86, selv om tyskerne etter folkeretten var berettiget til å berøve dem friheten og etter krigsrettsdom henrette dem. Førstvoterende uttalte⁵⁶: ”En soldat i krig har – innen rammen av krigens lover – rett til å skyte en fiendtlig soldat. Men om en landsmann av den drepte har bistått den drepende, så er det klart at han normalt har gjort seg skyldig i rettstridig forvoldelse av en annens død.”

⁵⁴ min tilføyelse

⁵⁵ Andenæs (2004) s. 341

⁵⁶ på side 88

2.5.5 Personlige forutsetninger for straff

Personlige forutsetninger for straffbarhet vurderes også individuelt. Dersom hovedmannen ikke er strafferettslig tilregnelig eller under den kriminelle lavalder er han straffri, men medvirkeren kan likevel straffes dersom han oppfyller kravene.⁵⁷

Dette er et rimelig resultat. Det ville vært uhørt at en medvirker skulle gått straffri etter å ha egget en mindreårig eller psykisk utviklingshemmet til å begå en straffbar handling, på det grunnlag at hovedmannen nettopp var mindreårig eller utviklingshemmet. I et slikt tilfelle er medvirkeren mer å bebreide enn om hovedmannen var en voksen og selvstendig tenkende, tilregnelig person.

2.6 Psykisk medvirkning

Den nedre grensen for medvirkningshandlinger trekkes i forhold til handlinger der medvirkeren ikke har deltatt fysisk i utførelsen.⁵⁸ Da er det snakk om psykisk eller passiv medvirkning. Grensen mellom disse er ikke definitivt avklart, så en grundig behandling av begrepet psykisk medvirkning er viktig for å få en god forståelse av begrepet passiv medvirkning.

Psykisk medvirkning utarter seg som en aktiv påvirkning rettet mot hovedmannens motivasjon og forsett i forhold til ugjerningen. Dette kan være i form av verbal påvirkning,⁵⁹ generelle oppfordringer til straffbare handlinger uten en bestemt adressat,⁶⁰

⁵⁷ Andenæs (2004) s. 339

⁵⁸ Eskeland (2006) s. 199

⁵⁹ Husabø (1999) s.128

⁶⁰ S.K.M 1896 s. 143 hvor det blir uttalt at en offentlig oppfordring til straffbare handlinger ”vil være et Forsøg paa at bevirke Forbrydelsen, og strafbar som saadant”. For at dette skal

non-verbal påvirkning,⁶¹ med videre. I tillegg er de fleste former for fysisk medvirkning er egnet til å virke motiverende på hovedmannen, og regnes dermed også som psykisk medvirkning.

Husabø beskriver kravet til årsakssammenheng for psykisk medvirkning slik at ”medvirkerens handlemåte må ha inngått i den positive motivasjonsbasisen for hovedgjerningen”⁶² Dette inngår i det tradisjonelle kravet om at medvirkeren må ha fremkalt eller styrket hovedmannens forsett med sin handlemåte, som er innarbeidet gjennom rettspraksis.

I Rt. 1907 s. 333 hadde to kamerater vært ute sent på natten. Den yngste av de to hadde utført diverse handlinger som var egnet til å forstyrre folks nattero. Hans kamerat som var tilstede og observerte hovedmannen, ble tiltalt for psykisk medvirkning, da han ikke foretok seg noe for å forhindre hovedmannens handlinger. Lagmannsretten fant at medvirkerens handling var egnet til å styrke kameratens forsett da ”den yngste ikke vilde ladet det komme saavidt, om han ikke havde vidst, at hans ældre Kammerat, som var tilstede, stod Last og Brast med ham.”

Dommen ble opphevet i Høyesterett. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte: ”Alene ved at have ”billiget” den Medtiltaltes Optræden kan ikke Tiltalte No. 1 siges at være overført strafbar Medvirkning. Dertil maa kræves, at han ved sit Forhold har forsætlig bidraget til, at den Medtiltalte optraadte som skeet. Han maa med saadan Følge have forledet eller tilskyndet den Medtiltalte til at udføre Forseelsen eller bestyrket ham deri.”

være straffbart må imidlertid kravet om forsett for den konkrete forbrytelsen være oppfylt, noe som kan være svært vanskelig å bevise.

⁶¹ jfr. Rt. 1907 s. 333. Her ble det uttalt at medvirkningen kunne skje ”ved Ord eller Handling.”

⁶² Husabø (1999) s. 122

Denne dommen var først ute med grensedragningen i forhold til psykisk/ passiv medvirkning etter at straffeloven av 1902 var trådt i kraft, og har fungert som en rettesnor for en rekke avgjørelser i ettertid.

I enkelte straffebud finner vi som tidligere nevnt spesielle former for medvirkning, som ”forlede” og ”tilskynde”. Det er vanlig i straffeloven at forlede og tilskynde står sammen i et straffebud. I disse tilfellene skal det tolkes dithen at all form for psykisk medvirkning er omfattet.⁶³

Andre straffebud inneholder bare ett av begrepene. Ved tolkningen av disse bestemmelsene må man ta stilling til hva som kjennetegner denne formen for psykisk medvirkning, altså hva som ligger i begrepet forlede og hva som ligger i begrepet tilskynde.

En naturlig språklig forståelse av forlede er å friste eller lokke noen til å gjøre noe galt, lure, eller gi noen en nærliggende men feil oppfattelse av en bestemt situasjon.

I følge Hagerup skal ”forledelse” være synonymt med begrepet ”anstiftelse” i den gamle kriminalloven, og tolkes som ”den forsætlige fremkaldelse av en andens beslutning om at begaa en strafbar handling.”⁶⁴ Dette støttes i rettspraksis, hvor Høyesterett i Rt. 1986 s. 223 snakker om at domfelte var anstifter til kameratens falske forklaring. Ved domreferatet i Norsk Rettstidende blir imidlertid forledet benyttet i stedet.

En naturlig språklig forståelse av tilskynde er å påvirke noen til å handle på en bestemt måte, oppmuntre eller inspirere til ugjerningen. Tilskynde er i rettspraksis ofte benyttet om den svakeste formen for psykisk medvirkning, men blir også benyttet i en videre betydning,

⁶³ Hagerup (1911) s. 215 og Bratholm/ Matningsdal (1991) s. 621-622

⁶⁴ Hagerup (1911) s. 216

hvor retten ikke tar stilling til om det er det er tilskyndelse eller forledelse, men at tilfellet i det minste kan betegnes som tilskyndelse.⁶⁵

Skillet mellom de to begrepene ligger i kravet til årsakssammenheng med hovedhandlingen. Ved forledelse kan en si at medvirkeren har gitt hovedmannen en grunn til å begå ugjerningen, han har *skapt* hovedmannens forsett. Det karakteristiske for tilskyndelse er at medvirkeren har gitt hovedmannen en ytterligere grunn til ugjerningen, og altså *styrket* hovedmannens forsett.

I det videre benytter jeg begrepet ”positiv tilskyndelse” som et samlebegrep for den påvirkningen som er vilkåret for at det foreligger psykisk medvirkning.

⁶⁵ eksempel i Rt. 1945 s. 82

3 Passiv medvirkning

En språklig forståelse av ordet medvirke tilsier at medvirkeren har foretatt seg noe aktivt i forhold til hovedmannen. Dette forutsetter at den som forholder seg passiv ikke kan rammes som medvirker. Dette er ikke gjeldende rett. Høyesterett har ved flere anledninger bedømt et passivt standpunkt som medvirkning, og oppstilt handleplikt for tiltalte i situasjoner der denne har forholdt seg passiv.⁶⁶ Problemstillingen i denne delen er når, og hva som skal til for at en unnløtelse av å handle kan utgjøre en straffbar medvirkning.

Som tidligere nevnt var dommen inntatt i Rt. 1907 s. 333 først ute med grensedragningen i forhold til straffansvar for medvirkning hvor personen har forholdt seg passiv.

For at en unnløtelse av å handle skulle kunne straffes, må den være omfattet av et straffebud. Det er ikke lovfestet noen alminnelig plikt til å hindre forbrytelser som begås av andre, noe som er stadfestet i bl.a. Rt. 1957 s. 476, der det uttales at tiltalte ikke har ”noen plikt til å hindre virksomheten.”

3.1 Straffbar unnløtelse

Det finnes mange lovbestemmelser som oppstiller en handleplikt for borgerne, og som oppstiller straff for unnløtelsen av å foreta en handling. Her er unnløtelsen en hovedgjerning.

Et eksempel er strl. § 139, som gir borgerne plikt til å prøve å avverge grove forbrytelser som man vet er i gjære: ”Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnløter å anmelde til politiet eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil bli eller er begått. [...] Medvirkning straffes på samme måte.”

⁶⁶ Rt. 1945 s. 109

Denne bestemmelsen oppstiller en varslings- og avvergeplikt for *enhver* som har mistanke om at en fremtidig straffbar handling vil bli begått, og på den måten skiller dette ansvaret seg fra passivt medvirkningsansvar. Terskelen for å bli medvirkningsansvarlig etter primærbestemmelsen er høyere enn å bli ansvarlig etter § 139, da det ikke stilles krav om særlig tilknytning i § 139.

Det er imidlertid ikke noe i veien for å benytte § 139 og medvirkning til primærbestemmelsen i konkurrans.

Denne bestemmelsen er et ekte unnlatesdelikt hvor straffbarheten av å forholde seg passiv kan leses direkte ut av straffebudet.

Unnlater av å handle kan også rammes av straffebud som retter seg mot aktive handlinger, såkalte uekte unnlatesdelikter. Vilkårene for dette er at unnlatsen språklig sett omfattes av ordlyden i straffebudet, og at passiviteten er omtrent like straffverdig som den aktive handlingen.⁶⁷ Det skal litt til for at en passivitet blir like straffverdig som en aktiv handling, det må foreligge såkalte særlige omstendigheter. Det kan for eksempel foreligge et tilknytningsforhold, eller en særlig forbindelse mellom gjerningsmann og situasjonen.⁶⁸

På grunn av hensynet til rettsenhet må de prinsippene som her gjelder også kunne benyttes for unnlater som medvirkning.

⁶⁷ Slettan/ Øye (2001) s. 120

⁶⁸ Andenæs (1947) s. 250

3.2 Tilskuermedvirkning

Tilskuermedvirkning er hvor en tilfeldig person blir vitne til en ugjerning uten å bryte inn eller forsøke å gjøre noe for å avverge det som foregår. Dette er riktignok i enkelte tilfeller moralsk forkastelig, men er det tilstrekkelig til å straffes?

Andenæs mener det ikke er tilstrekkelig, og skriver: ”Å være en interessert tilskuer er ikke medvirkning. Det kreves i alminnelighet en *positiv tilskyndelse*.”⁶⁹

Høyesterett har i en rekke saker understreket at ren passivitet alene ikke uten videre er tilstrekkelig til å statuere medvirkningsansvar.

I Rt. 1926 s. 581 var tiltalte vitne til at hans hustru solgte ulovlig brennevin til en tredjemann uten å protestere eller gripe inn. Tidligere instans dom mot ham ble opphevet av høyesterett fordi domsgrunnene var uklare. Høyesterett uttaler at tiltaltes forhold var av utelukkende passiv art og en ren passiv ”billigelse” av salget, og at det kreves mer for å dømme for medvirkning. Det henvises til Rt. 1907 s. 333, som først var ute med det synet.

Rt. 1946 s. 250 og Rt. 1946 s. 496 er to beslektede saksforhold som omhandler medlemmer av NS. Det går frem av disse to dommene at det å unnlate å protestere mot det straffbare forholdet ikke er nok for å statuere medvirkeransvar.

I den tidligere nevnte Hasjseilerdommen II, Rt. 1982 s. 1315 understreker høyesterett nok en gang at å være helt passiv ikke er nok for å konstatere medvirkningsansvar, men at flere vilkår må være oppfylt.

Rettspraksis viser at straffansvar ikke uten videre utløses ved tilskuermedvirkning. Flere vilkår må være oppfylt. Dette er et rimelig resultat. For det første ville det motsatte vært svært arbeids- og ressurskrevende, og lite effektivt i forhold til formålet med

⁶⁹ Andenæs (1997) s. 327

medvirkningsbestemmelsene. Straffverdigheten hos tilfeldige vitner til forbrytelser er klart lavere enn hos de som har en tilknytning til forholdet. I forhold til hensynet til prevensjon er det også vanskelig å se for seg at det har betydning for personer som mer eller mindre tilfeldig bevitner lovbrudd. Det vil være urimelig belastende for hvermann å være pålagt en handleplikt i alle situasjoner, og vanskelig å rettferdiggjøre et slikt inngrep overfor borgerne. Det ville også oppfordret til en ”ta loven i egne hender”- kultur, hvor alle har ansvar for alle andres handlinger.

3.3 Faglig plassering

Det er i juridisk teori lagt til grunn en noe forskjellig tilnærming til begrepet passiv medvirkning. Andenæs og Eskeland ser på passiv medvirkning som en form for psykisk medvirkning,⁷⁰ hvor et vilkår om positiv tilskyndelse må være oppfylt for å utløse en handleplikt. Husabø betegner imidlertid passiv medvirkning som en egen kategori,⁷¹ hvor handleplikten springer ut av et særlig tilknytningsforhold mellom medvirkeren og hovedgjerningen.

Innholdet i Andenæs og Husabøs tilnærminger til temaet er i midlertid mer i samsvar enn en skulle tro ved første blick. I begge situasjoner må det dreie seg om en særlig situasjon som innebærer at medvirkeren har en handleplikt. Videre følger et krav om et mulig handlingsalternativ og en hindringssammenheng mellom handlingsalternativet og hovedhandlingen.

Jeg ser på forskjellen mellom psykisk og passiv medvirkning mer som en gradforskjell, hvor graden av tilskyndelse minker jo mer en nærmer seg kategorien passiv medvirkning. I tilfeller med passivitet hvor tilskyndelse kan påvises benyttes reglene for psykisk medvirkning for å begrunne handleplikten for medvirkeren. Der hvor det ikke kan påvises

⁷⁰ Andenæs (2004) s. 327, Eskeland (2006) s. 202

⁷¹ Husabø (1999) s. 174

positiv tilskyndelse må det foreligge et særlig tilknytningsforhold som utløser handleplikten.

3.4 Handleplikt

Det å ilegge noen et passivitetsansvar innebærer å gi dem en straffsanksjonert handleplikt. Denne handleplikten består i at tiltalte har en særlig plikt til å gripe inn overfor det straffbare forholdet. Dette er en vurdering som går igjen i rettspraksis når det skal straffes for passivitet. Spørsmålet er hva denne handleplikten begrunnes ut fra. Hva gjør at den tiltalte har en særlig plikt til å gripe inn overfor et straffbart forhold som en annen begår?

I og med at ren tilskuervirksomhet ikke er straffbart, må det legges til grunn at noe mer enn tilstedeværelse må til for å skape en slik handleplikt for medvirkeren.

3.5 Positiv tilskyndelse

Etter Andenæs perspektiv på passiv medvirkning vil handleplikten springe ut av at en passivitet vil utgjøre en positiv tilskyndelse for hovedmannens forsett.

Enkelte dommer støtter Andenæs syn på passiv medvirkning som en form for psykisk medvirkning, og at passivitet bare kan være straffbart dersom vilkårene for psykisk medvirkning er oppfylt.

Et eksempel er tidligere nevnte Rt. 1907 s. 333 hvor riksadvokaten uttalte at fordi tiltalte ikke hadde medvirket fysisk ”kan Medvirkningen i Tilfelde kun have været av psykisk Art.” Ren ”Billigelse” av handlemåten var ikke i seg selv nok til å utgjøre psykisk medvirkning. Høyesteretts kjæremålsutvalg sluttet seg til denne vurderingen, og stilte krav om en psykisk årsakssammenheng. De krevde at tiltalte ved sitt forhold måtte ha ”forledet eller tilskyndet den Medtiltalte til at udføre Forseelsen eller bestyrket ham deri.”

Der hvor det ikke finnes et særlig tilknytningsforhold mellom medvirkeren og situasjonen rundt hovedgjerningen slik som i dette eksemplet, er det riktig å stille et krav om positiv tilskyndelse for å straffe for medvirkning. Det kan imidlertid ikke være et absolutt vilkår i saker hvor en slik tilknytning foreligger. I det videre går jeg nærmere inn på akkurat dette.

3.6 Tilknytningsforhold

Husabø kategoriserer passiv medvirkning som noe annet enn psykisk medvirkning, og at vilkåret om positiv tilskyndelse ikke behøver å være oppfylt for å konstatere passiv medvirkning.⁷²

Husabø mener at det må kreves et særlig tilknytningsforhold for å utløse den handleplikten som gjør en unnlattelse av å handle straffbart.⁷³ Dette er det samme prinsippet som gjelder i Andenæs lære om straffbar unnlattelse, hvor for at passivitet ved uekte unnlattelsesdelikt skal kunne likestilles med en aktiv handling ”må der foreligge en særlig forbindelse mellom den unnlattende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot.”⁷⁴ Denne særlige tilknytningen må være egnet til å skape forventning om en handling, som igjen forklarer og grunngir ansvaret ved passivitet.

Det er naturlig at det samme kravet om tilknytning gjelder uavhengig om den unnlattende er ansvarlig som hovedmann eller medvirker, og dette støttes av Andenæs som også kommer inn på medvirkningsansvar i sine drøftelser.⁷⁵ Dette fremmer hensynet til rettsenhet.

I Rt. 1999 s. 996 er det uttalt at tiltalte for å kunne bli strafflagt måtte ha hatt: ”en særlig og nærliggende foranledning til å gripe inn overfor ulovlige forhold.”

⁷² Husabø (1999) s. 186

⁷³ Husabø (1999) s. 186

⁷⁴ Andenæs (1947) s. 250

⁷⁵ Andenæs (1947) s. 486

Hva kan en slik tilknytning gå ut på? I det videre følger en ikke uttømmende liste av typetilfeller som kan utgjøre en tilstrekkelig tilknytning.

3.6.1 Foreldreansvar for barn

Foreldreansvaret innebærer to roller overfor barnet. En omsorgs- og beskytterrolle og en oppdrager- og veilederrolle.

3.6.1.1 Omsorgs- og beskyttelsesplikt

I tilfeller hvor et barn er offer for kriminalitet, vil foreldrenes omsorgs- og beskytterrolle overfor barnet medføre en plikt til å beskytte barnet mot kriminalitet og annen fare. I følge Andenæs vil foreldre for eksempel ha en plikt til å hindre at barnet blir drept av den andre av foreldrene,⁷⁶ og de kan bli ansvarlige for drap dersom de lar være å gi barnet mat eller ikke hindre at de drikker lut.⁷⁷ Bratholm hevder at omsorgsplikten også innebærer en plikt til å hindre at barnet skader seg selv.⁷⁸ Spørsmålet er om omsorgsplikten utgjør et tilknytningsforhold som kan medføre et passivt medvirkningsansvar for foreldrene dersom de ikke griper inn for å beskytte barna sine mot kriminalitet.

Dette temaet reiser flere vanskelige spørsmål. Dersom en mor vet at idet hun drar hjemmefra blir hennes barn mishandlet, blir det da straffbart for henne å forlate hjemmet? Kan hennes valg om å dra sies å være en tilskyndelse til mishandleren om å gå i gang med mishandlingen?

⁷⁶ Andenæs (1947) s. 350-351

⁷⁷ Andenæs (1947) s. 352

⁷⁸ Bratholm (1980) s. 357

Dette er et svært dagsaktuelt tema, som har hatt stort fokus den siste tiden. Riksadvokaten har ved flere anledninger fremhevet at saker om alvorlig vold mot små barn er sentralt prioriterte. I rundskriv nr. 2/2011 skriver Riksadvokaten:

”Det er herfra gitt anvisninger på en mer aktiv bruk av medvirkningslæren for også å ramme tilfeller hvor en umiddelbar gjerningsperson ikke kan identifiseres med den nødvendige sikkerhet, men hvor omsorgspersonene i alle fall ikke har gjort tilstrekkelig for å avverge voldsutøvelsen mot barnet. Et typetilfelle her kan være at barnet over tid har vært utsatt for vold i hjemmet, det er uklart hvem som har utført voldshandlingene, men de voksne som bor sammen med barnet og har omsorg for det i det minste må ha vært klar over hva som foregår og hatt mulighet for å gripe inn.”⁷⁹

I et eksempel fra dansk rettspraksis, U 1998.545 H, ble en kvinne dømt for medvirkning til legemskrenking med døden til følge fordi hun visste om og til dels hadde vært tilstede mens mannen mishandlet hennes 3 år gamle barn. Rettsformannen hadde her uttalt: ”Den, som har forældremyndigheten over et barn og barnet i sin varetægt ifalder strafansvar for medvirken til den vold som andre udøver mot barnet, såfremt der er sikkert grundlag for at antage, at forældremyndighedsindehaveren indså eller antog som overvejende sansynligt, at vold ville finde sted, og såfremt forældremyndighedsindehaveren havde mulighed for, uden selv at blive udsat for særlig fare, at forhindre volden.”

Et tilsvarende ansvar i norsk rett vil typisk hjemles i strl. § 219, som er den bestemmelsen som beskytter barn mot vold fra omsorgspersoner. Men også alle andre bestemmelser som retter seg mot andre typer kriminalitet mot barn, som for eksempel § 195 vil kunne medføre passivitetsansvar.

Disse bestemmelsene er typisk handlingsdelikter. De retter seg mot aktive handlinger. Som tidligere nevnt skal det særlige forhold til for at passivitet skal være like straffverdig, og

⁷⁹ Riksadvokaten (2/2011) punkt 4.1

dermed kunne rammes på lik linje med den aktive handlingen. Foreldres omsorgs- og beskyttelsesplikt overfor sine barn er uten tvil et tungtveiende særlig forhold som kan begrunne at passivitet er like straffverdig som den aktive handlingen i mange tilfeller.

Til tross for store likhetstrekk mellom dansk og norsk rett, ligger dansk rett langt foran Norge på dette området, da de allerede i 1938 straffet den passive forelder i barnemishandlingssaker.⁸⁰ Det virker som det skal mye til for å straffe den passive forelderen i norsk rett. Bevisvansker oppstår og henleggelse blir ofte resultatet. Det er et rettsområde under utvikling, og behovet for en straffereaksjon for passivitet i disse sakene er stort. Noen saker har imidlertid ført til domfellelse i ulike ting- og lagmannsretter, og noen retningslinjer kan vi slutte fra disse.

I Oslo tingretts dom av 13.01.2010 ble et foreldrepar dømt for passiv medvirkning etter at det var utført grov vold og mishandling av deres to små barn, da det ikke med sikkerhet kunne pekes ut en gjerningsmann av de to. I denne dommen ble det uttalt: ”Retten legger følgelig til grunn at både straffeloven § 229 og § 219 i særlige tilfeller kan ramme en passiv medvirkning fra foreldre med et omsorgsansvar overfor små barn, men dette må vurderes konkret i forhold til den situasjon hver av de tiltalte befant seg i og deres forutsetninger for å kunne hindre mishandlingen.”

Det blir i denne dommen lagt til grunn at det også i norsk rett er grunnlag for at omsorgsplikten for barn innebærer et slikt tilknytningsforhold at det medfører en straffsanksjonert handleplikt for foreldrene.

Saken ble anket til lagmannsretten, og i Borgarting lagmannsretts dom av 03.09.2010 ble foreldrene frifunnet for kravet om straff. Det er vanskelig å si hva frifinnelsen ble basert på, da skyldspørsmålet ble avgjort av en jury, og dermed ikke er begrunnet i dommen.

⁸⁰ U 1938.964 Ø

I Nord-Østerdal tingretts dom av 18.02.2011 ble et samboerpar dømt for seksuelle overgrep mot barn. Moren til barna ble, i tillegg til å ha utført kriminelle handlinger selv, også dømt for passiv medvirkning til mannens handlinger. Dette ble begrunnet av hennes særlige omsorgsplikt overfor sine barn som innebar en straffsanksjonert plikt til å beskytte barna mot straffbare handlinger.

Saken ble anket til Eidsivating lagmannsrett, som i sin dom av 06.06.2011 dømte paret for passiv og fysisk medvirkning. Det ble bl.a. uttalt i dommen at "[mannen] var tilstede uten å gripe inn. Han hadde en klar plikt til å motvirke NO1s overgrep slik at unnløstelse er passiv medvirkning." Og videre at "Moren medvirket forsettlig ved ikke å gripe inn [...]"

Her blir det helt klart lagt til grunn av retten at omsorgspersonene har en straffsanksjonert handleplikt når det gjelder å motvirke overgrep mot barna.

I Tønsberg tingrett pågår det under tiden en sak mot en mor som er tiltalt etter § 228 første og annet ledd jfr. § 232, for under særdeles skjerpene omstendigheter å ha medvirket til å øve vold mot en annen person og legemsfornærmelsen har hatt døden til følge. Dette går frem av tiltalebeslutningen utferdiget av Statsadvokatene i Vestfold. Grunnlaget for tiltalen er at hennes sønn flere ganger var utsatt for vold fra tiltaltes ektemann, guttens stefar, og at mor forstod dette på bakgrunn av observerte skader over tid, en sykehusinnleggelse og en bekymringssamtale ved guttens skole kort tid før guttens død. Hun foretok seg intet for å forhindre videre voldsutøvelse mot sønnen, f.eks ved å føre tilsyn med barnet eller varsle barnevernet, eventuelt politiet, og at hun gjennom sin passivitet medvirket til stefarens voldshandlinger som førte til sønnens død.⁸¹

Denne tiltalebeslutningen er utferdiget etter beslutning fra riksadvokaten, og er således en pekepinn på hvordan den passive medvirkningslæren skal benyttes i praksis.

⁸¹ Tiltalebeslutning utferdiget av Statsadvokatene i Vestfold

Beskrivelsen av morens passivitet i denne tiltalen er på mange måter lik den gjerningsbeskrivelsen vi finner i § 139. Blant annet oppstilles en plikt for mor til å varsle barnevern og politi. Her vises en sammenheng i lovens system, og det trekkes vekslers mellom de tilgrensende bestemmelsene. Det som gjør at hun blir tiltalt for medvirkning til primærbestemmelsen er at hun har den særlige tilknytningen til offeret i egenskap av å være hans mor. Eventuelle andre som var klar over voldsutøvelsen og forholdt seg passiv ville blitt tiltalt etter § 139 i mangel på tilknytningsforhold.

Aktor Kjetil Egelie har tro på domfellelse i denne saken.⁸² Dersom det skulle ende i frifinnelse, vil det være på grunn av tvil rundt faktum og tiltaltes subjektive forhold. Han mener det i alle fall ikke er noen tvil om hva som er gjeldende rett på området, til tross for at lignende situasjoner har vært opp til behandling kun få ganger tidligere. Han viser til juridisk teori,⁸³ Høyesterettspraksis⁸⁴ og underrettspraksis⁸⁵, samt dansk rettspraksis på området. Han uttaler at en mor eller en annen omsorgsperson må oppfylle det vilkår om tilknytningsforhold og ha en handleplikt som er oppstilt gjennom teori og rettspraksis, og at et annet resultat ville vært urimelig.⁸⁶

Foreldrenes omsorgsansvar overfor sitt barn, og barnets krav på beskyttelse veier så tungt at foreldre bør ha plikt til å avverge alle typer alvorlige krenkelser av barnet. Dette vil gjelde uavhengig av om gjerningsmannen er den andre av foreldrene slik som i eksemplene, en annen nærstående eller en utenforstående.⁸⁷ Det som finnes av rettspraksis på området tilsier at dette må være gjeldende rett. Hvor langt denne handleplikten strekker seg blir behandlet i punkt 3.7 - 3.9.

⁸² Egelie (2012)

⁸³ Husabø (1999)

⁸⁴ Rt. 1995 s. 355 og Rt. 2010 s. 1630

⁸⁵ Oslo tingretts dom av 13.01.2010

⁸⁶ Egelie (2012)

⁸⁷ Husabø (1999) s. 188

3.6.1.2 Oppdrager- og veiledningsplikt

Hva med saker hvor barnet er gjerningsmann? Vil foreldre i egenskap av sin oppdrager- og veilederrolle kunne bli medvirkningsansvarlig for lovbrudd begått av deres barn? Den gamle kriminalloven § 8 statuerte medansvar for ”Forældre, Fosterforældre, Formyndere, Husbonder eller Andre i lignende Stilling” som ikke hadde forsøkt å holde personer ”der staa under deres Myndighed” fra å begå et lovbrudd. Denne bestemmelsen ble ikke videreført i straffeloven, og noen tilsvarende bestemmelse finnes ikke i dag. Det betyr at et slikt medvirkningsansvar for foreldre ikke lenger er aktuelt. Dette synet deles i den juridiske teorien,⁸⁸ og forklares ut fra samfunnsendringer, hvor det ut ifra dagens tilstand virker unaturlig å straffe noen på bakgrunn av manglende tilsnakk av en kriminell ungdom.

3.6.2 Andre familieforhold

Andre familieforhold, som ekteskap eller samboerskap med hovedmannen er gjennom rettspraksis ikke funnet å være tilstrekkelig tilknytning for å utløse en handlingsplikt.

I den tidligere nevnte Rt. 1926 s. 581 ble en mann frikjent for medvirkning til konas ulovlige brennevinssalg. Denne dommen tolkes slik at verken ekteskapet alene, eller kombinasjonen med at salget skjedde fra deres felles hus, var nok til å gjøre han ansvarlig for medvirkning.⁸⁹ Tredjevoterende uttalte: ”Overenstemmende med den opfatning, som har faat uttryk i den av andenvoterende nævnte kjendelse av Kjæremaalsutvalget [Rt. 1907. 333], mener jeg, at et saadant passivt forhold ikke kan betragtes som strafbar medvirken, selvom man muligens derav kan slutte sig til en billigelse eller godkjendelse av handlingen.” Denne uttalelsen sluttet flertallet seg til.

⁸⁸ Husabø (1999) s. 187, Andenæs (1947) s. 312-316 og Andenæs (1997) s. 136

⁸⁹ Husabø (1999) s. 188

Rt. 1957 s. 476 omhandlet et beslektet tilfelle, hvor mannen var passivt vitne til at kona drev med hjemmebrenning, også her fra deres felles husvære. Høyesterett avviste å legge vekt på at mannen ikke hadde forsøkt å hindre salget, for ”noen rettslig plikt til å hindre virksomheten hadde han ikke.” Av dette kan en tolke at tiltalte ikke hadde en sterk nok tilknytning til saksforholdet til at han hadde plikt til å gripe inn.

I disse to dommene ble ikke passivitet funnet tilstrekkelig for å dømme for medvirkning. For å dømme måtte det foreligge en positiv tilskyndelse, slik kravet er for psykisk medvirkning. Dette tyder på at ekteskap ikke utgjør et tilknytningsforhold som er tilstrekkelig til å ilegge passivitetsansvar, og at reglene for psykisk medvirkning må benyttes for å statuere medvirkning i slike tilfeller.

En sak som viker litt bort fra dette synet er Rt. 1998 s. 459, hvor det synes å virke som kombinasjonen av ekteskap med hovedmannen og tidligere felles kriminalitet utgjorde den tilknytning som utløste handleplikt for medvirkeren. Saken gjaldt en kvinne som ble dømt for medvirkning til ektemannens pakking og oppbevaring av narkotika. Høyesteretts flertall kom til at kvinnen ”gjennom sin deltakelse i pakkingen av dette partiet [250g], og på bakgrunn av at hun da samtidig visste at det foregikk omsetning av hasj fra leiligheten, har overskredet grensen for psykisk medvirkning til oppbevaring av et mindre kvantum hasj utover 250 gram.”

Det kan imidlertid heller ikke av denne dommen tolkes at ekteskap i seg selv er nok til å statuere en handleplikt.

I Rt. 2005 s. 934 var spørsmålet om en kvinne kunne dømmes for medvirkning til ektefellens oppbevaring av narkotika. Det ble i denne saken anført for Høyesterett at hun hadde medvirket ved at hun eide huset og således hadde stilt det til ektefellens disposisjon. Anførselen førte ikke frem, da det ikke kunne legges avgjørende vekt på at det var kvinnen som eide huset. Høyesterett uttalte i denne forbindelse: ”Ektefellen trengte ikke hennes tillatelse for å oppbevare narkotika i sin egen bolig”.

Høyesterett har med dette bekreftet at ekteskap eller samboerforhold ikke utgjør et tilstrekkelig tilknytningsforhold. Grunnen er nok at hovedmannen har en stor grad av selvstendighet i disse sakene. Mangel på kontroll og innflytelse over situasjonen synes å være begrunnelsen når Høyesteretts ikke ilegger passivitetsansvar i disse avgjørelsene. Passiviteten i disse situasjonene er derfor mindre straffverdige enn ved andre situasjoner hvor tilknytningsforholdet er sterkere.

3.6.3 Omsorgsplikt i egenskap av sitt yrke

Videre er det spekulert i om det kan statueres et tilknytningsforhold på grunn av medvirkerens yrke, og at en handleplikt springer ut av den omsorgsplikt yrkesutøveren har.

I Rt. 2009 s. 1498 antyder Høyesterett at dette kan være tilfelle. Her ble en drosjesjåfør dømt for medvirkning til ran da en passasjer ble truet med kniv for å gi fra seg penger til en annen passasjer under en drosjetur, uten at drosjesjåføren grep inn eller forsøkte å hindre dette. Førstvoterende uttaler i et obiter dictum: ”Forsvareren har fremhevet at tiltalte bare utførte sitt yrke som sjåfør, og at det ikke oppstod noen særskilt plikt for ham til å søke å forhindre det pågående ran, da han ble kjent med dette. Etter mitt syn kan det neppe være tvilsomt at en drosjesjåfør etter omstendighetene kan ha en slik omsorgsplikt overfor sin passasjer at det vil foreligge en aktiv handleplikt om passasjeren skulle bli utsatt for en straffbar handling.”

Denne saken ga imidlertid ikke foranledning til å drøfte under hvilke omstendigheter manglende etterlevelse av denne handleplikten kan ha strafferettslige konsekvenser. Tiltalte hadde i denne saken ytet positiv bistand til ranshandlingen, og ble dømt på dette grunnlaget. Dommen er derfor ikke prejudikat på området for passiv medvirkning, men førstvoterendes utsagn kan uten tvil være et argument for at yrkesutøvere har en særlig omsorgsplikt overfor sine kunder.

Dette utsagnet er ikke tilstrekkelig for å fastslå at en kan bli strafferettslig medvirkningsansvarlig for passivitet ut ifra sin omsorgsplikt som yrkesutøver.

3.6.4 Ansvar for ting

En eier av fast eiendom eller løsøre har et ansvar for å sikre og avverge farer som tingen selv representerer.⁹⁰ Unnlatelse på bakgrunn av denne tilknytningen er imidlertid ansvar som hovedmann.

3.6.4.1 Løsøre

Som hovedregel vil ikke eieren av en løsøregjenstand straffes for andres ulovlige bruk av tingen. Dette går frem av Høyesteretts uttalelse i Rt. 1999 s. 996 på side 998: ”Noen alminnelig straffsanksjonert plikt for en eier av en løsøregjenstand til å hindre at andre benytter seg av tingen i ulovlig øyemed, kan ikke oppstilles. Det klare rettslige utgangspunkt er at en eier normalt ikke kan straffes for andres ulovlige benyttelse av hans ting.”

Høyesterett oppstiller imidlertid samtidig et unntak fra dette: ”Men dette gjelder ikke absolutt. Blant annet kan omstendighetene ligge slik an at eieren har en særlig og nærliggende foranledning til å gripe inn overfor ulovlige forhold som enkelt kan avbøtes, slik at det må anses uforsvarlig om han ikke gjør det, sett hen til de interesser lovgivningen skal beskytte.”

Passiv medvirkningsansvar kan være aktuelt der en annen person bruker tingen på en ulovlig eller uforsvarlig måte uten at eieren hindrer dette. I Rt. 1992 s. 810 hadde en beruset bileier overlatt kjøringen til en kamerat som også var beruset. Etter en tid begynte

⁹⁰ Andenæs (1997) s. 134 og Bratholm (1980) s. 355-356

sistnevnte å kappkjøre med en annen bil, holdt en hastighet av 120 km/t i 50-sone og kjørte utfor veien. En av personene i bilen omkom, og bilføreren, bileieren og en ytterligere person ble skadet. Den passivitet bileieren hadde utført under kjøringen medførte domfellelse etter strl. § 239. Dommen viser at tilknytningen som bileier og passasjer er sterk nok til å utløse en avvergingsplikt i forhold til uaktsomt kjøring. I denne saken hadde tiltalte muliggjort situasjonen ved å overlate bilen til en beruset person. Det ble funnet at sjåføren hadde en særlig og nærliggende foranledning til å gripe inn i den uvetlige kjøringen, noe som begrunner handleplikten.

3.6.4.2 Fast eiendom

Også eierskap av fast eiendom kan utgjøre et tilknytningsforhold. Ved utleie av fast eiendom har eier betydelig mindre mulighet til å gripe inn overfor straffbare forhold utleieobjektet blir benyttet til, enn med løsøreobjekter. Dette på grunn av leietakers selvstendighet i utleieforholdet.⁹¹ Spørsmålet er i hvilken grad en utleier kan bli medvirkningsansvarlig ansvarlig for passivitet i forhold til straffbare handlinger som begås i eller fra utleieobjektet.

Rt. 1980 s. 305 gjaldt medvirkning til oppbevaring av narkotika for en huseier som ble klar over at en annen oppbevarte narkotika hjemme hos ham. Lagmannen hadde uttalt: ”Kommer en gjest som har narkotika, behøver en vel ikke ta narkotikaen fra ham. Men lar man ham oppholde seg der i noen tid uten å be vedkommende gå, har man etter min mening medvirket til oppbevaring av narkotika.” Huseieren ble frikjent i Høyesterett, som mente denne uttalelsen var ”utvilsomt for generelt utformet og omfatter situasjoner hvor det klart ikke kan sies å foreligge medvirkning til oppbevaring.”

I Rt. 2001 s. 1671, solidariseringsdommen, gjaldt medvirkning til oppbevaring av narkotika for en sjåfør som lot en passasjer bli med videre i bilen han kjørte etter at han har oppdaget

⁹¹ Husabø (1999) s. 191

at passasjereren har narkotika på seg. Sjøføren hadde smakt på narkotikumet og senere prøvd å unnsnippe politiet sammen med passasjereren. Etter en samlet vurdering ble han av Høyesterett ansett å ha solidarisert seg slik med det straffbare forholdet at han med rette var dømt for medvirkning.

I Rt. 2009 s. 187 ble en mann dømt etter § 162 for medvirkning til oppbevaring og salg av hasj. Tiltalte hadde leid ut husvære til hovedmannen, og ble etter kort tid klar over at hovedmannen oppbevarte hasj i leiligheten. Siden opphørte leieforholdet, og tiltalte disponerte leiligheten selv. Etter dette ble hasjen oppbevart i hans kjellerbod, som tjente som depot for hovedmannens salg. Hovedmannen hadde ikke på dette tidspunkt noen rett i kraft av den opprinnelige avtalen til å fortsatt benytte kjellerboden til sine formål, og A, ved å ha samtykket til dette, var seg bevisst at han la til rette for at hovedmannen kunne slutføre hasjsalget.

I dommen fra 1980 ble det ikke konstatert medvirkning, mens i 2001- og 2009- dommene ble tiltalte dømt. Det kan tolkes av 1980-dommen at det skal en del til for å få passivt medansvar for at andre har oppbevart narkotika på ens eiendom.⁹² Hva som eksakt skal til går ikke frem av denne dommen, men det er nærliggende å tro at utleiers mangelfulle innflytelse overfor leietaker og begrensede kontroll over situasjonen har betydning. Det som synes å være hovedforskjellene på denne og de to andre dommene er graden av bevisst aktivitet rundt narkotikaen, noe som innebærer ulik straffverdighet. I solidariseringsdommen hadde sjøføren smakt på stoffet, og da de ble stanset av politiet hadde han forsøkt å unnsnippe. Sjøføren i denne dommen har tatt et bevisst valg om å stå i fellesskap med hovedmannen i større grad enn i 1980-dommen. Også i 2009-dommen ble det funnet at huseieren hadde tatt et bevisst valg om å samtykke til, og legge til rette for at hovedmannen fikk benytte kjellerboden hans til oppbevaring og salg.

⁹² Husabø (1999) s. 190

3.6.5 Overordningsforhold

Spørsmålet er videre om et overordningsforhold utgjør et tilknytningsforhold som er egnet til å utløse en handleplikt, og passivt medvirkningsansvar. I norsk rett har vi flere regler om overordnedes passivitetsansvar overfor underordnede som begår en forbrytelse i tjenesten.⁹³

Et eksempel er straffeloven § 308 som lyder: ”Fører av skip eller annen foresatt om bord straffes [...] såfremt han [...] behandler en medfarende på en utilbørlig måte eller unnlater å hindre at han av andre om bord behandles slik.”

Denne regelen ble i lovforarbeidene regnet for å ramme unnlatelser av å forebygge krenkelser fra andre medfarendes side,⁹⁴ noe som styrker inntrykket av at overordnedes unnlatelse også kan bli rammet av et straffebed med alminnelig medvirkningstillegg.⁹⁵

Andenæs stiller krav om et konkludent samtykke i tillegg til kravet om forsett for den overordnede. Dette innebærer ”at den underordnede ser den overordnedes passivitet som et uttrykk for at han ikke har noe imot handlingen og at den overordnede forstår dette.”⁹⁶

Husabø mener kravet om konkludent samtykke skal forstås som en form for kvalifisering, eller presisering av tilknytningskravet. Han stiller krav om at den overordnede må ha en særlig rolle i den konkrete situasjonen der den underordnede forgår seg i tjenesten. Han formulerer det slik at ”Den overordna må vera i ein slik konkret situasjon at det av den underordna blir forventat at han seier frå, dersom han har noe å innvenda.”⁹⁷ Dette

⁹³ Husabø (1999) s. 191

⁹⁴ S.K.M. 1986 s. 258

⁹⁵ Husabø (1999) s. 191

⁹⁶ Andenæs (1947) s. 308

⁹⁷ Husabø (1999) s. 192

forutsetter, i følge Husabø, at den underordnede vet at han blir observert av den overordnede. Videre må situasjonen gjøre det mulig og nærliggende å si ifra.⁹⁸

Et eksempel er Rt. 1947 s. 69, hvor B var domfelt for medvirkning til forskjellige legemsbeskadigelser og legemskrenkelser under forhør utført av A som var Bs underordnede. Høyesterett uttaler: "[...] kan det være ingen tvil om at hva lagmannsretten legger til grunn er dette at B under forhør, hvor han var den overordnede og den bestemmende, i atskillig utstrekning har billiget og godkjent at A foretok sine voldshandlinger mot fangene, og at B derigjennom har anvendt A og dennes forhørsmetoder til fremme av de etterforskninger forhørene gjaldt. [...] Jeg oppfatter det slik at lagmannsretten plasserer A, menneskelig og moralsk, langt under B, men at B etter rettens mening dog har tillat meget som det var hans ubetingede plikt å forhindre, og som han kunne ha forebygget om han hadde villet." Her har Høyesterett vurdert overordningsforholdet som en tilstrekkelig tilknytning for å ilegge en handleplikt, og dømme for passivt medvirkningsansvar.

Videre ser vi på om kravet til konkludent samtykke er absolutt, slik at det bare finnes et tilknytningskrav der passiviteten kan tolkes som et samtykke.

Dersom den overordnede vet hva den underordnede driver med, men uten at den underordnede vet at han vet det, kan den underordnede vanskelig tolke et samtykke fra den overordnede. Husabø mener at det i denne situasjonen ikke vil være rimelig med et annet resultat enn om den underordnede vet. Han begrunner dette ut fra at lederens ansvar bør være knyttet til det han har kjennskap til innenfor virksomheten, og ikke til hva andre tror han vet.⁹⁹

⁹⁸ Husabø (1999) s. 192

⁹⁹ Husabø (1999) s. 192

Dette er et rimelig resultat. Det straffverdige hos medvirkeren ligger nettopp i selve unnlåtelsen av å handle, og det er således mindre interessant hvilke oppfatninger hovedmannen har rundt dette.

Det kan videre foreligge situasjoner i en virksomhet der det kreves tiltak fra en overordnedes side dersom noe er uakseptabelt, som også kan gå ut på annet enn bare å si ifra.¹⁰⁰

Et eksempel er Rt. 1977 s. 6, hvor A, som hadde vært styremedlem og styreformann i et aksjeselskap ble dømt for medvirkning da han hele tiden hadde vært klar over at selskapet ikke hadde betalt avgift og skattetrekk. Høyesterett sluttet seg til Herredsrettens uttalelse: ”[...] I denne situasjon måtte det være domfeltes plikt som styremedlem å ta forholdet opp i styret for å få en ordning med betalingen, eller – hvis det ikke lot seg gjøre – få driften stanset.”

Her ble det fremsatt krav om at tiltalte burde ha fått ordning på forholdet, eller fått driften stanset. Det hadde altså ikke vært tilstrekkelig for å unngå medvirkningsansvar å bare si ifra om forholdet. Dette begrunnes ut ifra domfeltes ansvar i egenskap av å være styremedlem og overordnet.

3.6.5.1 Strl. § 48 a

For foretak har grensen for passivt medvirkningsansvar mindre praktisk betydning, idet de kan bli ansvarlige etter strl. § 48 a. Denne bestemmelsen oppstiller straffansvar for foretak dersom et straffebed er overtrådt av noen som har handlet på vegne av foretaket. Dette innebærer for eksempel at transportforetaket som overordnet hefter for den underordnede sjåførs brudd på vegtrafikklovens kjøre- og hviletidsregler dersom arbeidet fra foretakets side er lagt opp slik at reglene er vanskelige å etterleve. Dette kan ved første øyekast se ut

¹⁰⁰ Husabø (1999) s. 192

som et objektivt ansvar for foretaket. Matningsdal¹⁰¹ peker imidlertid på at ordlyden ”på vegne av” innebærer at det settes grenser for hvilke handlinger foretaket hefter for. Upåregnelige handlinger og handlinger som bærer preg av illojalitet mot foretaket vil falle utenfor. Foretaket har etter dette et kontrollansvar som kjent fra erstatningsretten.

Et eksempel på dette er en dom fra Frostating lagmannsrett av 20.03.2012 hvor et transportforetak ble dømt etter § 48 a for at en sjåfør i foretaket uaktsomt hadde overtrådt brann- og eksplosjonsvernforskriften, ved å frakte brannfarlige væsker uten at sikkerhetskravene var oppfylt. Transportoppdraget ble utført som ledd i foretakets tjeneste og skjedde i foretakets interesse. Det at sjåføren unnlot å følge foretakets generelle instruks om å benytte en ADR-godkjent lastebil til oppdraget ble ikke funnet så upåregnelig at det faller utenfor rammen for foretaksansvaret etter § 48 a.

Selv om foretakets ansvar etter denne paragrafen er et selvstendig ansvar, er mange av vurderingene svært lik de som foretas ved passivt medvirkningsansvar. Terskelen for å dømme etter § 48 a er imidlertid betydelig lavere enn ved passivt medvirkningsansvar, hvor den største forskjellen ligger i skyldkravet.

3.6.6 Felles kriminell virksomhet

Videre er spørsmålet om felles virksomhet av ulike slag kan være et tilknytningsforhold som skaper handleplikt.

I Rt. 1992 s. 785 hadde tiltalte A og en bankmann B bedrevet aksjespekulasjoner. A hadde forstått at B tilegnet seg midler fra banken for å fortsette aksjespekulasjonene. Retten fant at ”Ut fra hele samarbeidsforholdet og på bakgrunn av at As konto ble benyttet, forelå en situasjon hvor A måtte ha plikt til å gripe inn hvis han ville at forholdet ikke skulle fortsette. Dette har han ikke gjort, og det ga etter min mening grunnlag for domfellelse for

¹⁰¹ Bratholm/Matningsdal (2003) s. 399

forsettlig medvirkning til grovt underslag.” Her er det vurdert at den felles aksjehandelen utgjorde en tilstrekkelig tilknytning til passivt medvirkningsansvar.

Etter dette kan også fellesskap om straffbar virksomhet utgjøre en tilknytning som utløser passivitetsansvar, da en i disse tilfellene er med på å skape en farlig situasjon, noe som gir et ekstra ansvar i forhold til samvirke til annen virksomhet. Kriminelt samvirke medfører en særlig fare for at en av deltakerne går lenger enn først avtalt. Spørsmålet blir om de andre da kan bli ansvarlige for passiv medvirkning ved å unnlate å protestere eller gripe inn for å hindre det videre hendelsesforløp.

Straffelovkommisjonen av 1980 mener det er tilfelle. I sine lovforarbeider nevner den et eksempel der A og B er sammen om å banke opp C. Dersom B mister fatningen og slår C i hjel, vil A lett kunne bli ansvarlig for passiv medvirkning.¹⁰²

Et eksempel er hvor to eller flere utøver et ran i fellesskap og en av deltakerne mister besinnelsen og går lenger enn det som var forutsatt på forhånd, ved å trekke kniv å begå drap.

I Rt. 1995 s. 355 var dette tema. Høyesterett klargjorde i denne dommen at da den ene raneren grep til kniv, utløste dette en særlig handleplikt for den andre til å forsøke å avbryte ranet og det videre hendelsesforløp. Dette springer helt klart ut av deres felles kriminelle virksomhet og farefremkallelse som tilknytningsforhold.

I Andrawes-saken, hadde en kvinne A utøvet en flykapring i fellesskap med bl.a. C. C hadde under denne kapringen skutt og tatt livet av flykapteinen B, noe som ikke var avtalt på forhånd. A hadde ikke forsøkt å stoppe C, men gjenopptatt sin rolle som flykaprer. Bevæpnet med håndgranater fortsatte hun å holde passasjerer og kabinpersonale i sjakk.

¹⁰² NOU 1992:23 s. 77

I Rt. 1995 s. 1057 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg at flertallet i lagmannsretten burde ha drøftet nærmere ”om A gjennom sin deltagelse i flykapringen hadde en særlig plikt til å gripe inn for å hindre drapet på flykapteinen.” I Rt. 1995 s. 1228 (samme sak) uttaler høyesterett at ”de som deltar i en flykapring – eller i alle fall en flykapring av den karakter som det her dreier seg om – må ha et medvirkeransvar for drap som skjer under kapringen med mindre det foreligger spesielle omstendigheter som peker i motsatt retning.”

I dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1365, ble tiltalte A dømt for medvirkning til trusler og utpressing. A hadde vært involvert i narkotikakriminalitet, og engasjerte B for å bistå som ”torpedo” ved inndrivelse av narkotikagjeld fra to andre.

I rettsbelæringen til lagretten er dette spørsmålet kommentert slik: ”[...] I vår sak har ingen, etter min mening, gått så langt at den andre ikke hefter for det hele. Dersom A som var med B ikke skal regnes som medvirker til trusselen med våpenet, måtte A ha gitt klart uttrykk for at han ikke ville være en del av det hele. Det var jo A som skulle innfordre beløpet. Dersom det var overraskende for A at våpenet kom frem, måtte A – i hvert fall når det ble rettet mot Ds hode – ta klart avstand fra trusselen. Her er det verken i ord eller handling gitt noe uttrykk for at han ikke var med videre.”

Høyesterett uttaler i denne forbindelse: ”Jeg finner redegjørelsen for medvirkningsbegrepet dekkende. Selv om A ikke var klar over at B hadde pistol, eller at han kom til å true med den, så er det A som har initiert de straffbare handlingene ved å bestille ”torpedoopdraget”. Det var A som hadde penger å inndrive. I en slik situasjon må det kreves at A tar aktivt avstand fra Bs trussel med skytevåpen, for at A skal slippe unna medvirkningsansvar for dette forholdet.”

Ved alvorlig kriminell virksomhet som vold, trusler og utpressing, ran og flykapring er det påregnelig at situasjonen kan komme ut av kontroll. Det er en utpreget fare for at mer alvorlige forbrytelser vil bli begått ”i kampens hete,” og det er rimelig at den som forsettlig går inn i slike situasjoner og setter i gang en begivenhetsrekke med uvisst utfall blir

medansvarlig for alt det som måtte hende. Har medvirkeren vært med på en farefremkallelse vil straffverdigheten av å forholde seg passiv når faren oppstår være stor.

3.7 Alternativ handling

Når man blir dømt for passiv medvirkning blir man dømt for ikke å ha overholdt en handleplikt. Det er således et krav at det finnes en alternativ handling, som dersom den ble utført ville gjort medvirkeren straffri. Et krav om handlingsalternativ gjelder også ved fysisk og psykisk medvirkning. Spørsmålet i dette avsnittet er hvilke krav som stilles til den alternative handlingen.

Når noen blir dømt for en aktiv handling er det et krav om at retten skal presisere hvilken handling som har ført til domfellelsen, jfr. straffeprosessloven § 39. På samme måte må det presiseres hva den alternative handlingen bør gå ut på, slik at den tiltalte vet hva han blir straffet for.¹⁰³ Dette er et rettssikkerhetskrav. Kan ingen rimelig alternativ handling identifiseres, bør ikke den unnlattende kunne straffes.

I Rt. 1881 s. 850 ble tiltalte frifunnet, fordi retten ikke fant et handlingsalternativ. Far og sønn var ut og rodde langs land, da faren tok noen garn som var satt ut, som ikke tilhørte dem. Sønnen hadde sagt til faren at han ikke måtte ta garnene, men da faren tok dem likevel, tok sønnen årene under knærne og ble liggende rolig med båten. Førstvoterende mente at det eneste medvirkningsansvaret eventuelt kunne bygges på, var det faktum at sønnen stanset roingen. Dette kunne ikke grunngi medvirkningsansvar, for ”det er imidlertid ikke godt at sige, hvad andet Sønnen kunde gjøre lige over for Faderen.”

I Rt. 1937 s. 541 ble det presisert hva den alternative handlingen burde gått ut på, nemlig at mannen som reiste farskapsak burde gjort barnemoren oppmerksom på at erklæringen fra en tredjemann var falsk.

¹⁰³ Husabø (1999) s. 196

I situasjoner der flere handlingsalternativer kunne vært aktuelt, bør disse presenteres som alternativer.¹⁰⁴ Et eksempel på dette er Rt. 1977 s. 6. Her uttalte Høyesterett at tiltalte enten burde tatt opp forholdet i styret, eller fått driften stanset.

I noen dommer er det imidlertid ikke konkret presisert hva den alternative handlingen bør gå ut på.¹⁰⁵ I Rt. 1995 s. 355 utdyper ikke Høyesterett hva tiltalte mer konkret skulle gjort for å ”avbryte ranet og det videre hendelsesforløp.” Likedan i Rt. 1992 s. 810 er høyesterett vag på hva tiltalte burde gjort for å stanse den uforsvarlige kjøringen.

Dette kan være problematisk i forhold til tiltaltes forutberegnelighet, i tillegg til at det er vanskelig å se på dommene som prejudikater for senere avgjørelser om lignende tilfeller.¹⁰⁶ Dette utgjør i følge Husabø en trussel mot prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt.¹⁰⁷

Dette er et voldsomt utsagn, da det ikke er umulig ut fra dommene å se for seg hva et handlingsalternativ kunne gått ut på i disse tilfellene, spesielt for jurister som er vant til å tolke dommer. Jeg er imidlertid enig i at det er uheldig at dommen ikke er detaljert i sin forklaring, og at det ville vært riktig å presisere innholdet i den alternative handlingen.

Borgerne har handlefrihet innenfor lovens rammer, og har derfor et sterkt behov for å forutberegne sin rettslige stilling, også uten å inneha særlig kompetanse innen rettsvitenskap. Et slikt krav til forutberegnelighet er en forutsetning for rettstaten, og viktig for borgernes rettsikkerhet.¹⁰⁸ Dette er et viktig hensyn å ta for lovgiver, men også for domstolene når de fungerer som rettsskapende organ.

¹⁰⁴ Husabø (1999) s. 196

¹⁰⁵ Husabø (1999) s. 196

¹⁰⁶ Husabø (1999) s. 197

¹⁰⁷ Husabø (1999) s. 197

¹⁰⁸ Andenæs (2004) kap. 55

Den alternative handlingen må identifiseres, og innholdet bør presiseres for å imøtegå borgernes krav på forutberegnelighet.

3.8 Hindringssammenheng

Videre blir spørsmålet hva som kreves av årsakssammenheng for passiv medvirkning.

Nygaard oppstiller et krav om at det må foreligge en hypotetisk hindringssammenheng mellom den alternative handlingen og en faktisk virkende årsaksfaktor,¹⁰⁹ slik at den handlingen som tiltalte burde ha gjort (handlingsalternativet), ville ha tatt ”den påstått faktiske årsaksfaktoren ved vengebeinet.”¹¹⁰

Husabø mener et tilsvarende årsakskrav kan stilles til passiv medvirkning.¹¹¹ Han formulerer det slik at ”for at det skal bli tale om medverkingsansvar, må unnlatinga stå i ein hindringssamanheng med hovudgjerninga”¹¹²

Dette innebærer at den alternative handlingen mest sannsynlig ville ha hindret utføringen av hovedgjerningen.¹¹³

I Rt. 1947 s. 69 ble det lagt til grunn at B kunne forhindre As voldsutøvelse under fangeavhørene. Førstvoterende uttaler om dette:”[...] B etter rettens mening dog har tillat meget som det var hans ubetingede plikt å forhindre, og som han kunne ha forebygget om han hadde villet.”

¹⁰⁹ Nygaard (1992) s. 326-328

¹¹⁰ Nygaard (1992) s. 327

¹¹¹ Husabø (1999) s. 181

¹¹² Husabø (1999) s. 181

¹¹³ Husabø (1999) s. 181

I Rt. 1949 s. 1003 ble tiltalte A, som tidligere var dømt til døden for medvirkning til drapet på høyesterettsadvokat B og flere andre landssvikerforhold, frikjent for tiltalen om medvirkning til drap ved gjenopptakelse av saken. A hadde overvært et samvær hvor det ble talt en del om likvideringer, som hadde funnet sted overfor noen NS-folk, og det var blitt uttalt at det var nødvendig at det ble tatt hevn og ble gjennomført represalier. A hadde fått forståelse av at B var i faresonen. Det ble anført at "[...]A, dersom han som det er opplyst var en slik motstander av likvideringer – burde ha ringt opp til B, etter han hadde forlatt kontoret, for å advare B [...]" Det uttales om dette: "[...]Med denne passivitet på det nevnte tidspunkt av kvelden kan etter rettens mening i alle fall ikke føre til, at A kan overføres å ha medvirket til drapet, da han, som det fremgår av det foran anførte, ikke har hatt grunn til å tro, at G aktet å få B avlivet allerede samme kveld." Her ble det altså ikke funnet at den alternative handlingen, å ringe for å advare B, ville hindret drapet.

Når det gjelder rekkevidden av årsakskravet, kan en stille spørsmål ved om det er et absolutt vilkår at den alternative handlingen ville hindret utføringen av hovedgjerningen.

Et slikt strengt krav ville minnet om betingelseslæren, og Husabø mener det ville samsvart dårlig med årsakskravet som ellers gjelder ved medvirkning.¹¹⁴

Rettspraksis kan tolkes i samme retning. Rt. 1992 s. 810 gjaldt strl. § 239. Her pekte Høyesterett på at bileieren hadde hatt "mulighet til å gripe inn mot den hasardiøse kjøringen." Det ble ikke fremsatt krav om dokumentasjon på at han ville klart å avverge kjøringen.

Et annet eksempel finner vi i foran nevnte Rt. 1995 s. 355, hvor A og C utøvde ran i fellesskap, når C uventet trakk kniv og begikk drap. Medvirkningsansvar ble her grunnlagt

¹¹⁴ Husabø (1999) s. 181

med at når A så C trekke kniv ikke forsøkte å avbryte ranet. Av dette kan det tolkes at det er tilstrekkelig at den alternative handlingen ville ha motvirket hovedgjerningen.¹¹⁵

Videre foreligger det i følge Husabø en hindringssammenheng når den alternative handlingen ville hindret eller motvirket virkningene av hovedgjerningen.¹¹⁶ Husabø kommer med det eksemplet at hovedmannen gir falske opplysninger til politiet slik at de pågriper feil person i en straffesak. Dersom en annen person (medvirkeren) visste at opplysningene var falske, og trolig kunne ha varslet politiet slik at pågripelsen kunne vært unngått, står det han burde ha gjort (den alternative handlingen: å varsle politiet om at opplysningene var falske) i en hindringssammenheng med hovedgjerningen.

I tillegg foreligger det hindringssammenheng dersom handlingen ville hindret eller motvirket en faktisk forutsetning for hovedgjerningen.¹¹⁷ Dette står som et direkte motstykke til fysisk medvirkning hvor medvirkeren blir ansvarlig for å legge forholdene til rette for at hovedhandlingen kan gjennomføres. Et eksempel kan være at en kunne fjernet stigen som hovedmannen skulle benytte ved et innbrudd.

Den alternative handlingen kan også bestå i en psykisk motvirkning av hovedhandlingen,¹¹⁸ hvor medvirkeren kunne ha fratatt hovedmannen en grunn, eller gitt han en grunn til ikke å gjøre ugjerningen. Dette står som direkte motstykke til psykisk medvirkning, hvor medvirkeren ved å gi hovedmannen en grunn til å begå lovbrudd, fremmer eller styrker hans forsett. Dette kunne gjøres ved for eksempel å fraråde hovedmannen å begå lovbruddet.

¹¹⁵ Husabø (1999) s. 182

¹¹⁶ Husabø (1999) s. 182

¹¹⁷ Husabø (1999) s. 182

¹¹⁸ Husabø (1999) s. 183

Et eksempel er Rt. 1937 s. 541, hvor en mann var tiltalt for medvirkning til falsk forklaring i en farskapssak. Han hadde vist barnemor en falsk erklæring som skulle stamme fra en tredjemann som hevdet han hadde hatt samleie med henne. Lagmannen uttalte at det ville være straffbar medvirkning til falsk forklaring å unnlate å fortelle kvinnen at erklæringen var falsk før hun skulle forklare seg for retten.

Et slikt årsakskrav vil særlig fange opp tilfeller som gjelder overordningsforhold, hvor det er foreslått å stille krav om konkludent samtykke, altså tilfeller hvor personen har mulighet til å motsi utøvelsen av ugjerningen og unnlattelse av dette kan sees på som et samtykke.¹¹⁹ Ansvar vil, ifølge Husabø, være uavhengig av hvilken forestilling hovedmannen på forhånd hadde om medvirkerens holdning. ”Dersom hovudmannen trudde at den overordna aksepterte handlemåten, kunne den overordna ha fråteke han denne motivasjonsfaktoren. Og sjølv om den underordna ikkje hadde ei klar oppfatning av den overordna si haldning, kunne ei klar utsegn om at handlemåten ikkje var akseptabel, ha hindra eller motverka brotsverket.”¹²⁰

Husabø formulerer rekkevidden av årsakskravet på denne måten: ”årsakskravet til passiv medverking er oppfylt der den alternative handlinga anten fysisk eller psykisk ville ha motverka hovudgjerninga.”¹²¹

Dette er et vidt årsakskrav, som omfatter nesten enhver fysisk og psykisk hindringssammenheng, og som kan ramme en lang rekke små og store påvirkninger, og en kan spørre seg om det er like greit å ikke oppstille et årsakskrav.

Hagerup og Andenæs opererer ikke med et årsakskrav i tillegg til kravet om en handleplikt. De nøyer seg med å kalle en unnlattelse årsak der det etter forholdene var grunn til å vente

¹¹⁹ Husabø (1999) s. 184

¹²⁰ Husabø (1999) s. 184

¹²¹ Husabø (1999) s. 184

en viss handling av tiltalte. Hagerup sier at ”[...]den almindelige opfatning kun da betragter en saadan [unnløtelse] som aarsag til en viss følge, naar man efter omstændighederne havde grund til at vente en vis handling, hvorved følgen vilde være forhindret. [...] Dette vil i første række være tilfældet overalt, hvor unnløtelsen af at handle er retsstridig.”¹²² Andenæs sier det slik: ”Språkbruken [...] vil bare betegne unnløtelsen som årsak hvor en etter livets vanlige regel kunne ha en større eller mindre forventning om handling. Det er nemlig bare under denne forutsetning unnløtelsen kan gi forklaringen på resultatet.”¹²³

Husabø argumenterer for å oppstille et krav om årsakssammenheng for det første for å få frem den sammenhengen mellom medvirkning og hovedgjerning som er nødvendig for at det skal være naturlig å kalle noe for medvirkning.¹²⁴ For det andre stenger et årsakskrav for domfelling på grunn av tanker og holdninger alene, noe som hindrer at den som verken i ord eller handling kunne motvirket et lovbrudd blir stilt til ansvar for det. For det tredje mener han at et årsakskrav bidrar til å øke viten om den sentrale rollen den alternative handlingen spiller ved passivitetsansvar. I tillegg, mener Husabø, er et årsakskrav viktig i forhold til rettsikkerheten.

Det vil i praksis være et svært lite omfang av handlinger som ville falle utenfor Husabøs årsakskrav, slik at problemet svært sjeldent vil være aktuelt. Det er på tross av dette vanskelig å være uenig med Husabø i hans argumenter. Det har gode grunner for seg å oppstille et krav om hindringssammenheng mellom den alternative handlingen og hovedgjerningen.

¹²² Hagerup (1911) s. 165

¹²³ Andenæs (1997) s. 129

¹²⁴ Husabø (1999) s. 184

3.9 Rettstridsreservasjonen

Når det gjelder spørsmålet om hvor langt handleplikten strekker seg, må det foretas en vurdering om det i den konkrete situasjonen var rimelig å kreve at den alternative handlingen ble utført.¹²⁵ Dette er et utslag av rettstridsreservasjonen.

For det første må handlingen være mulig å utføre.¹²⁶ Et eksempel er Rt. 1901 s. 203, hvor tre kamerater hadde vært på jakt. De hadde løyve for å skyte en elg på annen manns grunn, men de skutte to. A hadde først skutt en elgokse. Deretter skjøt B og C ei elgku et stykke unna. B og C ble dømt for ulovlig jakt, for de hadde hørt skudd og visste at de forfulgte to dyr. Da hadde de all grunn til å avklare om A hadde truffet et dyr før de skjøt. Det ble funnet uaktsomt å ikke avvente situasjonen. A ble derimot frifunnet for medvirkning fordi det ikke var opplyst noe om ”at Afstanden [...] var saa kort at han kunde have varskoet dem ved Tilraab eller Signal eller kunde være kommet hen til dem, før de skjød.” Her ble den alternative handlingen, å varsle de andre, ikke funnet fysisk mulig å utføre p.g.a avstanden mellom dem, og A ble følgelig frifunnet.

I Rt. 2010 s. 1630 ble lagmannsrettens fellende dom opphevet fordi det var tvil om hvorvidt lagmannsretten hadde forstått loven riktig. Tiltalte A og B gikk sammen til angrep på C etter en krangel. En av de tiltalte fikk øye på en kjøkkenkniv, hvorpå han med stor kraft stakk den dypt inn i fornærmedes lår. Ingen av de tiltalte kunne utpekes direkte som gjerningsmann, og begge ble i lagmannsretten dømt for passiv medvirkning til grov legemsbeskadigelse med kniv.

Lagmannsretten hadde blant annet uttalt: ”Det dreier seg [...] om medvirkning på et forholdsvis lavt nivå. I forhold til knivstikket og skadefølgen, er det tale om medvirkning i form av at det ikke ble forsøkt avverging eller foretatt annen klar distansering da kniven ble sett rett forut for stikket. Det dreier seg således om en kortvarig, manglende aktivitet i

¹²⁵ Husabø (1999) s. 197, Andenæs (1947) s. 460

¹²⁶ Husabø (1999) s. 197

forhold til en brå og uventet endring i hendelsesforløpet, vurdert opp mot at det var tilstrekkelig tid og mulighet til å reagere, jf også Rt-1995-355 og Rt-2009-1365.”

Høyesterett uttalte om dette: ”Det eg her har gitt uttrykk for, er i samsvar med det som er lagt til grunn i NOU 1992:23 Ny straffelov avsnitt 3.3.1. Det aktuelle avsnittet har ein reservasjon for ”dersom det er mulig”. Reint faktisk vil det ofte vere slik at handlingane skjer så fort at det ikkje under noko omstende er tid til å gripe inn, men det kan sjølvstøtt også vere anna som gjer inngriping umogeleg. Ei plikt for ein deltaker til inngriping ved utviding av den tenkte handlinga må såleis klart ha som føresetnad at det vil vere tid og høve til dette. Inn under dette må det også liggje at ein deltakar må ha tid og grunnlag for å områ seg, sjølv om dette vil måtte variere etter kva situasjonen er.” Høyesterett fant at lagmannsretten hadde misforstått loven på dette punkt, og ikke tatt høyde for at medvirkeren måtte hatt mulighet til å utføre den alternative handlingen. Lagmannsrettens dom ble som nevnt opphevet på dette grunnlag.

For det andre må det være rimelig å kreve handlingen gjennomført.¹²⁷

Vi kan igjen tenke oss eksemplet med en mor som vet at hennes barn blir mishandlet. En psykopat som mishandler barn er en ekspert på å spre frykt rundt seg, og mor kan føle frykt for sitt eget liv dersom hun går ham imot. Må mor da velge mellom eget liv og helse, og barnets? Og dersom hun tar feil valg, er det straffbart?

Dersom den alternative handlingen vil kunne medføre fare for liv og helse kan det være urimelig å kreve den gjennomført.¹²⁸

¹²⁷ Husabø (1999) s. 198

¹²⁸ Husabø (1999) s. 198

Et eksempel på nettopp dette finner vi i den tidligere nevnte U 1998.545 H fra dansk rettspraksis. Der hadde rettsformannen uttalt at ektefellens plikt til å gripe inn forutsatte at det kunne skje ”uden selv at blive udsat for særlig fare”.

Andenæs mener en slik avgrensning også er aktuelt der den alternative handlingen vil være særlig anstrengende, oppofrende, medføre store kostnader eller innebære en selvinkriminering.¹²⁹ Dette må i så tilfelle gjelde ved lovovertridelser av en mer beskjeden art. Ved alvorlige forbrytelser hvor en person har en handleplikt vil han nok ikke bli straffri fordi den alternative handlingen vil være anstrengende å utføre. Det må utføres en forholdsmessighetsvurdering.

Handleplikten i saker med en passiv forelder vil ofte innebære å melde fra til politiet om de straffbare forholdene. I saker hvor ektefellen eller en annen nærstående er gjerningsmann, vil dette kunne innebære prosessuelle problemer, blant annet komme i konflikt med forbudet mot selvinkriminering og fritaket fra inkriminering av nærstående etter straffeprosessloven § 122. Det er imidlertid ingen tvil om at hensynet til barnets sikkerhet som disse straffebudene skal beskytte må gå foran hensynet til inkrimineringsforbudet i disse tilfellene.

Det kan virke som at Høyesterett i særlige tilfeller går langt i å kreve at den alternative handlingen blir gjennomført, på tross av fare for egen person.¹³⁰ I Andrawes-saken kunne det innebære stor fare for tiltalte å utføre den alternative handlingen, nemlig å trosse en bevæpnet hovedmann for å stanse drapet på flykapteinen. Det samme er tilfellet i Rt. 1995 s. 335, hvor hovedmannen hadde kniv. Likevel ble det dømt for medvirkning i disse sakene, og det uten at Høyesterett nevnte farene rundt de alternative handlingene i sine vota.

¹²⁹ Andenæs (1947) s. 461

¹³⁰ Husabø (1999) s. 198

Husabø tolker dette som at det ikke var aktuelt å frifinne på grunnlag av fare for medvirkeren i disse sakene, på den bakgrunn at tiltalte hadde vært med på å sette andres liv og trygghet i alvorlig fare. Dette gjør at terskelen bør være høy i forhold til hvor grensen for urimelighet for den alternative handlingen bør gå. Medvirkerens eget liv og trygghet er i disse tilfellene ikke så beskyttelsesverdig at det skal stå i veien for en plikt til å hindre at den forbryterske virksomheten eskalerer og ender med drap.¹³¹

Barns liv, helse og trygghet er av de viktigste godene vi har. Et barn er et hjelpeløst vesen med et enormt behov for beskyttelse fra den som har foreldreansvaret for det, og de fleste mødre og fedre ville nok ofret seg selv for sitt barn. Etter dette bør ikke en som medvirker til barnemishandling stå i noe bedre stilling enn en som bidrar til annen vold. I forhold til straffansvar ved unnlatelse av å handle overfor en voldsutøver må nok likevel en reservasjon i forhold til fare for mors liv og helse innfortolkes også i norsk rett.

Det som skiller mitt eksempel med barnemishandlingen fra disse andre sakene er tilknytningsforholdet og graden av bebreidelse. I de andre sakene var medvirkeren og hovedmannen engasjert i felles kriminell virksomhet, og medvirkeren har vært en aktiv part i de tidlige stadiene av hendelsesforløpet. De har vært med å fremkalt den fare som oppsto. Straffverdigheten hos disse medvirkerne er nok høyere enn hos moren som hele tiden har forholdt seg passiv. Medvirkeren blir holdt ansvarlig for resultatet av en begivenhetsrekke som han har vært med å satt i gang.

I rimelighetsvurderingen har Høyesterett foretatt en forholdsmessighetsvurdering mellom de interesser handleplikten skal verne på den ene siden, og de oppofrelsene handleplikten innebærer på den andre siden. Hvilken grad av oppofrelse som kreves av tiltalte må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.¹³²

¹³¹ Husabø (1999) s. 198

¹³² Husabø (1999) s. 198

3.9.1 Medvirkningsansvar uten realistiske handlingsalternativer

Det finnes imidlertid eksempler på avgjørelser hvor det har blitt ilagt medvirkningsansvar uten at det forelå noen realistiske handlingsalternativer for den tiltalte.

Rettsavgjørelsene fra rettsoppjøret etter krigen er spesielle, med tanken på alvorligheten i handlingene som tilsa streng straff, og den store risikoen for livsfare dersom en skulle utført en alternativ handling. Her finnes flere tilfeller hvor tiltalte ble dømt til døden for passiv medvirkning til tross for mangel på realistiske handlingsalternativer.

Den tidligere nevnte NS-medlemskapsdommen er et eksempel. Her ble en rekke passive medlemmer av NS dømt for medvirkning til støtte av en fiendtlig makt. Straffansvaret ble begrunnet med at hvert enkelt medlemskap var av betydning og til hjelp for tyskernes krigsførsel. Forholdene under krigen var vanskelige, og for mange var medlemskap i NS den eneste mulighet for å overleve. De hadde mistet sitt levebrød og sine hjem, og sto i fare for at en selv eller sine nærmeste skulle motta represalier fra tyskerne. I avveiningen av hensynene synes Høyesteretts flertall å nedprioritere tiltaltes vanskelige posisjon og fravær av reelle handlingsalternativer. Det ble lagt desto større vekt på lovbruddenes ekstraordinære brutale karakter og motivasjon. Her var det nok blodtåka i tiden etter 1945 som påvirket utfallet.

I hasjseilerdom I hadde de tiltalte heller ingen realistiske handlingsalternativer. Dessuten befant de seg i et visst relasjonsforhold til hovedmennene, som ytterligere vanskeliggjorde situasjonen.

I hasjseiler I-saken var to kvinner, A og B dømt i lagmannsretten for medvirkning til hasjsmugling. Den ene kvinnen, A, fikk anken sin behandlet i høyesterett, men ble også her dømt.

B var samboer med den ene av hovedmennene, og hadde sosiale og personlige problemer, og var sterkt rusavhengig. Hennes samboer var veldig dominerende, og hun var sterkt

avhengig av ham. Hun hadde sagt klart ifra at hun ikke ville være med på smuglingen, men ble ikke hørt.

A var kjæreste med den andre hovedmannen, men her fantes det ikke noe avhengighetsforhold. Det kom frem av dommen at hun hadde ”akseptert” smuglingen ved å la seg bruke som ”mer eller mindre villig redskap” under seilturen. A sto dermed i en annen posisjon enn B, og det er av dette klart at As passivitet var mer straffverdig enn Bs. Likevel ble det satt et likt krav til begge kvinnene i forhold til den alternative handlingen.

Når det gjelder mulige handlingsalternativer i denne saken ville det vært å gå av båten i et ukjent land uten muligheter for å komme seg hjem, eller å bli med båten hjem uten å utføre de daglige gjøremål. Hadde de valgt det siste hadde de risikert å bli kastet av båten eller mottatt andre represalier fra hovedmennene. Skulle kvinnene nekte å lage mat? Da hadde de mest sannsynlig ikke fått spise mat heller. Jeg kan ikke se at det var rimelig å kreve disse handlingsalternativene utført, idet de ville medført fare eller i det minste en stor oppofrelse for begge kvinnene, men spesielt for B.

I hasjseilerdom II var situasjonen en annen. For det første besto bistanden i å fysisk kjøre båten, og dermed å fysisk frakte narkotikaen til Norge. Et handlingsalternativ i denne saken kunne bestå i å nekte å føre båten, og tatt avstand på den måten. Videre sto ikke denne mannen i noe avhengighetsforhold til hovedmennene, og selv om han var i mindretall, var han verken fysisk eller psykisk en svakere part. De fremsto som likemenn, og det er ikke noe som indikerer at det ville innebære noen fare for represalier dersom han hadde gått imot hovedmennene. Her er det ikke urimelig å kreve den alternative handlingen utført.

I de overnevnte eksemplene er det ikke foretatt en tilfredsstillende forholdsmessighetsvurdering mellom de beskyttelsesverdige goder og graden av oppofrelse. Dette er dommer som er kritisert i teorien, og til dels av høyesterett selv som i senere praksis har modifisert sitt standpunkt i forhold til disse avgjørelse.

4 Oppsummering/ konklusjon

Som tidligere poengtert ligger fremstillingens tema i kjernen av legalitetsprinsippet, og det kreves klare holdepunkter for å kunne straffe for passivitet. Vi kan oppstille følgende vilkår for etablering av passivt medvirkningsansvar:

- Medvirkeren må oppfylle straffbarhetsbetingelsene.
- Det må foreligge en handleplikt for medvirkeren, som enten springer ut av:
 - At passivitet kan ses på som en positiv tilskyndelse for hovedmannen til å begå lovbruddet, eller
 - At medvirkeren står i et særlig tilknytningsforhold til situasjonen. Denne tilknytningen kan være
 - Foreldreansvar som gir plikt til å beskytte barn mot å bli utsatt for kriminalitet,
 - Eiers ansvar for ting som andre benytter som middel i sin forbryterske virksomhet,
 - Overordnedes ansvar for underordnedes straffbare handlinger i tjenesten,
 - Ansvar for eventuelle uforutsette handlinger utført av andre når de er engasjert i felles kriminell virksomhet, eller
 - En eventuell annen særlig tilknytning som tilsier en berettiget forventning om handling.
- Det må kunne identifiseres et handlingsalternativ for medvirkeren som er mulig å gjennomføre, og som ikke etter en forholdsmessighetsvurdering er urimelig å kreve gjennomført.
- Den alternative handlingen må være egnet til å enten fysisk eller psykisk motvirke hovedgjerningen eller hovedgjerningens resultat.

5 Litteraturliste

Norske lover:

1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven), 17. Mai 1814

1842 Kriminalloven 1842 (nå opphevet)

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven), 22. Mai 1902 nr. 10

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

2005 Lov om straff (straffeloven) 20. Mai 2005 nr. 28

Internasjonale konvensjoner:

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

Forarbeider:

NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming

Straffelovkommissjonens delutredning I

NOU 1992:23

NOU 2002:4 Ny straffelov

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

S.K.M 1896 Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriket Norge, Utarbeidet af den ved Kgl. Resolution af 14de November nedsatte Kommission, Kristiania 1896.

Svenske forarbeider:

SOU 1986:13

SOU 1986:14

Rundskriv:

Ra 10-436, Rundskriv fra Riksadvokaten, Etterforskningsplikt – barn og unge under 18 år.

Rundskriv nr. 2/2011, Oslo 22. Juni 2011

Domsregister:**Høyesterettsdommer:**

Rt. 1881 s. 850

Rt. 1901 s. 203

Rt. 1907 s. 333

Rt. 1926 s. 581

Rt. 1936 s. 612

Rt. 1937 s. 541

Rt. 1945 s. 13, NS-medlemskapsdommen

Rt. 1945 s. 82

Rt. 1945 s. 109

Rt. 1946 s. 250

Rt. 1946 s. 496

Rt. 1947 s. 69

Rt. 1947 s. 86

Rt. 1949 s. 1003

Rt. 1954 s. 828

Rt. 1957 s. 476

Rt. 1973 s. 433, Passbåtdommen

Rt. 1974 s. 382, Lillehammersaken

Rt. 1977 s. 6

Rt. 1979 s. 1492, Liste-kjennelsen
Rt. 1980 s. 305
Rt. 1980 s. 961
Rt. 1982 s. 1315, Hasjseilerdom I
Rt. 1986 s. 223
Rt. 1989 s. 1004, Hasjseilerdom II
Rt. 1992 s. 785
Rt. 1992 s. 810
Rt. 1995 s. 355
Rt. 1995 s. 1057 Andrawes-saken
Rt. 1995 s. 1228 Andrawes-saken
Rt. 1998 s. 459
Rt. 1999 s. 996
Rt. 2001 s. 1671, Solidariseringsdommen
Rt. 2005 s. 934
Rt. 2009 s. 187
Rt. 2009 s. 1048
Rt. 2009 s. 1365
Rt. 2009 s. 1498
Rt. 2010 s. 1630

Lagmannsrettsdommer:

Borgarting lagmannsretts dom av 03.09.2010 (Saksnr.: LB-2010-30302)
Frostating lagmannsretts dom av 20.03.2012 (Saksnr.: 11-182514AST-FROS)

Tingrettsdommer:

Oslo tingretts dom av 13.01.2010 (Saksnr.: TOSLO-2009-148479)
Nord-Østerdal tingretts dom av 18.02.2011 (saksnr.: TOST-2010-153052)
Eidsivating lagmannsretts dom av 06.06.2011 (saksnr.: LE-2011-35643)

Dansk rettspraksis:

U 1938.694 Ø

U 1998.545 H

Litteratur:

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

Andenæs, Johs., Alminnelig strafferett, 4. Utgave, Oslo 1997

Andenæs, Johs., Det vanskelige oppgjøret, Oslo 1998.

Andenæs, Johs., Av medvirkningslæren i norsk rett, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1940 s. 237-280.

Andenæs, Johs., Straffbar unnløtelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken. Oslo 1947.

Bratholm, Anders, Strafferett og samfunn, Oslo 1980

Bratholm, Anders og Magnus Matningsdal (red.), Straffeloven med kommentarer, Første del, Almindelige bestemmelser. Oslo 1991.

Bratholm, Anders og Magnus Matningsdal (red.) Straffeloven med kommentarer, Første del, Almindelige bestemmelser, 2.utg. Oslo 2003.

Eskeland, Ståle, Strafferett. 2. Utgave, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2006

Getz, Bernhard, Juridiske Afhandlinger, udgivne af Francis Hagerup, Kristiania 1903.

Hagerup, Francis, Strafferettens almindelige del. Kristiania 1911.

Husabø, Erling Johannes, Straffansvarets periferi. Første utgave. Universitetsforlaget, Bergen 1999.

Nygaard, Nils, Skade og ansvar. 4.utgave, Bergen 1992.

Skeie, Jon, Afhandlinger om forskjellige retssprgsmaal, Kristiania, 1913.

Slettan, Svein og Toril Marie Øye, Forbrytelse og Straff. Bind I: Innføring i strafferett. Oslo 2001.

Personlig meddelelse:

Egelie, Kjetil, Telefonsamtale 16.04.2012

Tiltalebeslutning utferdiget av Statsadvokatene i Vestfold og Telemark, tilsendt pr. Epost 13.04.2012.

6 Lister over tabeller og figurer mv

Figur 1: Krav til årsakssammenheng

