

UiO • **Det juridiske fakultet**

Passiv medvirkning

Kandidatnummer: 734

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17 270



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstillingen	1
1.2	En introduksjon, den videre fremstillingen og avgrensninger	1
2	MEDVIRKNING	3
2.1	Legislative og reelle hensyn.....	3
2.2	Lovgivning	6
2.2.1	Hjemmelskravet.....	6
2.2.2	Straffelovgivningen	6
2.3	Fysisk og psykisk medvirkning	10
2.4	Straffbarhetsvilkårene – hver enkelt deltakers straffbarhet	12
2.5	Medvirkningslærens begrensninger	16
2.5.1	Tidsmessig avgrensning	16
2.5.2	Årsakssammenheng.....	17
2.5.3	Rettsstridsreservasjonen	21
3	PASSIV MEDVIRKNING	22
3.1	Innledende bemerkninger.....	22
3.2	En egen kategori?.....	22
3.3	Vilkårene for passiv medvirkning.....	26
3.3.1	Kravet til årsakssammenheng ved passiv medvirkning.....	26
3.3.2	Tilknytningskravet.....	33
3.3.3	Andre faktorer som kan spille inn	52
3.4	Avsluttende bemerkninger	59
	LITTERATURLISTE.....	61

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Denne oppgaven er strafferettslig og angår nærmere bestemt medvirkningslæren. Oppgaven vil redegjøre for hvordan passivitet kan lede til et straffbart medvirkningsansvar. Hvordan blir denne formen for medvirkning kategorisert i juridisk teori? Og hvordan har den passive medvirkningslæren utviklet seg i norsk rettspraksis?

1.2 En introduksjon, den videre fremstillingen og avgrensninger

Den klare hovedregelen i norsk strafferett er at det er straffbart å medvirke til en annen persons lovbrudd. Tradisjonelt deler man medvirkningslæren inn i to former; medvirkning av henholdsvis fysisk og psykisk art. Når vi beveger oss bort fra disse tradisjonelle formene og over i passivitet dreier det seg om hvorvidt en person kan bli pålagt en handleplikt, basert på kontekst og tilknytning.

I denne oppgaven vil jeg redegjøre for ansvarsnormen for passiv medvirkning. Vil denne i større grad enn ved fastsettelsen av det tradisjonelle fysiske eller psykiske medvirkningsansvaret måtte baseres på skjønsmessige kriterier? Hvilke vilkår og hensyn er utslagsgivende for at det, om enn noe omdiskutert, i juridisk teori anses som nødvendig å oppstille passiv medvirkning som en egen medvirkningskategori?. Hvilke vilkår oppstilles i rettspraksis, og er disse i samsvar med læren om passiv medvirkning som en egen kategori?

I oppgavens kapittel II vil jeg redegjøre for de tradisjonelle medvirkningsformene, fysisk og psykisk medvirkning. Særlig er en redegjørelse om psykisk medvirkning viktig for i det videre å kunne gå inn på hva som ligger i å medvirke passivt. Jeg finner det videre hensiktsmessig å gjennomgå vilkårene for straffansvar for medvirkning, uavhengig av medvirkningens art. Medvirkningslærens begrensninger vil også bli behandlet. Deretter vil jeg i kapittel III redegjøre for passivitet som grunnlag for et straffbart medvirkningsansvar. Jeg vil nøye behandle tilknytningsskravet som gjør seg gjeldende når det er snakk om passiv medvirkning.

Enkelte straffebestemmelers ordlyd retter seg direkte mot unnlater av å handle. Ulike former for passivitet er hovedgjerningen i disse bestemmelsene, og det er da ikke snakk om passivitet som et medvirkningsgrunnlag. Jeg vil i denne oppgaven avgrense mot en redegjørelse av unnlatesdeliktene.

2 Medvirkning

2.1 Legislative og reelle hensyn.

At medvirkning til andres straffbare handlinger bør være straffbart, vil for de fleste oppfattes som selvfølgelig. En kan si at det er handlingens ”kvalifiserte karakter” som gjør at den må føre til straffansvar, selv om handlingen ikke samsvarer med gjerningsinnholdet i det bestemte straffebudet.¹ I en voldtektssak synes det eksempelvis utenkelig at en person som har sørget for at offeret ikke kunne slippe unna hovedmannen, går straffri. Allment oppfattes straff som en del av vernet mot krenkelser. De mange formene medvirkning kan oppstå i gjør at det er hensiktsmessig av loven oppstiller medvirkningstillegg. Slik slipper lovgiveren å utforme et svært omfattende lovverk for å favne medvirkning av alle de ulike artene.²

Straffbare handlinger der det er flere gjerningspersoner involvert kan ofte utvikle seg til å bli av en svært farlig karakter.³ Særlig gjør dette seg gjeldende ved gjengkriminalitet der lederne trekker i trådene og medvirker til sine ”løpegutters” kriminelle handlinger. At samfunnsfaren og faren generelt kan være større der flere er involvert i lovbruddet, støttes også av straffelovens §60 a. Bestemmelsen åpner for økt straff når kriminelle handlinger er en del av organisert kriminalitet, og videreføres i den nye straffeloven.⁴

En overordnet grunn til at man anser det nyttig med straff, er ønsket om å påvirke adferd. Under denne hensikten ligger både individualprevensjon og allmennprevensjon, siktet mot henholdsvis den som blir straffet og samfunnet generelt. I forarbeidene til ny straffelov blir dette definert som at det er ”straffelovgivningens formål å motvirke de handlinger som er kriminalisert”.⁵

¹ Matningsdal 2008 s. 359

² Matningsdal 2008 s. 359

³ Andenæs 2004 s. 324

⁴ Matningsdal 2008 s. 359

⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-78

At prevensjonshensynet kan være et viktig vurderingstema i avveiningen av hvorvidt medvirkning skal straffes, illustreres godt av ”hasjseiler-dommene”; Rt. 1982 s. 1315 og Rt. 1989 s. 1004. I begge sakene dømte flertallet i Høyesterett de tiltalte for medvirkning til innførsel av hasj til Norge via seilbåt. De tiltalte hadde ikke på forhånd vært klar over at selve formålet med turen var innførselen. De hadde heller ikke deltatt i planleggingen av smuglingen. Deres vanlige praktiske oppgaver om bord var nok til å statuere et medvirkningsansvar. Det avgjørende var at de visste, eller burde ha visst, at andre hadde brakt om bord hasj i seilbåtene med hensikt om å smugle dette inn i Norge. At de senere utøvde sine roller på båten i form av praktiske oppgaver styrket hovedmennes forsett.

Eskeland hevder det var prevensjonshensynet som gjorde at medvirkningsansvaret ble trukket svært langt i ”hasjseiler-dommene”.⁶ Det må nevnes at medvirkningslæren lagt til grunn i Hasjseilasdommene riktignok har blitt kritisert. I Rt. 2001 s. 1671, i et obiter dictum, ga Høyesterett uttrykk for av en annen oppfatning. Saken dreide seg om en bilfører som underveis i en kjøretur oppdaget at hans passasjer oppbevarte narkotika. Retten fant det tvilsomt om bilkjøringen *alene* kunne føre til et medvirkningsansvar, selv om en slik medvirkningslære ville vært i tråd med ”hasjseiler-dommene”. Førstvoterende viste til at disse avgjørelsene allerede var blitt kritisert i juridisk teori.⁷

Sentralt i domstolenes vurdering av hvorvidt straffbart medvirkningsansvar inntre, står spørsmålet om straffverdighet. Sammenholdt med hensynet til prevensjon blir dette svært ofte avgjørende.⁸

Rt. 1945 s. 13, og kritikken av denne avgjørelsen, viser at det kan herske uenighet om hvor grensen for medvirkningsansvar må trekkes hva gjelder hensynet til straffverdighet. Høyesteretts flertall konkluderte i 1945 med at Nasjonal Samlings passive medlemmer hadde ytet ”bi-stand til fienden i råd eller dåd” i løpet av krigen.⁹ Andenæs har kritisert avgjørelsen i ”NS-medlemskapsdommen”. Han sa seg i utgangspunktet enig i at NS-medlemmene rent logisk

⁶ Eskeland 2006 s. 211

⁷ Rt. 2001 s. 1671, side 1672.

⁸ Eskeland 2006 s. 210

⁹ Rt. 1945 s. 13

indirekte støttet fienden, men poengterer at man må skille mellom logikk og jus. Vurderings-temaet straffverdigheten må derfor trekkes inn: ”En kan reise spørsmålet: Er ikke denne indirekte bistand *for* ubetydelig til at det er rimelig å henføre den under en så streng straffebe-
stemmelse?”.¹⁰

¹⁰ Andenæs 1998 s. 128-129.

2.2 Lovgivning

2.2.1 Hjemmelskravet

Det kreves hjemmel i lov for å ilegge strafferettslige reaksjoner. Dette er nedfelt i Grunnlovens §96 og i den nye straffeloven av 2005 gir §14 uttrykk for dette lovprinsippet.¹¹ Videre er Norge bundet av reglene i den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen, som krever hjemmel i lov etter artikkel 7. Og av hjemmelskravet i Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheters artikkel 15

2.2.2 Straffelovgivningen

Norsk lov står per dags dato i en særstilling sammenlignet med de fleste andre lands straffelovgivning, hva gjelder valget av lovgivningsteknikk når det kommer til medvirkning.¹² Kriminalloven av 1842 inneholdt en bestemmelse som generelt statuerte et medvirkningsansvar. Ved utarbeidelsen av Almindelig borgerlig Straffelov av 1902 gikk man bort fra denne ordningen i Norge. Formannen for Straffelovkommisjonen av 1885 var Bernhard Getz. I 1876 hadde han kommet med sterk kritikk av Kriminallovens lovtekniske ordning av medvirkningsansvaret.¹³ Tilsynelatende svært påvirket av hans syn utelot man en slik generell bestemmelse i den nye loven.¹⁴

Et av hovedpunktene i Getz' kritikk av Kriminalloven var et ønske om å hviske ut forskjellen mellom hovedgjerningsmannen og medvirkeren. Getz ville likestille disse to. Han fokuserte på at loven måtte utformes i tråd med at medvirkeren hadde deltatt i *selve* forbrytelsen, ikke i en *annen persons* forbrytelse.¹⁵

¹¹ Straffeloven av 2005 er vedtatt, men bortsett fra bestemmelser om krigsforbrytelser, folke mord og forbrytelser mot menneskeheten (lovens kapittel 16), er den ikke ennå trådt i kraft.

¹² Andenæs 2004 s. 325

¹³ Getz, 1876

¹⁴ Husabø 1999 s. 14-21, Mæland 2012 s. 111

¹⁵ Getz, 1876

Den eneste bestemmelsen i dagens straffelov som generelt omhandler medvirkning, er straffeutmålingsbestemmelsen i §58. Bestemmelsen regulerer ikke *når* medvirkning er straffbart, men omhandler straffutmåling når straffbarheten allerede er fastslått. Denne er å finne i straffelovens alminnelige del. Dette er den delen av loven der Straffekommisjonen av 1885 sitt syn på medvirkningsansvaret best kommer frem, ved fraværet av en generell medvirkningshjemmel. Et syn som altså ikke ville skille mellom medvirker og hovedgjerningsmann. Bruken av uttrykket ”medvirken” i §58 vil egentlig omfatte alle typer av delaktighet i gjerningen, da muligheten til nedsatt straff også skal gjelde for hovedgjerningsmannen.¹⁶

Heller enn å inneholde en eller flere generelle bestemmelser om straffansvar for medvirkning, ser vi at straffebudene i straffeloven kan deles inn i to hovedgrupper. ”De hvor medvirkning uttrykkelig er nevnt, og de hvor dette ikke er tilfelle”.¹⁷ Husabø har poengtert at det i lys av Straffekommisjonens syn er overraskende at det finnes slike medvirkningstillegg. Loven sonderer jo da mellom de ulike deltakerne. Men kommisjonen må ha sett seg nødt til å gjøre dette, for ikke å gjøre det tvilsomt hvem straffebudene var rettet mot.¹⁸

Ikrafttreddelsen av straffeloven av 2005, som erstatning for straffeloven av 1902, vil medføre en endring i den lovtekniske reguleringen av medvirkningslæren i norsk straffelovgivning. Den nye lovens §15 er en generell bestemmelse om at medvirkning straffes. Jfr. lovens §1 vil bestemmelsen også gjelde innen spesiallovgivningen. Den strafferettslige reguleringen på området endres altså slik at man ikke lenger må lete etter medvirkningshjemmel i det enkelte straffebud. Medvirkning vil kun være uttrykkelig nevnt i §15, og i de straffebud som inneholder særlige unntak fra den generelle regelen. Rettstilstanden for øvrig på medvirkningslærens felt vil ikke bli endret.

¹⁶ Husabø 1999 s. 20

¹⁷ Andenæs 2004 s. 325

¹⁸ Husabø 1999 s. 20-21

2.2.2.1 Straffebud som uttrykkelig nevner medvirkning

Vi finner medvirkningstillegg i de aller fleste straffebudene i Straffeloven av 1902 som krever forsett. Motsatt er hovedregelen at der uaktsomme overtredelser fører til straff finner vi ikke slike egne tillegg. Spesiallovgivningen har som hovedregel at medvirkning er straffbart.¹⁹ I visse straffebud er kun særlige former for medvirkning nevnt. Det gjelder for eksempel ”Forledelse eller Tilskyndelse” i Straffelovens §242.

2.2.2.2 Straffebud som ikke nevner medvirkning

Der straffebudet ikke nevner medvirkning, må bestemmelsen tolkes for å se om den også rammer medvirkere, og i så fall i hvilken grad.²⁰ I straffeloven av 1902 nevnes medvirkning uttrykkelig i svært få straffebud. Andenæs har påpekt at en fellesnevner for mange av disse kan synes å være at bestemmelsene har svært snevre beskrivelser.²¹

Den snevre beskrivelsen kan peke til selve handlingen, eksempelvis ”under Slagsmaal griber til Kniv” etter §385, der straffebudets ordlyd gjør at det ikke rammer en medvirker.²² En snever beskrivelse kan også gå ut på straffebudet ikke retter seg mot personer generelt. Dette gjelder særlig når straffebudet knytter seg til en persons stilling eller et særlig pliktforhold. Fraværet av et uttrykkelig tillegg om medvirkning gjør det klart at ”en utenforstående her ikke rammes av straffebudet selv om han f.eks. har tatt initiativet til forbrytelsen”.²³ Et eksempel på et slikt tilfelle er lovens §324 om tjenestemenns forsømmelse av sin tjenesteplikt.

¹⁹ Matningsdal 2008 s. 360

²⁰ Andenæs 2004 s. 331

²¹ Andenæs 2004 s. 332

²² Andenæs 2004 s. 332

²³ Andenæs 2004 s. 332

Ved tolkningen av straffebud som ikke nevner medvirkning, men som inneholder mer generelle beskrivelser, må det særlig vektlegges hvor vid gjerningsbeskrivelsen i den aktuelle bestemmelsen er. Det sentrale i vurderingen vil bli hvorvidt straffebudets ordlyd dekker den aktuelle handlingen, som etter en vanlig språklig forståelse er å anse som medvirkning.²⁴

Dette slås fast i Høyesteretts sentrale avgjørelse i Rt. 1936 s. 612, der tiltalte ble dømt for medvirkning til uaktsom legemsbeskadigelse etter straffeloven §237. Dette straffebudet nevner ikke uttrykkelig medvirkning. I dommens konklusjon heter det: ”Hvis derfor lovbudets egen beskrivelse av gjerningsinnholdet er så generelt formet, at loven etter en naturlig tolkning omfatter handlingen også når denne språklig ville betegnes som medvirkning, så blir vedkommende å straffe etter bestemmelsen, selv om medvirkning ikke er nevnt i lovbudet, med mindre der måtte foreligge særlige grunner til å tillegge straffebudet en snevrere ramme.”²⁵ Tiltalte ble dermed ikke hørt på at han måtte frifinnes fordi medvirkning ikke var nevnt i straffebudet, og han kun hadde medvirket ved å la en annen, uskikket person kjøre sin bil. En rekke senere avgjørelser i Høyesterett har resultater som er bygget på et tilsvarende tolkningsprinsipp.²⁶

²⁴ Matningsdal 2008 s. 375

²⁵ Rt. 1936 s. 612

²⁶ Rt. 1945 s. 109, Rt. 1970 s. 914.

2.3 Fysisk og psykisk medvirkning

Fysisk medvirkning til en gjerningspersons kriminelle handling kan finne sted både ved forberedelsene til handlingen og ved selve utførelsen. Den typiske varianten av fysisk medvirkning er der medhjelperen skaffer gjerningsmannen et middel til bruk i handlingen. Videre kan fysisk medvirkning være knyttet til stedet der utførelsen av den kriminelle handlingen finner sted, ved for eksempel å bryte opp et banklokale for en raner. Fysisk medvirkning kan også knytte seg til subjektet eller objektet for handlingen, ved at en medvirker enten setter hovedmannen ”betre i stand til å utføra brotsverket” ved å eksempelvis transportere ham til åstedet, eller ved å fysisk stille offeret eller gjenstanden den kriminelle handlingen går utover, disponibelt for hovedpersonen.²⁷

På lik måte som ved fysisk medvirkning kan en persons væremåte eller uttalelser medvirke til en gjerningspersons handling både i forkant og under utøvelsen av en forbrytelse. Utgangspunktet ved vurderingen av om en person har medvirket psykisk til en annens persons lovbrudd, er hvorvidt han har påvirket gjerningsmannens motivasjon til å utøve handlingen.²⁸ Påvirkningen kan ha skjedd i form av en tilskyndelse eller gode råd, slik at gjerningspersonens forsett er blitt styrket, eller planleggingen eller utførelsen av handlingen har blitt påvirket av disse rådene.²⁹

Påvirkningen av gjerningspersonens forsett må som hovedregel ha skjedd gjennom en positiv tilskyndelse. Det er godt forankret i rettspraksis at det i de aller fleste situasjoner ikke er tilstrekkelig for å statuere medvirkningsansvar at man ikke tar avstand fra en handling man bevitner begås, en såkalt passiv billigelse.³⁰ Den grunnleggende avgjørelsen som skiller mellom passiv billigelse og positiv tilskyndelse finner vi i Rt. 1907 s. 333. Kjæremålsutvalget opphevet her meddomsrettens domfellelse av en ung gutt tiltalt for psykisk medvirkning til fredsforstyrrelse etter straffelovens §350. Utvalget uttalte at ”alene ved at have «billiget» den Medtaltets Optræden kan ikke Tiltalte No. 1 siges at være overført strafbar Medvirkning. Dertil

²⁷ Husabø 1999 s. 83-89.

²⁸ Matningsdal 2008 s. 362

²⁹ Andenæs 2004 s. 327

³⁰ Rt. 1907 s. 333

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.”³¹ Avgjørelsen samsvarte godt med riksadvokatens uttalelser ved oversendelsen av sakens anke. Om psykisk medvirkning uttalte han at; ”medvirkning af nævnte Art er først forhaanden, naar man ved Ord eller Handling bidrager til, at den strafbare Handling tilbiver, og er sig dette bevidst.”³²

Rt. 1987 s. 699 er også illustrerende, her opphevet Høyesterett domfellelsen av en ungdom funnet skyldig i psykisk medvirkning til tyveri. Retten fant det ikke tilstrekkelig at lagmannsretten hadde basert sin avgjørelse på at ”(...) tiltalte ikke tok avstand fra tyveriet og at han dermed bidro til å styrke de to andre i deres forsett”.³³

Det kan tenkes unntakstilfeller fra hovedregelen om positiv tilskyndelse, disse vil bli behandlet i oppgavens kapittel 3.

³¹ Rt. 1907 s. 333 side 334-335

³² Rt. 1907 s. 333 side 334

³³ Rt. 1987 s. 699

2.4 Straffbarhetsvilkårene – hver enkelt deltakers straffbarhet

Den grunnleggende hovedregelen i norsk strafferett er at hver enkelt deltakers straffbarhet må vurderes isolert. Dette gjelder naturligvis både med tanke på oppfyllelse av de generelle vilkårene for straff og skyldkravet den aktuelle bestemmelsens. Førstnevnte reiser ingen særlige problemstillinger tilknyttet medvirkningslæren. Når det gjelder spørsmålet om skyldkrav vil det i noen tilfeller oppstå en særskilt sammenheng mellom hovedpersonens hensikt og medvirkerens ansvar.³⁴

Regelen om at man i strafferetten ikke kan heftes for andres feil kommer til uttrykk blant annet i Rt. 1948 s. 894. Et jaktlag hadde felt to elger, men hadde kun kvote til å felle én. Tiltalte hadde blitt ilagt et forelegg for å ha skutt den ene av disse. Påtalemyndigheten anket Herredsrettens frifinnelse av ham, da de mente man strafferettslig måtte se hele jaktlaget som én enhet. Dette fikk de ikke støtte for i Høyesterett. Førstvoterende uttalte følgende: ”Etter min mening fremgår det med tilstrekkelig tydelighet av domsgrunnene at herredsretten har bygget på den oppfatning at skyldspørsmålet for A’s vedkommende må avgjøres *på grunnlag av hans eget forhold*, og retten har funnet bevist at det ikke er noe å legge ham til last, hverken med hensyn til den elg som ble felt av ham eller med hensyn til den som ble felt av B.”^{35, 36}

Hver deltaker skal altså bedømmes individuelt etter straffbarhetsvilkårene. Vedkommendes handling må objektivt sett omfattes av et straffebuds gjerningsbeskrivelse. Når det er snakk om medvirkning vil gjerningsbeskrivelsen altså enten fremkomme av at straffebudet nevner medvirkning, eller vet at man tolker straffebudet for å fastslå hvorvidt dets ordlyd omfatter denne medvirkningshandlingen.³⁷ Videre må det ikke foreligge straffritaksgrunner grunnet omstendighetene, eksempelvis nødverge. Subjektiv skyld må foreligge hos medvirkeren og vedkommende må være tilregnelig. Fritaksgrunner som gjelder for hovedmannen kommer

³⁴ Husabø 1999 s. 238 og s. 245-249

³⁵ Rt. 1948 s. 894

³⁶ Min kursivering

³⁷ Se oppgavens pkt 2.2.2.2

ikke medvirkeren til gode. At en hovedmann blir kjent strafferettslig utilregnelig eller er under den kriminelle lavalderen vil naturligvis ikke påvirke medvirkerens straffbarhet.³⁸

Det subjektive skyldkravet bedømmes også individuelt for hver deltaker.³⁹ Andenæs hevder at der medvirkeren bistår ved et ran, blir vedkommende ikke skyldig i medvirkning til drap dersom hovedmannen slår i hjel en bankansatt. Og dersom medvirkeren bistår ved et tyveri, blir ikke vedkommende skyldig i medvirkning til grovt ran dersom hovedmannen var bevæpnet uten av medvirkeren visste om dette.⁴⁰ Som det vil bli redegjort for i oppgavens kapittel 3 vil dette kunne stille seg annerledes når vi ikke er snakk om verken fysisk eller psykisk medvirkning. Om en teori om et passivt medvirkningsansvar blir lagt til grunn, kan en medvirker få en særskilt grunn til å gripe inn dersom en kriminell handling han er med på å gjennomføre eskalerer.

De aller fleste straffebedene krever den samme graden av skyld hos alle deltakerne. Jeg vil her ikke gå nærmere inn på alle de ulike skyldgradene i strafferetten, men vil redegjøre for noen av de tilfellene der medvirkerens ansvar blir påvirket av hovedmannens hensikt.

Der et straffebed krevet forsett er hovedregelen at dette forsettet må dekke straffebedets fullstendige objektive gjerningsinnhold. Altså blant annet både følgene, faren og selve handlingen som gjør at den kriminelle handlingen er fullført.⁴¹ Dette kan settes på spissen ved å vise til forsøkshandlinger, der det kan vise seg at det kun er hovedmannen som har et fullføringsforsett. Om en politispaner prøver å lokke en overvåket mistenkt til å begå en kriminell handling, men har som hensikt at politiet skal gripe inn før gjerningen blir fullført, mener Husabø at dette ikke kan anses som straffbart etter norsk lov. Politispaneren mangler et fullføringsforsett som medvirker. Det samme gjelder i de tilfeller der medvirkeren mangler et slikt fullføringsforsett fordi han oppfatter at han medvirker til et utjenelig forsøk.⁴²

³⁸ Matningsdal 2008 s. 378, Andenæs 2004 s. 339

³⁹ Husabø 1999 s. 238

⁴⁰ Andenæs 2004 s. 339

⁴¹ Husabø 1999 s. 239

⁴² Husabø 1999 s. 239

I tysk juridisk teori har medvirkerens forsett blitt ansett som et toleddet forsett, og derfor ofte omtalt som ”dobbelsett”. Teorien om et ”dobbelsett” springer ut av tanken om at dekningskravet til henholdsvis hovedmannens og medvirkerens forsett stiller seg ulikt. En grunn til at man kan tenke seg at medvirkerens forsett har en annen type innhold er fordi hans forsett går ut på at ”ein annan kjem til å fullføre brotsverket”, imens hovedmannen går utifra at hans egen handling vil fullføre forbrytelsen.⁴³ For å kunne konstantere et fullføringsforsett for medvirkerens del, må han ha sett for seg en sammenheng mellom sin egen handling og hovedmannens *fullføring* av den kriminelle handlingen. Dette kreves for å kunne si at han hadde et fullføringsforsett for sin del av forbrytelsen. Medvirkeren må altså ha handlet forsettelig med tanke på hvorvidt hans handling eller oppførsel ville stå i et *medvirkende årsaksforhold* til hovedhandlingen.⁴⁴

Spørsmålet man ifølge Husabø står igjen med i sontringen mellom dekningskravet til hovedmannen og medvirkerens forsett blir da om medvirkerens forsett må ha dekket hvilken måte hans handling ender med å stå i medvirkende årsakssammenheng med den kriminelle handlingen på. Dette kommer ifølge ham sjeldent på spissen, men det er nærliggende å konkludere med at det ikke kan stilles noen faste kriterier som adskiller dekningskravet til forsettet for medvirker eller hovedmann. Dermed stiller kravet seg tilnærmet likt som for hovedmannen. Det må være nok å kreve et forsett når det gjelder ønsket om å medvirke til fullføringen av en kriminell handling. Det vil ikke være avgjørende hvilken måte man endte med å gjøre dette på, med forbehold om at ikke hendelsesforløpet utviklet seg i en fullstendig upåregnelig retning.⁴⁵

Husabø mener likevel at en tankemåte basert på et ”dobbelsett” kan være praktisk. Ikke nødvendigvis for å skissere forskjeller mellom hovedmannen og medvirkerens forsett, men som et hjelpemiddel når det skal føres bevis for forsettelig medvirkning. På en pedagogisk måte belyser denne tilnærmingen to sider av medvirkerens forsett. Både forsett med tanke på hvorvidt den kriminelle handlingen kom til å bli fullført av hovedpersonen, og forsett i til-

⁴³ Husabø 1999 s. 239-241.

⁴⁴ Husabø 1999 s. 240

⁴⁵ Husabø 1999. s 240-241, samt fotnote 880 side 240.

knytning til tanker om hvorvidt egen innsats vil være medvirkende til en straffbar handling, altså forsett knyttet til medvirkende årsakssammenheng.⁴⁶

Enkelte straffebud i norsk lov krever en bestemt type hensikt. Straffelovens §257 om tyveri krever en slik bestemt hensikt jfr. ordlyden: ”Den som borttar eller medvirker til å bortta (...) i hensikt å (...)”. Også straffelovens regler om ran (§267) og utpressing (§266) er utformet på dette viset. Etter disse straffebudene skal kravet om hensikt vurderes isolert for hver deltaker, i tråd med hovedregelen.

Noen straffebud forutsetter at hovedmannen oppfyller kravet om hensikt for at en medvirker kan straffes etter den aktuelle bestemmelsen.⁴⁷ Enkelte av disse bestemmelsene er formulert slik at medvirkeren ikke trenger å oppfylle hensiktskravet, det er både ”nødvendig og tilstrekkeleg at hovudmannen oppfyller hensiktskravet”.⁴⁸ I disse tilfellene er medvirkeren nødt til å ha hatt forsett om hovedmannens hensikt. Dette leder Husabø inn på en vurdering av i hvilken grad bestemmelsene som forutsetter hensikt hos hovedmannen avviker fra prinsippet om medvirkerens selvstendige skyld.⁴⁹ Han peker på at kravet om at medvirkeren har forsett om hovedmannens hensikt gjør at medvirkeren likevel blir straffet basert på sin egen grad av skyld. Således bryter det ikke med prinsippet. Det at hovedmannens hensikt er nødvendig når slike straffebud kommer til anvendelse, mener han derimot går på akkord med prinsippet. Fordi det vil føre til at medvirkeren ikke kan straffes selv om han for eksempel har hatt vinnings hensikt etter §275, dersom ikke hovedmannen har hatt den hensikt som følger av bestemmelsen. Slik fører hovedmannens fravær av skyld til at medvirkeren ”vert (...) straffa for noko mindre enn hans eiga skuld tilseier”.⁵⁰

⁴⁶ Husabø 1999 s. 241

⁴⁷ Eksempelvis straffelovens §§ 134 og 275.

⁴⁸ Husabø 1999 s. 247

⁴⁹ Husabø 1999 s. 248

⁵⁰ Husabø 1999 s. 248-249.

2.5 Medvirkningslærens begrensninger

2.5.1 Tidsmessig avgrensning

En bistandshandling til en forbrytelse kan finne sted ved forberedelsen av forbrytelsen, under selve utførelsen av forbrytelsen eller etter utførelsen av forbrytelsen.⁵¹ Etterfølgende bistand omfattes ikke av medvirkningsbegrepet, men kan rammes som selvstendige forbrytelser, for eksempel etter straffelovens §317 om hvitvasking og heleri.⁵²

Matningsdal har understreket viktigheten av å skille mellom grensen man drar mellom medvirkning og etterfølgende bistand, og grensedragningen mellom forsøk og fullbyrdet overtredelse av et straffebud. Gjerningsinnholdet i et straffebud kan være oppfylt på et tidlig stadium i hendelsesforløpet, slik at den fullbyrdede overtredelsen ved for eksempel tyveri kan foreligge straks tyven har tyverigjenstanden i sin rådighet.⁵³ I Rt. 1950 s. 342 ble to personer frikjent for medvirkning til tyveri av oljefat. Det utslagsgivende var at tyveriet av oljefatene var fullbyrdet da disse ble fraktet videre av de to tiltalte. Høyesterett endret domfellelsen fra medvirkning til tyveri til etterfølgende bistand.⁵⁴

Etterfølgende bistand kan likevel bli å anse som medvirkning, dersom denne er avtalt på forhånd. Rt. 2007 s. 1056 er den endelige avgjørelsen i den såkalte "Nokas-saken". Her ble en av de tiltalte dømt for etterfølgende medvirkning til grovt ran, ved at han et lite stykke unna Nokas-sentralen ventet med biler han og de medtiltalte flyktet i.⁵⁵

Der en kriminell handling er fullbyrdet før medvirkeren kommer til eller bidrar, kan det likevel idømmes et medvirkningsansvar dersom forbrytelsen strekker seg over tid. Medvirkningen vil da knytte seg til "den fortsatte virksomhet".⁵⁶ Et eksempel på en slik situasjon er voldshandlinger der offeret allerede er skadet av hovedgjerningsmannen, men hvor medvirkeren i

⁵¹ Matningsdal 2008 s. 361, Andenæs 2004 s. 323-324

⁵² Matningsdal 2008 s. 361, Andenæs 2004 s. 323

⁵³ Matningsdal 2008 s. 361

⁵⁴ Rt. 1950 s. 342

⁵⁵ Rt. 2007 s. 1056

⁵⁶ Andenæs 2004 s. 324

det videre holder fast offeret, oppfordrer til videre voldsbruk eller ikke griper inn i den videre mishandlingen.

2.5.2 Årsakssammenheng

Kravet om årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlag og inntruffet skade har i norsk erstatningsrett vurderingstemaet hvorvidt ansvarsgrunnlaget var en nødvendig betingelse eller årsak til skaden som oppsto. Denne betingelseslæren er tydelig foranket i både teori og rettspraksis.⁵⁷ Det gjelder et årsakskrav også ved medvirkning i strafferettslig forstand, men hvor strengt dette kravet skal være kan være vanskelig å angi presist.⁵⁸ Hovedspørsmålet som må stilles er hvorvidt det kan kreves at medvirkningen var en nødvendig betingelse for hovedmannens gjennomføring av en straffbar handling?

At en form for årsakssammenheng kreves for å fastslå straffansvar ved medvirkning bekreftes i forarbeidene til den nye straffeloven, og er også nøye behandlet i rettspraksis.⁵⁹ Rt. 1989 s. 1004 illustrerer tydelig at årsakskravet ved medvirkning langt på vei har blitt ansett å være mindre strengt enn det vi finner i erstatningsretten. Domfelte i denne saken hadde som tidligere nevnt vært med på å føre en båt som smuglet narkotika til Norge. Om årsakskravet uttaler Høyesterett at: ”Det er ikke noe vilkår at en medvirkning fra domfelles side var nødvendig for narkotikasmuglingen (...)”.⁶⁰ Retten må kunne sies å ha trukket medvirkningsbegrepet ganske vidt i denne saken, hvilket jo viste seg ved at Høyesterett i Rt. 2001 s. 1671 til en viss grad modifiserte den tidligere dommens rekkevidde av medvirkningsansvaret. Således representerer ikke disse ”Hasjseiler-sakene” lenger gjeldende rett.

At årsakskravet ved medvirkning er lite strengt vises i nyere tid blant annet ved at den nye straffelovens §80 c) nr. 2 viderefører muligheten til å sette ned straffen dersom en medvirker kun har deltatt ”i liten grad”. Dette bekrefter at et krav om nødvendig betingelse eller årsak vil være for strengt når det er snakk om medvirkning. En tilsvarende bestemmelse finnes allerede i dagens straffelov, i §58.

⁵⁷ Rt. 1992 s. 64

⁵⁸ Matningsdal 2008 s. 363

⁵⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), s. 411.

⁶⁰ Rt. 1989 s. 1004

Husabø påpeker at slike formuleringer ville blitt meningsløse dersom det kun er medvirkning som utgjør en nødvendig betingelse for hovedgjerningen som skulle blitt rammet av lovverket.⁶¹ Når det i norsk straffelovgivning finnes straffebud som spesielt retter seg mot tilfeller av positiv tilskyndelse, bekrefter dette at betingelseslæren vil medføre et for snevert omfang av medvirkning. Det kan være svært vanskelig å tenke seg til hvorvidt hovedmannen ville begått handlingen dersom medvirkeren ikke hadde oppmuntret ham på veien dit.

Andenæs mener det er viktig å presisere at det kun er snakk om å kreve et ”*medvirkende årsaksforhold*”, når man velger å snakke om årsakssammenheng mellom medvirkende handlinger og rettskrenkelser. Han får støtte av Husabø i denne formuleringen.^{62, 63} Matningsdal finner det avgjørende hvorvidt man kan anse det naturlig å knytte straffansvar til medvirkerens handling, basert på handlingens omfang og karakter.⁶⁴ Matningsdal har motforestillinger mot et unntaksfritt årsakskrav tilnærmet betingelseslæren. Han finner det vanskelig å reelt begrunne frifinnelse av tiltalte medvirkere i situasjoner der retten etter beviskravet må legge til grunn at handlingen ville blitt begått av hovedmannen uansett. I disse situasjonene vil det være fristende for retten å presumere at medvirkerens handlinger likevel stod i et medvirkende årsaksforhold, og på denne måte fire på beviskravene.⁶⁵ Eller som Andenæs formulerer et lignende scenario: ”Han har vært med på foretagendet, og det er nok”.⁶⁶

I likhet med Andenæs og Matningsdal hevder Husabø at betingelseslæren, eller et for strengt krav til årsakssammenheng, vil begrense medvirkningsomfanget i for stor grad. Han går enda lenger når han skisser opp en ny måte å se på årsakskravet i medvirkningslæren. Bakgrunnen for både kritikken og den alternative formuleringen, er et behov for å kunne kartlegge det faktiske bakenforliggende årsaksforholdet. Ved å se på kravet til årsakssammenheng som ”årsakssammenheng i den faktiske hendingsgangen”, kan man gå direkte inn i problemstillingen

⁶¹ Husabø 1999 s. 49

⁶² Andenæs 2004 s. 326

⁶³ Husabø 1999 s. 59

⁶⁴ Matningsdal 1998 s. 363

⁶⁵ Matningsdal 1998 s. 366

⁶⁶ Andenæs 2004 s. 326

om hvorvidt den tiltalte medvirkerens handling var en av årsakene til hovedmannens handling, uten å måtte strekke kravet så langt at nødvendighet må vurderes.⁶⁷

For at ikke dette synet på årsakssammenheng skal trekkes for langt, viser Husabø til tysk juridisk teori på området, som sier at det er straffebudets gjerningsbeskrivelse som må stå i fokus. På denne måten vil ikke rekken av årsaker trekkes for vidt eller for langt tilbake i tid. Husabø eksemplifiserer dette ved å vise til at det er en negativ endring i tilstand, for eksempel at et menneske går fra å være levende til død, som skal forklares ved årsakssammenheng. Slik utelukker man at for eksempel personens foreldre, som er en årsak til at personen var i live og dermed kunne dø, blir trukket inn i kjeden av årsaker.⁶⁸

Til nå har jeg redegjort for motforestillinger mot et for strengt årsakskrav ved medvirkning som i hovedsak er begrunnet i et ønske om at medvirkningsområdet ikke i for stor grad skal bli avgrenset. Husabø peker i tillegg på at en klassisk tilnærning til årsakssammenheng er problematisk ved at den ikke skiller mellom det han ser på som tre ulike grupper medvirkningshandlinger.

Når det er snakk om tradisjonell medvirkning av fysisk karakter kan man se på årsakssammenhengen som selve kjennetegnet på hva som er fysisk medvirkning. Medvirkerens handling ”*verka faktisk med*” i hendelsesforløpet frem mot hovedmannens handling.⁶⁹ Når en ikke følger betingelseslæren vil det ikke være avgjørende å hypotetisk se for seg hvorvidt gjerningen ville blitt begått uten medvirkerens hjelp. Det er det faktiske hendelsesforløpet som skal kartlegges.⁷⁰ Dermed ser vi at Husabøs skisserte årsakslære stemmer godt overens med Matningsdals motforestillinger mot et tradisjonelt årsakskrav i medvirkningslæren.

⁶⁷ Husabø 1999 s. 48-54

⁶⁸ Husabø 1999 s. 48-54

⁶⁹ Husabø 1999 s. 56

⁷⁰ Husabø 1999 s. 83

Sammenhengen mellom medvirkende handling og hovedpersonens gjerning når det er snakk om psykisk medvirkning skiller seg fra hendelsesforløpet ved fysisk medvirkning. Man kan ikke gå inn i rekken av hendelser og fysisk peke på at det har blitt gitt råd til hovedmannen, eller at medvirkeren har heiet på eller oppmuntret ham. Årsakssammenhengen må følgelig bevises på en annen måte, hvor gjerningsmannens væremåte og handlemåte er i fokus. I tilknytning til psykisk årsakssammenheng melder behovet for å avgrense årsaksrekken seg med stor kraft, med fokus på den negative endringen slik tidligere redegjort for.⁷¹

Betingelseslæren vurderer hvorvidt medvirkerens *handling* var nødvendig for utføringen av den ulovlige gjerningen. Når det er snakk om en motsatte av å handle, å forholde seg passiv, kan vi se en årsakssammenheng av en mer hypotetisk karakter. Vi må flytte blikket vekk fra den faktiske rekken av hendelser og vurdere hva som ville skjedd dersom den påståtte medvirkeren hadde handlet slik vi mener han burde. Husabø definerer dette som ”*ei særeiga form for årsakssamanheng*” som mer presist kan omtales som ”*ein hindringssamanheng*”.⁷² Denne særegne formen for årsakssammenheng er en av grunnene til at Husabø lanserer en tredje kategori medvirkning. Hindringssammenhengen vil bli redegjort nærmere for i oppgavens punkt 3.2 og punkt 3.1.1.

⁷¹ Husabø 1999 s. 58

⁷² Husabø 1999 s. 58-59

2.5.3 Rettsstridsreservasjonen

Det er ikke slik at alle handlinger som muliggjør et lovbrudd kan sees på som straffbare medvirkningshandlinger.⁷³ Av denne grunn er medvirkningsansvaret nødt til å avgrenses. I tillegg til å oppfylle kjennetegnene til en medvirkningshandling og kriteriene til straffbarhet, må den medvirkende handlingen kunne konstanteres å være rettsstridig. Den generelle rettsstridsreservasjonen skal altså forhindre at medvirkningsansvaret strekker seg for langt.⁷⁴

Matningsdal eksemplifiserer rettsstridsreservasjonen ved å vise til hovedregelen som tilsier at en kjøpmann som selger varer han mistenker skal inngå i produksjon av hjemmebrent, som utgangspunkt ikke vil straffes for uaktsom medvirkning.⁷⁵ Husabø omtaler rettsstridskravet som en del av de objektive tilleggsvilkårene til medvirkningshandlingen, der handlingens objektive karakter og dens potensielle faremoment må være sentrale i vurderingen.⁷⁶

I forarbeidene til §15 i den nye straffeloven fastslås det at medvirkningshandlingenes art gjør at rettsstridsreservasjonen må kunne komme til anvendelse også når det er snakk om medvirkning. Her formuleres rettsstridsreservasjonen som at ”ethvert straffebud må forstås slik at det ikke rammer ethvert tilfelle som omfattes av ordlyden”.⁷⁷

I forarbeidene fremkommer det at Høyesteretts uttalelser i Rt. 2003 s. 902 leses som ”en anvendelse av rettsstridsreservasjonen på en mulig medvirkningshandling”.⁷⁸ En eier av et forretningslokale ble frikjent for medvirkning til produksjon av brennevin i disse utlånte lokalene. Retten tok i betraktning forholdene rundt utlånet for øvrig; et i utgangspunktet legitimt formål, ingen fortjeneste for tiltalte, og det faktum at han, om enn noe vagt, hadde vist sin misnøye ved tilvirkningen. I tillegg vurderes tilvirkningens grad av alvorlighet.⁷⁹

⁷³ Husabø 1999 s. 95

⁷⁴ Matningsdal 2008 s. 372, Husabø 1999 s. 95-99 og 143

⁷⁵ Matningsdal 2008 s. 372

⁷⁶ Husabø 1999 s. 143

⁷⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411

⁷⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411

⁷⁹ Rt. 2003 s. 902 avsnitt (13)

3 Passiv medvirkning

3.1 Innledende bemerkninger

Den klare hovedregelen i norsk medvirkningslære er at straff for medvirkning krever handling, og at straffansvar ikke kan begrunnes i passivitet.⁸⁰ Trekker man opp en nedre grense for medvirkningsansvaret vil det tilsynelatende, sett hen til regelen om positiv tilskyndelse, være her man plasserer ren passivitet.⁸¹ At medvirkningsansvar ved passivitet ikke kan avskrives fremgår likevel klart av både juridisk teori og rettspraksis.

3.2 En egen kategori?

Behandlingen av passiv medvirkning i ulik juridisk teori springer ut fra et felles utgangspunkt. Nemlig at særlige situasjoner kan gi enkelte personer en plikt til å søke å avverge andres lovbrudd. Innledningsvis vil vi se at det skisseres to ulike fremgangsmåter for å statuere straffbar passiv medvirkning. På den ene side Johs. Andenæs' fremgangsmåte der han anser passiv medvirkning som et særtilfelle av psykisk medvirkning. På den annen side Erling Johannes Husabøs teori, der et strengt årsakskrav ikke kan oppstilles og tilleggskrav som vil begrense den passive medvirkningslærens omfang står i fokus. Denne fremgangsmåten gjør at han finner det naturlig og nødvendig å kategorisere passiv medvirkning som en egen kategori. Sentralt står spørsmålet om man kan kreve at passivitet faktisk har innvirket på hovedgjerningsmannen. Dette vil markere starten på vurderingen om passiv medvirkning i norsk rett blir lagt til grunn som en egen medvirkningskategori.

Johs. Andenæs fastslår at passivitet kan føre til medvirkningsansvar. Likevel velger han ikke å plassere disse tilfellene i noen egen kategori. Passiv medvirkning blir av Andenæs omtalt som unntakstilfeller i læren om psykisk medvirkning, der man i særegne tilfeller er unntatt kravet om positiv tilskyndelse.⁸²

⁸⁰ Matningsdal 2008 s. 367

⁸¹ Matningsdal 2008 s. 362

⁸² Andenæs 2004 s. 329

Ifølge Andenæs kan dette bli aktuelt når en bestemt person har en særlig plikt til å gripe inn i utøvelsen av en straffbar handling. I disse tilfellene kan terskelen for å statuere medvirkningsansvar synes å måtte være lavere. Når kravet til positiv tilskyndelse har falt bort, står vi igjen med at det er tilstrekkelig at denne personen, med en særlig plikt til inngripen, gir den andre et *inntrykk* av at han ikke har noe imot at handlingen blir begått. Dette begrunner Andenæs blant annet med at unnlater av å gripe inn i gitte situasjoner kan oppleves som et samtykke. Der en medvirker er klar over påvirkningen hans passivitet har hatt på hovedgjerningsmannen, kan han dermed straffes for psykisk medvirkning. Videre begrunnes straffeansvar for psykisk medvirkning gjennom passivitet ved at eksistensen av en person med en slik plikt til inngripen i seg selv kan betraktes som et hinder for at forbrytelsen blir begått. For Andenæs er dette en viktig grunn til at man kan skille mellom et stilltiende samtykke fra en utenforstående og fra en med særlig plikt til å gripe inn.⁸³

Retten har i svært mange tilfeller vurdert medvirkning i form av passivitet som slike unntak fra kravet om positiv tilskyndelse, der vurderingen dreier seg om hvorvidt det er snakk om medvirkning av psykisk art.⁸⁴ Avgjørelsen i Rt. 1957 s. 476 videreførte synspunktet Høyesterett hadde lagt til grunn allerede i Rt. 1907 s. 333. I sistnevnte avgjørelse ble det av Riksadvokaten uttalt at siden tiltalte ikke hadde fysisk medvirket til krenking av den allmenne fred og orden etter datidens straffelov §305, var det eneste alternativet for medvirkningsansvar at medvirkningen hadde ”været av psykisk Art”. Følgende ble det av kjæremålsutvalget i denne saken stilt krav om å statuere en psykisk årsakssammenheng.

I saken fra 1957 var en ektemann tiltalt for medvirkning til sin kones produksjon av hjemmebrent. Igjen ble det stilt krav om at medvirkning måtte være av enten ren fysisk eller psykisk art, da retten konkluderte med at det ikke forelå ”tilstrekkelig holdepunkt for å fastslå at tiltalte har bestyrket hustruen i hennes straffbare forsett på en slik måte at det foreligger psykisk medvirkning i lovens forstand”.⁸⁵

⁸³ Andenæs 2004 s. 329

⁸⁴ Husabø 1999 s. 176

⁸⁵ Rt. 1957 s. 476

I motsetning til Andenæs finner ikke Husabø det naturlig å kategorisere disse tilfellene som unntak fra kravet om positiv tilskyndelse. Husabø lanserer en tredje kategori medvirkning; passiv medvirkning, basert på vesensforskjellen i normativ struktur sammenlignet med psykisk medvirkning.⁸⁶ Det blir av Husabø påpekt at det særegne ved passivt medvirkningsansvar er at det må stilles spesifikke tilleggskrav for å etablere et straffbart forhold. Disse tilleggskravene vil føre til en grundig vurdering av hver situasjon der spørsmålet om passiv medvirkning oppstår, og dette taler sterkt imot læren om at psykisk årsakssammenheng er nok for å etablere et passivt medvirkningsansvar.⁸⁷

Idet han trekker et skille mellom psykisk og passiv medvirkning peker Husabø gjentatte ganger på viktigheten av at det avgjørende i disse sakene er den påståtte medvirkeren handlingsalternativ, hva han burde ha foretatt seg i stedet for å forholde seg passiv.⁸⁸ Dersom passiv medvirkning skal sees på som en variant av psykisk medvirkning, vil kravet om psykisk årsakssammenheng føre til at den avgjørende normative vurderingen blir satt til side ved at det er *virkingen* av medvirkningen som står som avgjørende.

Husabø finner ikke rom for kravet om handlingsalternativer i en lære der passiv medvirkning blir sett på som et unntakstilfelle fra kravet om positiv tilskyndelse. I en lære om psykisk årsakssammenheng, vil medvirkningsformen konkludent passivitet alltid ende opp som kun et forsøk på psykisk medvirkning de gangene den ikke har virket inn på hovedgjerningsmannen. Altså vil det avgjørende i medvirkerens handlingsalternativ bli tilsidesatt. Husabø mener at denne normative strukturen til passiv medvirkning taler sterkt imot å behandle passiv medvirkning som en form for psykisk medvirkning.⁸⁹ Dette gir oss en pekepinn på at kravet til årsakssammenheng blir særegent når det er snakk om medvirkning i form av passivitet.⁹⁰

⁸⁶ Husabø 1999 s. 175

⁸⁷ Husabø 1999 s. 177

⁸⁸ Husabø 1999 s. 180-181

⁸⁹ Husabø 1999 s. 178 og 180

⁹⁰ Oppgavens punkt 3.3.1

Sammenholdt med de klare tilleggskravene som må stilles, mener Husabø at dette tydelig statuerer at passiv medvirkning ikke kan kategoriseres som et unntakstilfelle i læren om psykisk medvirkning. Passivitet i den gitte situasjonen vil i seg selv kunne være nok til å statuere et medvirkningsansvar.⁹¹

⁹¹ Husabø 1999 s. 180

3.3 Vilkårene for passiv medvirkning

3.3.1 Kravet til årsakssammenheng ved passiv medvirkning

Som nevnt i oppgavens punkt 2.5.2 kreves det kun årsakssammenheng av en svært hypotetisk karakter når det er snakk om en unnlattelse av å handle. Også ved medvirkning i form av passivitet har det blitt stilt krav om en viss sammenheng mellom forbrytelsen som er begått, og den innvirkningen en medvirker sin passivitet har hatt på hovedgjerningsmannens oppfyllelse. Denne passiviteten kan jo både ha en stimulerende og oppmuntrende effekt på hovedgjerningsmannens handling. En slik tankegang er i tråd med Andenæs sitt syn på passiv medvirkning som et unntakstilfelle i læren om psykisk medvirkning, Hvorvidt man kan kreve at passiviteten faktisk har innvirket slik, kan være svært vanskelig å slå fast.^{92, 93}

3.3.1.1 En hindringssammenheng

Det særegne ved årsakskravet ved passivitet settes på spissen om vi ser for oss en situasjon der en mor forholder seg passiv etter å ha oppdaget at barna hennes blir misbrukt av sin far. Dersom far tror at hun ikke er kjent med hans handlinger, vil farens skyld være upåvirket, selv om morens passivitet kanskje muliggjorde oppfyllelse av disse kriminelle handlingene.⁹⁴ Eksempler som dette tydeliggjør hvorfor det blir definert en teori om hypotetisk årsakssammenheng. Den faktiske rekken av hendelser kan ikke vurderes i seg selv, blikket må løftes til en vurdering av hva resultatet ville ha blitt dersom ikke medvirkeren klanderverdig hadde forhold seg passiv. Husabø lanserer dette som ”*ei særeiga form for årsakssamanheng*” som mer presist kan omtales som ”*ein hindringssamanheng*”.⁹⁵ Altså en hypotetisk hindringssammenheng mellom de handlingsalternativene medvirkeren hadde, og den kriminelle handlingen. Vil vil se at det er snakk om to ulike former for hindringssammenheng; av enten fysisk eller psykisk art. Hvor strengt skal så dette kravet om en hindringssammenheng bedømmes? Og hvor

⁹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412

⁹³ Høgberg 2013 s. 142

⁹⁴ Høgberg 2013 s. 142

⁹⁵ Husabø 1999 s. 58-59

stor sannsynlighet det må være for at handlingsalternativet rent faktisk ville ha hindret utføringen av en kriminell handling?

Flere av de sentrale høyesterettsavgjørelsene der unnlatelse av å handle førte til et medvirkningsansvar, illustrerer hvordan en hindringssammenheng er på sitt aller mest tydelige der medvirkerens handlingsalternativ faktisk ville ha hindret hovedgjerningsmannens selve utføring av den kriminelle handlingen.⁹⁶

En person ble i Rt. 1947 s. 69 dømt for å ha brukt voldsomme turturmetoder under avhør, da han arbeidet som tolk for det tyske sikkerhetspolitiet. Tolkens overordnede ble dømt for medvirkning, da det var grunn til å tro at han i kraft av sin rolle ville hatt mulighet til å hindre at torturen skjedde.⁹⁷ Det var her snakk om en psykisk hindringssammenheng, der forholdet mellom tolken og hans overordnede ble ansett å være så tydelig rangpreget at den overordnedes væremåte klart spilte inn på den underordnedes væremåte. I Rt. 1949 s. 1003 ble en medvirker dømt for ikke å ha varslet et offer da han ble gjort kjent med andres planer om å ta livet av vedkommende, da dette trolig kunne ha hindret drapet på ham.⁹⁸ Medvirkerens handlingsalternativ, som var å ringe offeret, ville ført til en fysisk hindringssammenheng, da offeret kunne fjernet seg selv fra den farlige situasjonen.

I tråd med betingelseslæren vil et strengt krav være naturlig, men når det ved medvirknings handlinger ikke stilles et krav om at handlingen var ”ein nødvendig betingelse” for å statuere ansvar, finner Husabø det urimelig å stille et strengere krav når det er snakk om det motsatte, en unnlatelse av å handle. Det må være nok å kreve at handlingsalternativet *kunne ha virket* imot gjennomføringen av den kriminelle handlingen eller en av disse, dersom det er snakk om et flertall av lovbrudd som står i sammenheng med hverandre.⁹⁹ En dokumentasjon på at det motsatte av en unnlatelse ville ha ført til et annet utfall, eller klar sannsynlighet for at forsøk på å gripe inn ville hatt noen avgjørende effekt, kan ikke kreves.¹⁰⁰

⁹⁶ Husabø 1999 s. 181

⁹⁷ Rt. 1947 s. 69

⁹⁸ Rt. 1949 s. 1003

⁹⁹ Husabø 1999 s. 181

¹⁰⁰ Rt. 1992 s. 810 og Rt. 1995 s. 355

I likhet med fraværet av et krav om ”en nødvendig betingelse” for en fysisk medhjelper, kan et slikt krav heller ikke stilles til en passiv medhjelpers handlingsalternativ, når det er snakk om å påvirke en faktisk forutsetning for hovedgjerningen.¹⁰¹ På lik linje som en hovedgjerningsmann kunne skaffet våpen på annet vis enn ved å fysisk få dette av sin medhjelper, vil også en hovedgjerningsmann kunne klare å gjennomføre en voldshandling mot et barn selv dersom den passive medvirkeren hadde benyttet sitt handlingsalternativ om å trygle hovedgjerningsmannen om å avstå fra sine handlinger.

Dette siste leder oss inn på det faktum at det ved vurderingen av passiv medvirkning er særlig aktuelt å snakke om psykisk hindringssammenheng, blant annet grunnet fokuset på medvirker og hovedgjerningsmannens tilknytning. Psykisk motvirkning kan virke inn ved å frata hovedgjerningspersonen grunnen til å utføre gjerningen, eller gi ham en god grunn til å ikke gjennomføre handlingen. Motvirkningen kan bestå i en ordre, en oppfordring eller et råd. Husabø mener et krav til påvirkning ikke kan være strengere enn at medvirkerens handlingsalternativ ville fratatt hovedgjerningspersonen én grunn til å utføre handlingen, og at dette er i tråd med både tysk og norsk rettspraksis.¹⁰²

En hovedgjerningsperson vil i forkant av utføringen av en kriminell handling kunne være disponert for svært mange personer som psykisk kunne påvirket ham til å ikke gjennomføre handlingen. Hypotetisk vil dette kunne føre til at årsakskravet ved psykisk hindringssammenheng vil kunne fremstå som svært vidtrekkende. Dette er ifølge Husabø ikke et argument for å forkaste denne typen krav om årsakssammenheng, blant annet da det samme gjelder når det er snakk om straffansvar for unnlater.¹⁰³ Det faktum at det skal stilles kriterier til hvilke personer som kan stilles ansvarlig for passiv medvirkning, og også stilles andre tilleggskrav, er uansett det avgjørende for å hindre at dette årsakskravet leder oss til et medvirkningsansvar som favner for bredt.¹⁰⁴

¹⁰¹ Husabø 1000 s. 182

¹⁰² Husabø 1999 s. 183

¹⁰³ Husabø 1999 s. 184

¹⁰⁴ Oppgavens punkt 3.3.3

Det har vært innvendt at årsakskravet Husabø skisserer for passiv medvirkning favner så vidt at det kan kritiseres for å være nærmest altomfattende.¹⁰⁵ Til tross for at det er handlingsplikt og rent normative betraktninger som i hovedsak gjør at det blir aktuelt å straffe for passiv medvirkning, hevder Husabø at det å stille et krav om hindringssammenheng er nødvendig for å skissere sammenhengen mellom medvirkerens passivitet og hovedgjerningsmannens handling. Denne sammenhengen er jo nettopp grunnen til at vi kaller noe for medvirkning.

Et krav om hindringssammenheng, der terskelen ligger ved hypotetisk motvirkning, fører også til at det passive medvirkningsansvaret naturlig avgrenses mot å gjelde personer som verken fysisk eller psykisk ville ha kunnet virke hindrende inn mot et lovbrudd. Hvilket svarer godt med det faktum at spørsmålet om årsakssammenheng ved passivitet kun kommer på banen i de tilfellene der en særlig tilknytning taler for dette.¹⁰⁶

Husabø lanserer passiv medvirkning som en egen kategori, og følgende er det ikke overraskende at han også begrunner denne særegne formen for årsakssammenheng med et ønske om at domstolene i fremtiden mer presist vil angi hva som kreves for at et passivt medvirkeransvar kan idømmes. I juridisk teori har Alf Petter Høgberg og Henriette Nilsson Tøssebro hevdet at et årsakskrav som dette favner svært vidt og har en svært skjønnsmessig karakter, hvilket ikke nødvendigvis ivaretar et fokus på folks rettssikkerhet.¹⁰⁷ Husabø på sin side hevder at det å stille et slikt hindringskrav, heller enn å ikke i det hele tatt oppstille noe eget årsakskrav, vil kunne være viktig i et rettssikkerhetsperspektiv. Dette ved at at kjennskapen til det viktige kravet til en alternativ handling vil øke gjennom gode domsavsigelser, ved at handlingsalternativ blir nøye drøftet opp mot hypotetisk påvirkning av hovedgjerningsmannens handling.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Høgberg 2013 s. 143

¹⁰⁶ Husabø 1999 s. 185

¹⁰⁷ Høgberg 2013 s. 143

¹⁰⁸ Husabø 1999 s. 185

3.3.1.2 Solidariserende adferd eller ren passivitet?

Dersom usikkerheten om hvor passiv medvirkning skal plasseres i medvirkningslæren kan sies å være en strid, må kravet til årsakssammenheng uten tvil kunne sies å være stridens kjerner. Uenigheten dreier seg da om *innvirkning* av passivitet. En lære om årsakssammenheng som ikke er basert på årsak og virkning, men på hvorvidt en alternativ handling *kunne ha* virket inn, vil kunne straffe ren passivitet som ikke beviselig har hatt noen effekt på hovedgjerningsmannen. Har dette blitt lagt til grunn av domstolene som en tilstrekkelig form for årsakssammenheng?

Medvirkningsansvar utløst gjennom passivitet har i mange tilfeller blitt knyttet til det faktum at medvirkeren beviselig har solidarisert seg med handlingen hovedgjerningsmannen foretar seg.¹⁰⁹ Rt. 2003 s. 1455 viser at Høyesterett har gått svært langt i å idømme medvirkning ut i fra et fokus på solidarisering. En 15 år gammel jente var blitt utsatt for grov vold og voldtekt, utført av jevnaldrende jenter. Retten skulle ta stilling til hvorvidt en av de 15 år gamle jentene, som ikke hadde tatt del i selve voldtektshandlingen, likevel kunne bli dømt for medvirkning til denne. Den tiltalte anførte at da hun verken hadde medvirket fysisk eller psykisk til voldtekten, kunne hun ikke dømmes for medvirkning til denne, all den tid ”det ikkje er strafflagt å vere til stades ved eit brotsverk eller å vere i dårleg selskap”. Høyesterett opprettholdt lagretens kjennelse om medvirkning til voldtekten. Denne var i stor grad basert på at voldshandlingene den tiltalte var med på tidligere på kvelden hadde ført til at hennes passivitet under voldtekten fremstod som en solidariserende adferd.¹¹⁰

¹⁰⁹ Matningsdal s. 370, Høgberg 2013 s. 131

¹¹⁰ Rt. 2003 s. 1455 avsnitt (10).

Kritikken av ”Hasjseiler-dommene” gjør det klart at det ved fravær av direkte psykisk eller fysisk medvirkning ikke kan idømmes passiv medvirkning basert på at solidariserende adferd i de tilfeller der passivitet knyttet til de kriminelle handlingene beløper seg som typisk dagligdagse gjøremål, eller gjøremål som overhodet ikke har noen sammenheng med forbrytelsen som blir begått. For å fremstå som solidarisering er den passive adferden nødt til å skje i en kontekst der medvirkerens tilknytning til hovedgjerningspersonen ville kunne føre til en påvirkning.¹¹¹ I tråd med Andenæs sitt syn på passiv medvirkning som et unntak fra kravet om positiv tilskyndelse, stiller solidarisering seg som et viktig krav, da det knyttes til et fokus på resultatet av passiviteten.

Husabø vil at passiv medvirkning i gitte situasjoner skal kunne straffes uavhengig av om hovedgjerningsmannen har noen formening om hva som er den andre personens holdning til handlingene han utfører. Da kan ikke solidarisering eller et konkludent samtykke kreves, når den normative vurderingen av medvirkerens handlingsalternativ skal være det avgjørende, ikke den faktiske innvirkningen på hovedgjerningsmannen.¹¹²

Det kan synes som om også Matningsdal til en viss grad stiller seg bak Husabøs syn når han om tilknytning mellom en overordnet og underordnet uttaler at ”det kan imidlertid neppe oppstilles et absolutt vilkår om at den overordnede opptreden kan regnes som et konkludent samtykke (...)”.¹¹³

I ”Christoffer-saken”, som vil bli nærmere gjennomgått i oppgavens kapittel om tilknytningskravet, ble en mor dømt for passiv medvirkning til sin ektefelles mishandling av hennes sønn. I lagmannsrettens dom blir det redegjort både for Andenæs og Husabø sine ulike teorier om passivitet som straffbart medvirkningsgrunnlag.¹¹⁴

¹¹¹ Rt. 2001 s. 1671

¹¹² Husabø 1999 s. 178

¹¹³ Matningsdal 2008 s. 357

¹¹⁴ LA-2012-92858

Når lagmannsretten dømte Christoffers mor for medvirkning var dette både basert på en konkludent adferd fra hennes side, og på en oppstått handleplikt grunnet omsorgsforholdet. Det oppstod derfor et behov for en avklaring fra den høyeste rettsinstansen. Morens anke over lagmannsrettens dom ble ikke tillatt fremmet i Høyesterett. Spørsmålet om hvorvidt ”ren passiv medvirkning” kunne straffes etter norsk rett stod i fokus i anken. Høyesterett konkluderte med at en ”ren passivitet vil her kunne være tilstrekkelig for å etablere straffansvar”.¹¹⁵ Det skal altså ikke kreves solidarisering i form av konkludent atferd for å idømme straffansvar ”der det foreligger handleplikt i kraft av omsorgsansvar for et barn”.¹¹⁶ Denne beslutningen er altså i tråd med læren om passiv medvirkning som en egen kategori.

Høyesterett viste her til de senere i denne oppgaven nevnte avgjørelsene Rt. 2009 s. 1365 og Rt. 2010 s. 1630. I begge sakene ble handleplikt oppstilt som grunnlaget til idømmelse av passiv medvirkning, og det ble ikke drøftet hvorvidt konkludent adferd var nødvendig. Handleplikten i disse sakene ble oppstilt på grunn av forutgående felles kriminelle handlinger, og det var snakk om situasjoner der hovedmannen endte med å gå lenger enn det som var avtalt med medvirker.

Disse tre relativt nye rettsavgjørelsene tar altså steget bort fra kravet om passivitet som solidariserende adferd, og støtter Husabøs lære om at ren passivitet kan føre til et medvirkningsansvar. De går langt i å samsvare med Husabøs teori om en hindringssammenheng, fordi tilknytningen tilsier at dersom medvirkeren ville gjort det motsatte av å forholde seg passiv i disse sakene, og altså handlet, ville dette vært *egnet* til å hindre videre kriminelle handlinger.

Ved å gjennomgå de ulike tilleggskravene Husabø hevder forhindrer læren om passiv medvirkning i å strekke seg for vidt, vil vi se hvorfor, og i hvor stor grad denne samsvaringen gjelder. Det første spørsmålet vil dermed bli *hvem* som kan få en slik handleplikt. Deretter innsnevres rekkevidden ytterligere ved å stille spørsmålet om *hva* disse personene kan kreves å foreta seg.

¹¹⁵ Rt-2013-1015

¹¹⁶ Rt. 2013 s. 1015

3.3.2 Tilknytningskravet

For Andenæs sin del er relasjonen mellom medvirker og hovedgjerningsmann alene grunnen til at det i noen tilfeller kan tenkes unntak fra kravet av positiv tilskyndelse. For Husabø er denne relasjonen en av flere grunner til at en tredje kategori medvirkning kan oppstilles. I oppgavens forrige kapittel redegjorde jeg kort for tre tilfeller der Høyesterett konkluderte med at medvirker kunne straffes på bakgrunn av passivitet. Begrunnelsen lå i relasjonen mellom medvirker og hovedgjerningsmannen, ikke i at passiviteten fremstod som solidariserende med sistnevntes handlinger. I hvilke relasjoner eller situasjoner er tilknytningen så sterk at en plikt til å handle oppstår?

3.3.2.1 Familie – omsorg og ekteskap

I norsk lov finner man flere eksempler på bestemmelser som har hatt eller har som formål å beskytte de som anses å være særlige sårbare, herunder mindreårige barn. Tidligere statuerte kriminalloven at ”Forældre, Fosterforældre, Formyndere, Husbonder eller Andre i lignende stillinger” hadde en plikt til å hindre at det ble utført kriminelle handlinger av personer som var ”under deres Myndighed”.¹¹⁷ Dagens barnelov krever at barn ikke må bli utsatt for vold.¹¹⁸ Bestemmelsen fra kriminalloven ble ikke videreført i straffelovgivningen. Den siktet seg til et barn eller en ungdoms *utøvelse* av kriminalitet, og sies å ikke passe godt overens med dagens moderne syn på forholdet mellom foreldre eller andre myndighetspersoner og barn og ungdom.¹¹⁹

¹¹⁷ Kriminalloven av 1842, § 8, se Husabø 1999 s. 187

¹¹⁸ Barnelova § 30

¹¹⁹ Husabø 1999 s. 187

I læren om passiv medvirkning som en egen kategori blir omsorgsplikten for eget barn sett på som en så sterk form for tilknytning at ren passivitet i seg selv vil være nok til å bli ansett som medansvarlig. Sett hen til den særegne formen for årsakssammenheng, en hindringssammenheng, er dette nødvendig på grunn av disse sakenes natur. Situasjoner der en du har omsorg for blir et offer for kriminelle handlinger kan utvikle seg svært raskt og alvorlig. I en situasjon der en forelder brått og plutselig setter barnet i livsfare, vil det ikke nødvendigvis være "tid eller rom for nokon kommunikasjon mellom partane. Ein rusa man har t d fått eit slikt ukontrollert raseriutbrot at kona berre kan avverja ei ugjerning mot barnet ved å få barnet ut av huset".¹²⁰ Dette er altså et eksempel der det ikke er snakk om at en forelder gjennom passivitet har solidarisert seg med den andres mishandling av barnet. Passiviteten har ikke innvirket. Det er snakk om en situasjon der en forelders fysiske inngripen står i en hindringssammenheng med den kriminelle handlingen. Det motsatte av denne fysiske inngripingen er ren passivitet.

Jeg har allerede nevnt "Christoffer-saken" som et tydelig eksempel på passivt medvirkningsansvar for en forelder. 8 år gamle Christoffer Gjerstad Kihle døde i 2005 av voldsomme skader forårsaket av grov vold. Saken var i mediens søkelys i flere år, og blir av mange sett på som et skrekkeeksempel på forsømmelse av barn, både av offentlige instanser og omsorgspersoner.

Politiet henla straffesaken mot Christoffers stefar to ganger. Etter pådrivelse fra den avdøde guttens nære familie, samt ideelle organisasjoner, ble det tatt ut tiltalte mot stefaren tre år etter Christoffers død. I 2008 fant Agder Lagmannsrett at han forsettelig hadde utsatt gutten for "gjentatte og vedvarende voldshandlinger" og at dødsfølgen ikke var upåregnelig.¹²¹ Året etter avviste Høyesterett stefarens anke.¹²² I domsavsigelsen mot Christoffers stefar ble det i skjerpene retning tillagt vekt at gutten befant seg i en særlig sårbar situasjon, og at "endog hans mor stilte ikke opp for ham".¹²³ Likevel ble det ikke besluttet å sette Christoffers mor under etterforskning før så sent som i 2011.

¹²⁰ Husabø 1999 s. 187

¹²¹ LA-2008-179127

¹²² HR-2009-1436-U

¹²³ LA-2008-179127

Riksadvokaten konkluderte det bevist at moren hadde forstått at Christoffer var utsatt for vold av stefaren og det ble reist tiltale for passiv medvirkning. I den forbindelse uttalte daværende statsadvokat Tor Henning Knudsen ved Riksadvokatens kontor følgende til Aftenposten: ”Det er ikke ofte man har reist tiltale mot noen for å inneha et slikt ansvar. Det har tatt tid å plassere saken i riktig rettslig spor”.¹²⁴ De ulike rettsinstansene fulgte opp ved i behandlingen av Christoffers mors sak å gi en svært grundig gjennomgang av hvordan omsorgsforpliktelsen kan føre til et straffbart medvirkningsansvar ved passivitet.

Under både tingrettens og lagmannsrettens behandling av hennes straffesak, fremholdt Christoffers mor at hun på ingen måte hadde fått med seg at hennes ektemann mishandlet sønnen. Hun bedyret også hans uskyld. Basert på forholdene i saken, fant lagmannsretten likevel at det uten tvil kunne legges til grunn at moren anså at det var en sannsynlighetsovervekt for at det var stefaren som utsatte Christoffer for vold, og likeledes at disse voldshandlingene ville fortsette dersom ikke noe eller noen hindret dette i å skje. Retten fant derimot ikke holdepunkter for at moren ”kunne ha innsett muligheten” av at mishandlingen ville føre til døden, og vurderte dermed hennes medvirkningsansvar grunnet passivitet ”i høve til lekamskrenking med skade eller monaleg smerte til følge”, etter straffeloven §228 første og andre ledd, første straffalternativ, jf. straffelovens §43, jf. §232.¹²⁵

Om medvirkningsansvaret uttalte lagmannsretten at ”den særlige tilknytninga mellom foreldre og mindreårige born, dvs omsorgsplikta, tilseier at det ligg føre ei større plikt for foreldra til å hindra straffbare handlingar mot borna enn for andre utanforståande”.¹²⁶

¹²⁴ <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article4155189.ece>

¹²⁵ LA-2012-92858

¹²⁶ LA-2012-92858

Etter å ha vist til at det i teorien verserer uenighet om hvorvidt passiv medvirkning kan straffes kun på bakgrunn av konkludent samtykke eller også ved ren passivitet, så retten et behov for å presisere hvorledes grensen mellom omsorgssvikt i seg selv og straffbar medvirkning må trekkes. Det ble uttalt ”at når det gjeld omsorgsplikta overfor born som ein har i sin varetekt, vil det nødvendigvis vera ein glidande overgang frå hendelege uhell som ingen kan lastast for, til manglande tilsyn, til omsorgssvikt og endeleg til dei tilfella der passiviteten må reknast som medvirkning til straffbare handlingar. Kvar grensa går mellom omsorgssvikt og straffbar medverkning, må derfor avgjerast etter ei konkret vurdering av straffebodet og dei faktiske forholda i det enkelte tilfellet”.¹²⁷

Retten fant at det i tråd med Andenæs sin lære om situasjoner der ”en av de normale hindringer for forbrytelse er ryddet bort” var snakk om et konkludent samtykke fra moren når hun ikke reagerte overfor ektemannen i en situasjon der sønnens skader ble diskutert. Retten baserte dette på at moren var en myndighetsperson som stod Christoffer nærmere enn det stefaren gjorde.¹²⁸ Så langt blir hun altså klandret for å gjennom sin passivitet ha solidarisert seg med ektemannen.

Senere i sakens hendelsesforløp, når retten anså at morens oppfatning av hvordan Christoffer fikk sine skader var styrket, og hun var klar over at dette ville skje igjen, ble det ikke krevet noe konkluderende samtykke for å statuere et medvirkeransvar. Tilknytningen mellom moren og Christoffer førte i seg selv til at det oppstod en handleplikt. ”Den særlege handeplikta oppstod som følge av tiltalte si særlege stilling som den nærmaste omsorgspersonen for B” og lagretten er enig i Husabøs syn om at denne plikten gjelder ”alle typer alvorlige integritetskrenkingar mot barnet”.^{129, 130} Høyesterett nektet morens anke fremmet, men holdt fast at omsorg for et barn utløser en handleplikt som er så sterk at ren passivitet kan straffes som et brudd på denne.¹³¹

¹²⁷ LA-2012-92858

¹²⁸ Andenæs 2004 s. 329

¹²⁹ LA-2012-92858

¹³⁰ Husabø 1999 s. 188

¹³¹ Rt. 2013 s. 1015

I ”Christoffer-saken” hadde moren en tilknytning til både offer og gjerningsmann. Et slikt dobbelt tilknytningsforhold skal ikke være nødvendig for å statuere en handlingsplikt i en relasjon mellom foreldre og barn¹³².

I flere avgjørelser avsagt i tiden etter at Høyesterett avviste Christoffers mors anke, har retten vurdert et passivt medvirkningsansvar i tilfeller der foreldre har vært direkte vitne til ektefelless mishandling av barna.^{133, 134, 135} Et foreldrepar ble i Lagmannsrettens avgjørelse LB-2013-186553 dømt for begge å ha utøvet trusler og vold mot sine tre mindreårige barn. Med henvisning til ”Christoffer-saken” fastslås det at det er straffskjerpene at foreldrene uten tvil har brutt den handleplikten de hadde basert på omsorgsforholdet til sine barn, ved å forholde seg passivt til den andre personens krenkelser av barna.

¹³² Husabø 1999 s. 188

¹³³ LB-2014-13067 i oppgavens punkt 3.3.3.1

¹³⁴ LB-2013-186553

¹³⁵ LB-2013-11613

Ekteskapet er et annet personlig forhold som knytter to personer svært tett sammen, og som også normalt sett innebærer at to voksne mennesker deler husstand. Det er særlig forbrytelser begått av den ene ektefellen, i ektefellenes felles hjem, som har ført til at medvirkning i form av passivitet er nøye drøftet i rettspraksis. Her kommer det tydelig frem at det kreves mye for at en handleplikt skal oppstå basert på denne formen for tilknytning.

Høyesterett opphevet i Rt. 1957 s. 476 herredsrettens domfellelse av en ektemanns medvirkning til hustruens produksjon og salg av hjemmebrent fra deres felles hjem. I henseende til passiv medvirkning ble det slått fast at mannens manglende forsøk på å stanse sin ektefelles kriminelle virksomhet ikke kunne vektlegges, slik herredsretten hadde gjort. ”Noen rettslig plikt til å hindre virksomheten hadde han ikke”, tilføyde førstvoterende i sitt votum.¹³⁶

I nyere tid har lignende saker for Høyesterett i stor grad dreiet seg om oppbevaring i og salg av narkotika fra ektefellers eller samboeres felles hjem. Heller ikke i disse sakene har tilknytning til hovedgjerningsmannen på grunn av ekteskap eller samboerskap blitt å anse som tilstrekkelig tilknytning til at et passivt medvirkningsansvar kan utløses.

I både Rt. 1998 s. 459 og Rt. 2005 s. 934 måtte retten vurdere i hvor stor utstrekning en ektefelle kunne dømmes for medvirkning til sin manns narkotikaforbrytelser. Tilknytning i form av ekteskap ble vurdert i førstnevnte avgjørelse når retten skulle vurdere hvorvidt kvinnen kunne straffes for psykisk medvirkning basert på en positiv tilskyndelse til mannens oppbevaring av 350 hasj i kjelleren i deres felles hus. Under dissens kom retten til at kvinnens stilltiende om oppbevaringen ikke var en positiv tilskyndelse, og at hun følgelig ikke kunne dømmes for psykisk medvirkning. Om tilknytningen dem i mellom uttaler førstvoterende følgende: ”Jeg nevner først at den domfeltes mann - som selv bodde i leiligheten - ikke trengte noe samtykke fra sin kone til å oppbevare hasj i sin egen kjellerbod.”¹³⁷ Aktor anførte i Rt. 2005 s. 934 at det faktum at kvinnen stod som eier av huset narkotikaen ble oppbevart i, måtte tillegges stor vekt. Høyesterett avviste dette, og påpekte igjen at ”ektefellen trenger ikke hennes tillatelse for å oppbevare narkotika i sin egen bolig.”¹³⁸

¹³⁶ Rt. 1957 s. 476 side. 477

¹³⁷ Rt. 1998 s. 459 side. 461

¹³⁸ Rt. 2005 s. 934 avsnitt (15)

Basert på rettspraksis ser vi altså at forholdet to ektefeller imellom ikke kvalifiseres som en tilknytning der passivitet blir sett på som solidariserende adferd. Ei heller oppstilles det noen handleplikt i de tilfeller der en ektefelle blir klar over den andres kriminelle handlinger. Det kan synes som om dette i stor grad baseres på tillatelse fra den andre ektefellen, i den forstand at dette ikke er nødvendig for å handle slik man ønsker. Etter læren om passiv medvirkning som en egen kategori vil dermed en ektefelles handlingsalternativer trolig ikke stå i en hypotetisk hindringssammenheng med den kriminelle handlingen. Særlig gjelder dette med tanke på en psykisk hindringssammenheng, der handlingsalternativet ville kunne være å si ifra om sin misnøye.

I ”Christoffer-saken” konkluderte lagmannsretten med at det var snakk om straffbar solidariserende adferd i form av passivitet da mor ikke reagerte muntlig ovenfor sin ektemann, i en situasjon der de diskuterte guttens skader.¹³⁹ Dette standpunktet skiller seg fra de avgjørelsene som tilsier at ektefeller har liten innvirkning på hverandre. Likevel er det vesentlige forskjeller mellom ”Christoffer-saken” og de tre sakene jeg her har nevnt, særlig med tanke på alvorlighetsgraden til hovedgjerningsmannens kriminelle handlinger.

Tilknytning på basis av ekteskap har i rettspraksis altså ikke ført til at en handleplikt oppstilles. Dette er med på å underbygge at det ikke var Christoffer Gjerstad Kihle sin mors dobbeltrolle som førte til et passivt medvirkningsansvar i den saken, tilknytningen til ektemannen fikk kun utslag når det kom til hennes handlingsalternativer.¹⁴⁰

¹³⁹ LA-2012-92858

¹⁴⁰ Oppgavens punkt 3.3.3.1

3.3.2.2 Overordnede

I straffeloven av 1902 er det i flere bestemmelser oppstilt særlige plikter for overordnede tjenestemenn, i de tilfellene der deres underordnede i tjeneste bryter loven. Etter straffeloven §125 fører en overordnets unnlattelse av å hindre eller forebygge at hans underordnede begår et lovbrudd i tjeneste til straffansvar. §125 stiller som alternativ til ”forleder eller tilskynder” et vilkår om å med ”vidende lader ham gjøre det”, og Husabø mener lovgiver her har gitt et signal om at unnlattelser altså kan føre til et medvirkningsansvar i forholdet mellom overordnede og underordnede.¹⁴¹ §125 er ikke foreslått videreført i Straffeloven av 2005, da den nye loven har en egen generell medvirkningsbestemmelse i §15.¹⁴²

Når Andenæs redegjør for sitt syn på medvirkning gjennom passivitet, er det med et særlig fokus på at ”normale hindringer for forbrytelse er ryddet bort”, ved at en med en særlig handleplikt forholder seg passiv.¹⁴³ I et forhold mellom overordnede og underordnede i et arbeidsforhold vil det av den underordnede kunne oppfattes som et samtykke om hans overordnede ikke griper inn i en situasjon. Dermed kan den overordnedes passivitet straffes som psykisk medvirkning, gitt at han var klar over sin innvirkning.¹⁴⁴ Altså kan næringsdrivende, en arbeidsgiver, en person høyere på rangstigen i en arbeidssituasjon eller en overordnet i en opplæringsituasjon ha en særlig forpliktelse til å avverge forbrytelser begått av deres underordnede.

Selve overordningsforholdet i seg selv er ikke nok til å straffe passivitet. I Rt. 1947 s. 69 var spørsmålet hvorvidt tortur utført av en tolk under andre verdenskrig førte til et medvirkningsansvar for hans overordnede i militæret. Høyesterett avviste at han, som anført i anken, ble dømt for medvirkning utelukkende fordi han hadde benyttet denne tolken i avhør der torturhandlingene ble begått. ”Uansett at uttrykkene kunne ha vært klarere, kan det ingen tvil være om at hva lagmannsretten for så vidt legger til grunn er dette at Schamper under forhør, hvor han var den overordnede og den bestemmende, i atskillig utstrekning har billiget og godkjent

¹⁴¹ Husabø 1999 s. 191

¹⁴² NOU 2002:4 s. 397.

¹⁴³ Andenæs 2004 s. 329

¹⁴⁴ Andenæs 2004 s. 329

at Suhr foretok sine voldshandlinger mot fangene, og at Schamper derigjennom har anvendt Suhr og dennes forhørsmetoder til fremme av de etterforskninger forhørene gjaldt. Og jeg finner at lagmannsretten med full grunn har henført dette forhold under de bestemmelser hvoretter Schamper er dømt.”

Det er først i de tilfellene der det statueres en handleplikt, at passivitet kan straffes som medvirkning. Straffbar medvirkning ble konstatert da offiseren ved å være ” den overordnede og den bestemmende” hadde en særlig handlingsplikt for å avverge tolkens kriminelle handlinger; ”Jeg oppfatter det slik at lagmannsretten plasserer Suhr, menneskelig og moralsk, langt under Schamper, men at Schamper etter rettens mening dog har tillatt meget som det var hans ubetingede plikt å forhindre, og som han kunne ha forebygget om han hadde villet”.¹⁴⁵

Husabø mener at selv om hans forståelse av passiv medvirkning er basert på den motvirkende hindringsammenhengen, kan det her være nødvendig å presisere tilknytningskravet i tråd med læren om konkludent samtykke. Overordningsforholdet i seg selv er nemlig ikke nok til å utløse en handlingsplikt. Det må stilles krav til hva slags rolle den overordnede hadde overfor den underordnede. Husabø omskriver her på et vis kravet om konkludent samtykke, og krever at den overordnede ”*må vera i ein slik konkret situasjon at det av den underordna blir forventat at han seier frå, dersom han har noko å innvenda*”.¹⁴⁶

Dermed oppstilles et krav til handling i de tilfeller der den underordnede er klar over at hans overordnede får med seg hva han gjør, og kan forvente at den overordnede sier ifra dersom han synes at det han foretar seg er uakseptabelt.¹⁴⁷ Enkelt forklart oppstår det en handleplikt der den passive er klar over at passiviteten fremstår som solidarisering. Handlingsplikten blir dermed særlig aktuell i situasjoner der den overordnede og underordnede arbeider sammen tilsvarende tett som tilfellet i Rt. 1947 s. 69.

¹⁴⁵ Rt. 1947 s. 69

¹⁴⁶ Husabø 1999 s. 192

¹⁴⁷ Husabø 1999 s. 192

Matningsdal har hevdet at det vil være for strengt å oppstille ”et absolutt vilkår om at den overordnedes opptreden kan regnes som et konkludent samtykke”.¹⁴⁸ Han får støtte for dette ved at Husabø, i tillegg til å stille krav ved arbeidssituasjonens art, presiserer at en overordnet sitt ansvar bør knytte seg til det han faktisk vet om virksomheten sin eller de underordnedes aktiviteter. Et passivt medvirkeransvar er dermed ikke utelukket ved at en underordnet tror han planlegger eller foretar seg forbrytelser ”under radaren” til sin overordnede, så lenge den overordnede var klar over den underordnedes plan eller handlinger.¹⁴⁹

At passivt medvirkningsansvar ikke utelukkende kan utløses der passivitetet av den underordnede blir tolket som et samtykke, underbygges av at det i noen tilfeller vil være utilstrekkelig om den overordnede ikke gjør annet ”enn å ”seia ifrå” dersom noko er uakseptabelt”.¹⁵⁰ Dette illustreres av Rt. 1977 s. 6, der tiltalte, etter skattebetalingsloven og merverdiavgiftsloven, ble dømt for å ha medvirket til forsømmelser begått av daglig leder i et selskap han var revisor for. Dommen gjør rede for et syn som ligger nærmere læren om passiv medvirkning som en selvstendig kategori, heller enn unntakstilfeller i læren om psykisk medvirkning.

Revisoren hadde vært klar over at selskapet verken hadde betalt moms eller skatt. I avgjørelsen blir det ikke krevet noen form for konkluderende samtykke i form av passivitet fra revisorens side for å dømme ham for medvirkning. Fokus legges på at det kunne kreves av ham ikke bare å si ifra, men faktisk gjøre noe mer. Høyesterett redegjør her for hans rolle og hvordan denne fører til at alternativene han hadde til å handle stod i en klar hindringssammenheng med den kriminelle virksomheten. ”Selskapets revisor hadde til generalforsamlingen 1. mars 1972 gjort oppmerksom på alvoret med at avgiftene og skattetrekkene ikke ble innbetalt. 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.”¹⁵¹

¹⁴⁸ Matningsdal 2008 s. 369

¹⁴⁹ Husabø 1999 s. 192 nest siste avsnitt

¹⁵⁰ Husabø 1999 s. 192 siste avsnitt

¹⁵¹ Rt. 1977 s. 6

Basert på disse domsavsigelsene kan vi legge til grunn at det må foretas en konkret vurdering av overordningsforholdet for å kunne statuere hvorvidt dette tilknytningsforholdet kan føre til et passivt medvirkeransvar. Det kan både dreie seg om forhold der det forventes av den overordnede at han sier ifra om han er uenig i den underordnedes handlinger, og forhold der den aktuelle situasjonen fører til at en må kunne forvente noe mer enn bare et utsagn fra den overordnede. I sistnevnte tilfeller kan passivt medvirkningsansvar for overordnede bli utløst selv om passivitet ikke av den underordnede blir tolket som et samtykke til hans kriminelle handlinger.

Når konkludent samtykke her trekkes inn i læren om passiv medvirkning som en egen medvirkningskategori, er det altså likevel en oppstilt handleplikt og ren passivitet som til syvende og sist står i fokus, i tråd med læren om hypotetisk hindringssammenheng. Når ansvaret den overordnede har knytter seg til det han rent faktisk vet om det som foregår i virksomheten, viser dette oss at konkludent samtykke trekkes inn med størst fokus på den passive, og ikke hovedgjerningsmannen. Det er nærmest kun snakk om en potensiell eller hypotetisk solidarisering. Med hjelp av dette kan det foretas en skjønsmessig vurdering i hvert aktuelle tilfelle, om hvorvidt den som forholdt seg passiv stod i en sterk nok tilknytning til hovedgjerningsmannen til at det ble oppstilt en handlingsplikt. Der en overordnet er vel vitende om at hans underordnede oppfatter eller ville oppfattet hans passivitet som konkludent samtykke tilsier dette en tett tilknytning dem i mellom. Dette fører til at den overordnedes alternativ til passivitet vil kunne stå i en psykologisk hindringssammenheng med de kriminelle handlingene.

3.3.2.3 Tilknytning til og/eller ansvar for ting

Eiendomsretten sies tradisjonelt å ha en positiv og en negativ side. Den positive siden går ut på å aktivt ha rett til å råde over tingen som er i ditt eierskap eller som du har disposisjonsrett over, imens den negative siden knyttes til omsorg for tingen. Når det er snakk om medvirkning dreier dette seg da om å hindre at en ting du råder over blir benyttet i kriminelle handlinger. Dette springer ut av et krav om omsorg for det aktuelle middelet.¹⁵²

Omsorg for en ting kan både dreie seg om selve middelet brukt i en kriminell handling av hovedmannen og stedet der denne forbrytelsen begås.¹⁵³ Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1999 s. 996 dreier seg om et slikt middel, et fiskegarn brukt til ulovlig fiske etter forskrifter i Lakseloven og Saltvannsfiskeoven. Eierne av garnet som var leid ut ble av Høyesterett riktignok ikke ansett som medvirker til ulovlig fiske, slik første rettsinstans hadde bedømt forholdet. De tok derimot stilling til hvorvidt hans unnlattelse av å handle direkte kunne rammes av de aktuelle bestemmelsene, ”slik at han hadde en straffrettslig plikt til å gripe inn overfor den ulovlige tilstand som var skapt av andre.”

Høyesterett slår fast at det kun er når omstendighetene tilsier ”at en eier 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(...)”, at en eier kan straffes for noen andres bruk av hans gjenstand til ulovlige formål. Eierne av garnet hadde både kjennskap til den ulovlige benyttelsen av garnet, og mulighet til å avverge dette. En aktivitetsplikt forelå, og han dømt på bakgrunn av sin passivitet.¹⁵⁴

Et tilfelle som oftere er aktuelt finner vi et eksempel på i Rt. 1992 s. 810, der middelet brukt til en ulovlig handling var den tiltalte sin bil. En ruset person hadde fått lov til å kjøre denne, og eieren satt selv på. Bileieren grep ikke inn da sjåføren kjørte svært uforsvarlig. Bilen kjørte på og tok livet av en person, og bilens eier ble dømt for uaktsomt drap på grunn av sin plikt til å gripe inn. Han ble dømt etter straffelovens §239, en bestemmelse som ikke har et medvirkningstillegg. At retten finner bileierens tilknytning til kjøretøyet så sterk at han har en plikt til

¹⁵² Høgberg 2013 s. 144 fotnote 133

¹⁵³ Matningsdal 2008 s. 369

¹⁵⁴ Rt. 1999 s. 996

å gripe inn mot den uforsvarlige kjøringen, gjør dommen aktuell når det er snakk om å reddegjøre for tilknytningskravet ved passiv medvirkning.

En annen persons ulovlige bruk av ens gjenstand kan altså medføre en plikt til å gripe inn. Fremgangsmåten for å statuere straffansvar på grunn av passivitet i Rt. 1999 s. 996 er tilsvarende den vurderingen vi vil se at retten må foreta seg for å statuerer passivt medvirkningsansvar utløst av en handleplikt. At den nye straffeloven har en generell medvirkningsbestemmelse vil kunne føre til at saksforhold lignende det i Rt. 1992 s. 810 i fremtiden kan bli vurdert som et tilfelle av passiv medvirkning.

Spørsmålet om tilknytning til stedet en kriminell handling blir begått har ofte knyttet seg til oppbevaring eller tilvirkning av ulovlige substanser på medvirkerens eiendom. I Rt. 1980 s. 305 var tiltalte i lagmannsretten dømt for medvirkning til oppbevaring av narkotika i sin bolig. I domfellelsen av ham var følgende blitt 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." Høyesterett gikk ikke nærmere inn i en vurdering av hva som skal til for å bli dømt for passiv medvirkning til oppbevaring av ulovlige substanser i ditt hjem, men krever tilsynelatende mer enn det lagmannsretten her hadde gjort. Lagmannsrettens dom ble opphevet, da terskelen lagt til grunn for medvirkning ble funnet å være for vidtfavnende, og for generelt utformet.¹⁵⁵

I Rt. 2005 s. 1319 uttales det noe mer om hva som skal til. Også her kritiserer Høyesterett lagmannsretten for å for enkelt ha konstatert medvirkning til oppbevaring, utelukkende basert på at narkotika ble funnet av politiet på tiltaltes bopel. Tiltalte var klar over at hans venn brakte et betydelig kvantum narkotika inn i hans hjem, at dette ble liggende der imens de var ute av bopelen i flere timer og også etter at de vendte tilbake. "Ved dette let A huset sitt tene som oppbevaringsplass for stoffet. Det er såleis ikkje tale om at ein gjest har med seg stoff under eit kortare besøk, men om at A har medverka ved å stille huset sitt til rådvelde for oppbevaring".¹⁵⁶

¹⁵⁵ Rt. 1980 s. 305

¹⁵⁶ Rt. 2005 s. 1319 (17)

Også tilfeller der huseier ikke selv har oppholdt seg på eiendommen der den kriminelle aktiviteten foregår har vært behandlet av Høyesterett. I Rt. 1995 s. 820 dreide det seg om et utleieforhold, og tiltalte var vel vitende om at leiligheten han leide ut skulle bli brukt til fremstilling av hjemmebrent. Tiltalte bidro ikke til produksjonen på noen annen måte enn ved å være eier av lokalene som ble brukt. Han ble likevel dømt for medvirkning til spritproduksjonen. Retten uttalte om tiltalte "A" at: "Når A leier ut leiligheten vel vitende om at den skal benyttes til produksjon av hjemmebrent, medvirker han helt klart til at produksjonen kommer i stand og kan fortsette".¹⁵⁷ Retten nevner ikke passivitet som medvirkningsgrunnlag, men dommen fastslår uansett klart at tilknytningsforholdet mellom huseier og hans utleieobjekt er en type tilknytning som kan føre til straffansvar for medvirkning.

Med henvisning til det handlingsalternativet en utleier i tilsvarende situasjoner som den i Rt. 1995 s. 820 har til å si opp leieforholdet, påpeker Husabø at dette er et strengt krav fordi "ein leigetakar rettsleg sett har ei nokså sjølvstendig rolle".¹⁵⁸ Tilknytning til eiendom bør dermed, basert på relasjonen, bli ansett som sterkere i de tilfellene en boligeier selv benytter lokalene, enn i de tilfellene han leier dette ut til andre.¹⁵⁹ Tilknytning til stedet der en kriminell handling finner sted er ikke alene avgjørende for å statuere en handleplikt. I utleieforhold skal det vektlegges hvorvidt huseier på forhånd var klar over at kriminelle handlinger ville finne sted, og i tilfellene der oppbevaring av narkotika har funnet sted i medvirkerens eget hjem kreves det at huseieren har latt dette foregå over litt tid.

Høyesterett har i nyere tid fastslått at tilknytning i form av et omsorgsyrke også kan oppstille en handleplikt. I Rt. 2013 s. 1686 ble en pleier idømt straffansvar for å ha forholdt seg passiv til informasjonen hun hadde om at den pleietrengende personen hun var på nattevakt hos ville bli utsatt for et tyveri. Arbeidsplassen hennes var denne mannens hjem og hun var ansvarlig for hans pleie. Hun ble, blant annet, dømt for passiv medvirkning til grovt tyveri i den pleietrengende sin bopel. Den oppstilte handleplikten krevet at hun foretok seg noe mer enn å forlate leiligheten. Tilknytningen hun hadde til mannen og hans bopel gjorde at hun burde, og enkelt kunne, ha gått lenger i å forsøke å avverge tyveriet.

¹⁵⁷ Rt. 1995 s. 820

¹⁵⁸ Husabø 1999 s. 191

¹⁵⁹ Husabø 1999 s. 191

3.3.2.4 Fellesskap og gjengkriminalitet

I tillegg til de nevnte formene for tilknytning som henger sammen med familiære roller, roller i arbeidslivet og roller knyttet direkte til et subjekt, finnes det i tillegg et tilknytningsgrunnlag der den særlige plikten til inngripen ikke nødvendigvis er knyttet til like nære personlige relasjoner som de jeg til nå har redegjort for. Nærheten til saksforholdet kan likevel være svært sterkt når det dreier seg om tilknytning grunnet felles virksomhet, felles kriminalitet eller gjengkriminalitet. Dette gjelder særlig i de tilfellene voldshandlinger eskalerer i forhold til hva som på forhånd var avtalt mellom gjerningsmennene.

I saken behandlet i Rt. 1992 s. 785 bestod tilknytningen mellom medvirker og hovedmann i at de sammen drev et aksjespekulasjonsselskap. Under dissens kom Høyesterett til at medvirkeren, ved ikke å protestere på ulovlige forhold han var blitt klar over skjedde i deres virksomhet, kunne straffes for psykisk medvirkning. Mindretallet mente det ikke var tilstrekkelig grunnlag til å idømme psykisk medvirkning, da det ikke kom klart frem hvorvidt han var klar over at hans passivitet virket inn på kollegaen som en positiv tilskyndelse. Husabø mener dommen må tolkes dit hen at den felles deltakelsen i virksomheten ”utgjorde eit tilstrekkelig tilknytningsgrunnlag til passivt medansvar”, da avgjørelsen ikke i hovedsak baserte seg på om det her var snakk om et konkludent samtykke.¹⁶⁰

Hvor går så grensedragningen for tilknytning i form av felles virksomhet? I avgjørelsen fra 1992 blir det ikke redegjort for hva slags tilknytning eller forpliktelser som må kreves for å kunne statuere passivt medvirkeransvar basert på tilknytning via virksomhet, men Husabø slår klart fast at det i alle fall må dreie seg om noe ”vesentleg meir forpliktande enn reint sosiale fellesskap”.¹⁶¹

I Rt. 1998 s. 1679 ble åtte medlemmer av en motorsykelklubb dømt for brudd på Alkoholloven, grunnet ulovlig skjenking av alkohol fra deres klubblokaler. Ingen av disse medlemmene hadde selv drevet skjenkingen. De ble likevel alle dømt for medvirkning, basert på medlemskap og tilstedeværelse i et etablissement der alle medlemmene hadde like stor innflytelse på hva som skulle foregå. At ingen av medlemmene hadde protestert på at skjenkingen foregikk,

¹⁶⁰ Husabø 1999 s. 194

¹⁶¹ Husabø 1999 s. 194 og fotnote (714)

ble av retten konkludert med som et stilltiende samtykke til den kriminelle aktiviteten i lokalene. Det blir antatt at medlemmene som drev med skjenkingen ble gitt grunn til å tro at medlemmene som forholdt seg passive dermed godtok skjenkingen.¹⁶²

Dommen illustrerer at det i vurderingen av hvorvidt et passivt medvirkningsansvar kan statuere basert på tilknytning grunnet en felles virksomhet, kan være nyttig å se hen til hvordan virksomheten drives. Når det ikke er snakk om underordnede og overordnede er det gunstig å redegjøre for hvem som tar hvilke beslutninger innad i virksomheten. I dette tilfelle førte riktignok ikke tilknytningen til en handleplikt. Dersom det hadde vært tilfellet kunne dette spille inn i avgjørelsen om hvorvidt handling fremfor passivitet ville stått i en hindringssammenheng med den kriminelle virksomheten.

Det kan se ut til at det først blir snakk om en oppstilt handleplikt når det dreier seg om tilknytning basert på deltakelse i *ulovlige* foreninger. I det norske rettsoppgjøret etter andre verdenskrig stod et medlem av det nazistiske "Likvidasjonsstyret" under Nasjonal Samling tiltalt for å ikke å ha foretatt seg noe for å forhindre drapet på en høyesterettsadvokat som var motstandsmann. Den tiltalte var klar over at denne mannen stod i fare for å bli drept, men visste ikke når dette skulle komme til å skje. Han ble frifunnet for dette forholdet, og den samlede straffen ble nedjustert fra en dødsdom til 15 års tvangsarbeid. Dommen statuerte likevel at hans ulovlige deltakelse i "Likvidasjonsstyret" i utgangspunktet burde gitt ham en plikt til å gripe inn i situasjonen.¹⁶³ Dommen er i tråd med læren om passiv medvirkning som en selvstendig kategori, og redegjør tydelig for at medlemmet hadde flere alternativer til det å forholde seg passiv, som ville kunne stått i en hindringssammenheng med drapet på høyesterettsadvokaten.

I Rt. 1949 s. 1003 uttales det at: "Det kan visstnok anføres, at A, dersom han som det er opplyst var en slik motstander av likvideringer - burde ha ringt opp til B (...)" etter at han var blitt klar over at høyesterettsadvokat B skulle likvideres. Det faktum at drapet på høyesterettsadvokaten ble gjennomført tidligere enn det han var klar over, førte til at han ikke kunne holdes

¹⁶² Rt. 1998 s. 1679

¹⁶³ Rt. 1949 s. 1003

ansvarlig for å ikke ha grepet inn i tide, og dermed ikke dømmes for passiv medvirkning til drapet.¹⁶⁴

Vi ser tydelig at det settes en lavere terskel for å konstatere en plikt til å handle når det er snakk om forhold basert på samarbeid eller deltakelse i en større gjeng, sett i forhold til den tilsynelatende høye terskelen ved ekteskap. At det lettere stilles forventning om å gripe inn i tilfeller av gjengkriminalitet, kan blant annet begrunnes med at tilknytningen i form av en gjengrelasjon gjerne kan føre til at kriminelle handlinger blir av en ”en særlig færlig karakter”.¹⁶⁵

Flere Høyesterettsavgjørelser peker tydelig på at man ved å sette seg selv i en situasjon der det er påregnelig at de kriminelle handlingene eskalerer utover det en selv har ønsket å være med på, pådrar seg en slik tilknytning til hovedgjerningsmannen at man har et særlig ansvar for det videre hendelsesforløpet.¹⁶⁶

Tilknytning grunnet forutgående farevoldende handlinger har i mange tilfeller ført til at det er idømt medvirkningsansvar grunnet ren passivitet. Rt. 1995 s. 355 er et tydelig eksempel på dette. En 23 år gammel mann ble her funnet skyldig i medvirkning til et drap som ble begått for å lette gjennomføringen av et ran. Sammen med hoveddrapsmannen hadde 23-åringen vært sentral i planleggingen og ellers gjennomføringen av ranet. Lagmannsrettens uttalelser om hendelsesforløpet blir lagt til grunn av Høyesterett, der det slås fast at ”(...) 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”.¹⁶⁷ Medvirkeren var ikke klar over at hovedgjerningsmannen skulle medbringe eller trekke kniv, men ble dømt for å ha forholdt seg passiv i en situasjon som, grunnet de forutgående og pågående ranshandlingene, hadde utløst en særlig plikt om handling.

¹⁶⁴ Rt. 1949 s. 1003 side 1015-1016

¹⁶⁵ Andenæs 2004 s. 324

¹⁶⁶ Husabø 1999 s. 195, Rt. 1995 s. 1057 og Rt. 1995 s. 1228

¹⁶⁷ Rt. 1995 s. 355 side 356.

En annen type situasjon der forbrytelsens karakter gjør bruk av vold og/eller våpen påregnelig, er slåsskamper. Passiv medvirkning til bruk av kniv under en slåsskamp ble idømt i Rt. 2010 s. 1630. Retten viser til den høye terskelen det er oppstilt for å kunne kreve en plikt til inngripen der det er snakk om tilknytning i form av ekteskap, men konstaterer at terskelen er en helt annen når det er snakk om forutgående felles kriminelle handlinger.

I disse tilfellene "(...) vil det såleis vere ei plikt til inngripping for ein deltakar der ein annan deltakar går lenger enn det som opphavleg var omfatta av forsettet. Ein slik annan deltakar kan ikkje vere passiv til at ein gjerningsperson går lenger enn det dei først hadde tenkt seg, men må då gjere noko for å avbryte handlinga eller utvidinga for å unngå å bli ansvarleg for den fullt ut".¹⁶⁸ Flere domsavsigelser av enda nyere dato legger denne avgjørelsen til grunn for å etablere en handleplikt i tilsvarende tilknytningsforhold, der voldsbruken har eskalert utover det medvirkeren hadde sett for seg.¹⁶⁹¹⁷⁰

Ytterligere to domsavgjørelser der passiv medvirkningsansvar ble idømt grunnet felles kriminalitet, dreide seg om flykapringer. I Rt. 1995 s. 1057 skulle kjæremålsutvalget vurdere lagrettens avgjørelse om å utlevere en straffedømt flykaprer til Tyskland. Under gjennomføringen av flykapringen var kapteinen blitt skutt av tiltaltes medsammensvorner. Kjennelsen ble opphevet fordi lagretten ikke tilstrekkelig hadde vurdert om flykapreren kunne straffes for medvirkning til drapet. Flertallet i lagmannsretten hadde fastslått at det ikke var snakk om noen positiv tilskyndelse fra tiltalte sin side overfor han som tok livet av flykapteinen. Kjæremålsutvalget krevde videre at lagmannsrettens flertall, slik dens mindretall hadde gjort, skulle ha "drøftet nærmere om A gjennom sin deltagelse i flykapringen hadde en særlig plikt til å gripe inn for å hindre drapet på flykapteinen".¹⁷¹

¹⁶⁸ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt (25) og (26)

¹⁶⁹ TOSFI-2012-157995

¹⁷⁰ LG-2013-62946

¹⁷¹ Rt. 1995 s. 1057 side 1066.

I Rt. 1995 s. 1228 behandlet kjæremålsutvalget for annen gang spørsmålet om flykaprerens medvirkning til drap. Det var kjæremålsutvalgets oppfatning ”at de som deltar i en flykapring - eller iallfall 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”. Husabø peker på viktigheten av å lese dette i lys av uttalelsene i Rt. 1995 s. 1057 om flykaprerens særlige plikt til å gripe inn.¹⁷²

NOU 1992:23 til ny straffelov, avsnitt 3.3.1., er i tråd med synet på tilknytning lagt til grunn i de dommene det her er redegjort for. Her vises det til et eksempel der passivitet kan føre til et medvirkeransvar grunnet ”en forutgående, farevoldende handling”: ”A og B er for eksempel blitt enige om å banke opp C. B mister besinnsen og dreper C forsettlig. I et slikt tilfelle vil A ved passivitet lett kunne bli ansvarlig for medvirkning til forsettlig drap. Deltakelsen i overfallet medfører antakelig en plikt for A til å gripe inn overfor B dersom det er mulig.”¹⁷³ Reservasjonen ”dersom det er mulig” knytter seg til forholdene i situasjonen for øvrig, og vil bli gjennomgått i oppgavens avsnitt 3.3.4.1.

¹⁷² Husabø 1999 s. 195

¹⁷³ NOU 1992:23 s. 77, avsnitt 3.3.1

3.3.3 Andre faktorer som kan spille inn

3.3.3.1 Den passive medvirkerens handlingsalternativer

I læren om passiv medvirkning som en egen medvirkningskategori er utgangspunktet tilsynelatende vidt; en særegen form for årsakssammenheng basert på en hindringssammenheng, mellom det medvirkeren kunne ha foretatt seg om han ikke var passiv, og den kriminelle handlingen begått av hovedmannen. Gjennom kravet om tilknytning står vi igjen med en snæver gruppe tilknytningskategorier, der denne tilknytningen fører med seg en handleplikt. I de tilfeller der en slik plikt til å handle har oppstått, står vi så igjen med spørsmålet om hva denne alternative handlingen går ut på, det vil si *"kva tiltalte burde ha gjort"*.¹⁷⁴

I en hypotetisk hindringssammenheng er det nok å kreve at handlingsalternativet enten fysisk eller psykisk ville ha virket imot gjennomføringen av den eller de kriminelle handlingene.^{175, 176} Vi har sett at domstolene i en del tilfeller har fulgt opp Husabøs lære om passiv medvirkning som en særegen medvirkningskategori når det gjelder tilknytningskravet og plikten til å handle. Når det kommer å til kartlegge den passive medvirkerens handlingsalternativer kan det derimot se ut til at det ikke i like stor grad sees hen til viktigheten av hindringssammenhengen.

Husabø kritiserer domstolene for å være tilbakeholdne med å redegjøre for hvilke alternativer den passive medvirkeren hadde. Han mener at denne mangelen ved domsgrunnlagene hindrer læren om passiv medvirkning i å utvikle seg, ved at noe så grunnleggende som den motvirkende hindringssammenhengen blir oversett.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Husabø 1999 s. 197

¹⁷⁵ Husabø 1999 s. 181-183

¹⁷⁶ Rt. 1995 s. 355

¹⁷⁷ Husabø 1999 s. 197

Når medvirkeren i Rt. 1995 s. 355 blir dømt på grunnlag av forutgående kriminelle handlinger og passivitet, nevner ikke retten hva de mener han burde ha foretatt seg for å stanse utviklingen av ranet, eller om det i det hele tatt var mulig, situasjonsbildet sett i betraktning.

I en svært ny avgjørelse i LB-2014-13067 konkluderte lagmannsretten med at en mor både selv hadde mishandlet sine barn, og også passivt medvirket til ektemannens vold mot barna. Med henvisning til "Christoffer-saken" konstateres det at hun hadde en plikt til å søke å forhindre ytterligere voldsbruk fra ektemannens side. Retten unnlater ennå en gang å gjøre rede for hvilke handlingsalternativer medvirkeren hadde. Det påpekes i noe formildende retning at ektemannens voldshandlinger kunne oppstå svært brått, slik at det kunne være knapt med tid for kvinnen til å rå om seg. I denne forbindelse nevnes kun at hennes handlingsalternativ skulle gått ut på "å beskytte barna".^{178, 179}

Andre domsavsigelser er mer grundige når det gjelder å presisere handlingsalternativ. Høyesterett mente i Rt. 1949 s. 1003 at medlemmet av "Likvidasjonskomiteen" burde ha ringt til Høyesterettsadvokaten som var planlagt likvidert, og advart ham. Og revisoren tiltalt i Rt. 1977 s. 6 kunne i følge Høyesterett både ha varslet om forholdene eller satt i gang tiltak som stanset den ulovlige driften.

De her nevnte dommene går i ingen eller liten grad inn på hvorvidt det "reint faktisk var *mulig* for tiltalte å utføre den alternative handlinga som ville hindra eller motverka brotsverket", hvilket i følge Husabø må oppstilles som et minstekrav.¹⁸⁰ Husabø går så langt som å anse dette som en trussel mot prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt. Ikke bare bør retten vurdere hva en alternativ handling kunne bestått i. Den må også vurdere hvorvidt en slik handling var mulig å gjennomføre, basert på tid, evne og andre omstendigheter. Til sist må det vurderes om det forelå særlige forhold som ville føre til at det var urimelig å kreve en slik handling av medvirkeren.¹⁸¹

¹⁷⁸ LB-2014-13067

¹⁷⁹ Dommen ble avsagt i oktober 2014, og det er meg ukjent hvorvidt den har blitt/vil bli anket til Høyesterett.

¹⁸⁰ Husabø 1999 s. 197 siste avsnitt

¹⁸¹ Husabø 1999 s. 197

Et slikt minstekrav om mulighet til å gjennomføre handlingen er også lagt til grunn i forarbeidene til ny straffelov. Der det er oppstått en handleplikt basert på forutgående voldelige handlinger, uttales det at det må oppstilles en reservasjon for den alternative handlingen, uttrykt slik: ”Også hvor det foreligger en forutgående, færevoldende handling, kan passivitet medføre medvirkeransvar. A og B er f.eks. blitt enige om å banke opp C. B mister besinnelsen og dreper C forsettlig. I et slikt tilfelle vil A ved passivitet lett kunne bli ansvarlig for medvirkning til forsettlig drap. Deltakelsen i overfallet medfører antakelig en plikt for A til å gripe inn overfor B *dersom det er mulig*.”¹⁸²

I Rt. 1948 s. 894 ble to jaktkamerater dømt for medvirkning til ulovlig jakt, da de ved å ikke forhøre seg med sin tredje jaktkamerat om hans felling, endte med å skyte ett dyr over sin jaktkvote. De to kameratene var klar over at jaktlaget hadde forfulgt ikke ett, men to dyr og de hadde hørt et skudd bli avfyrt. De hadde både mulighet og grunn til å få utfallet av skuddet avklart med det tredje medlemmet, før de selv felte et dyr. Minstekravet om mulighet til å foreta seg en alternativ handling var altså oppfylt.

I ”Christoffer-saken” går lagmannsrettens i sin avgjørelse i saken mot guttens mor nøye igjennom hennes handlingsalternativer, og hvorvidt disse kunne bli krevet av en omsorgsperson. Å varsle barnevernet eller politiet, når man har mistanke om at sin ektefelle mishandler barnet ditt, blir sett på som et handlingsalternativ som ikke kan kreves av moren. Dette baserer retten på forholdet mellom moren og gjerningsmannen. De var gift, bodde sammen, og moren ønsket å bo sammen med han videre. I saker der medvirkeren ikke har et slikt dobbelt tilknytningsforhold til både offer og gjerningsmann, er det sannsynlig at dette handlingsalternativet vil kunne bli oppstilt som reelt. Handlingsalternativet som retten derimot mener er et minstekrav i en sak som denne, er å ”søkje å hindre eller motverka videre valdsutøving”, og dommen skisserer flere mulige måter hun kunne gjort dette på; alternativer som ikke var så dramatiske som å melde ektemannen til barnevern eller politi. Retten konkluderte altså med at moren hadde et antall ulike handlingsalternativer tilgjengelige, som gjorde at hun hadde ”høve til” å forhindre eller motvirke videre valdsutøvelse mot Christoffer.¹⁸³

¹⁸² NOU 1992:23 s. 77, avsnitt 3.1.1 (Min kursivering)

¹⁸³ LA-2012-92858

Det passive medvirkningsansvaret blir altså snevret inn ved at det ikke kan kreves at den som forholdt seg passiv heller skulle foretatt seg alle mulig tenkelige handlinger, selv om disse kunne hindret hovedgjerningsmannens lovbrudd. I tillegg til personlige forhold som det mellom ektefeller, kan også tid og graden av fare spille inn.

Når det er snakk om å avverge voldshandlinger er det særlig tidsaspektet som kan bli avgjørende for muligheten til å motvirke. I Rt. 1995 s. 355 ble en mann dømt til passiv medvirkning til drap, begått under et ran han begikk sammen med hovedgjerningsmannen til drapet. Om handlingsalternativet uttaler retten, om enn noe uklart hva gjelder selve handlingen, følgende: ”Da han oppdaget kniven i C's 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 C kunne stikke i desperasjon og narkotisk rus og gjorde likevel intet for å avbryte ranet eller stoppe C”.¹⁸⁴

Hvilke alternativer medvirkeren her hadde til å avbryte ranet eller stanse hovedgjerningsmannen, blir ikke listet opp. Men i vurderingen av om det i det hele tatt var mulig for ham å motvirke situasjonens utvikling blir han altså dømt på tross av kort tid til å gjennomføre den alternative handlingen.

Når retten påpekte at hovedgjerningsmannen var desperat og i narkotisk rus, skisserer dette at en inngripen kunne blitt svært farlig for medvirkeren. Det samme må kunne sies å gjelde i Rt. 1995 s. 1228, der det var snakk om å forsøke å motvirke drapet på kapteinen under en flykapping. Husabø tolker Høyesteretts avgjørelser dit hen at fare for eget liv bør tas med i vurderingen av hvorvidt den alternative handlingen var mulig, men at medhjelperne ved å delta allerede hadde satt både seg selv og andre i fare. Fareaspektet ved en alternativ handling kunne dermed ikke føre til frifinnelse.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Rt. 1995 s. 355

¹⁸⁵ Husabø 1999 s. 198

Hvilke former for tilknytning som fører til en handleplikt kan også sees i lys av kravet om handlingsalternativer. Rt. 1998 s. 459 og Rt. 2005 s. 934 fremstår som to tydelige eksempler på dette. I begge disse sakene ble spørsmålet om passivitet som en form for positiv tilskyndelse satt på spissen, men om tilknytning ble det i begge saker uttalt at noe samtykke eller tillatelse fra ektefellen verken er nødvendig, eller dermed trolig avgjørende, for hovedgjerningsmannens handlinger i disse sakene. Ser vi dette i lys av kravet om hindringssammenheng og kravet om handlingsalternativer, kan vi lese disse rettsavgjørelsene slik at ektefellenes protester mindre sannsynlig ville motvirket de kriminelle handlingene. Videre finnes det få andre handlingsalternativer enn å protestere som vil kunne være mulig å kreve av en ektefelle, slik som å selv flytte ut eller melde ektefellen til politiet. Vi har sett i ”Christoffer-saken” at politianmeldelse av sin nærmeste vanskelig kan kreves som et aktuelt handlingsalternativ.

Husabø trekker paralleller mellom straffbar fysisk medvirkning i form av å leie ut lokaler til ulovlig virksomhet og det å ha en plikt til inngripen ovenfor en leietaker som utfører slike handlinger. I begge tilfeller må terskelen anses å være ganske høy med tanke på når boligeieren plikter å si opp sin leietaker, hvilket jo vil være et aktuelt handlingsalternativ i det siste tilfellet.¹⁸⁶ At tilknytningen, basert på den menneskelige relasjonen, anses sterkere i de tilfellene der utleier selv benytter lokalet, kan ha sammenheng med de mulige handlingsalternativene som ligger medvirkeren for hånden. Sett i lys av dette er det forståelig at retten har vært tilbakeholden med å oppstille en handleplikt i situasjoner der en utleier av lokaler har forholdt seg passiv til kriminell virksomhet på hans eiendom.

¹⁸⁶ Husabø 1999 s. 191

3.3.3.2 Alvorlighetsgraden

Ved en gjennomgang av de ulike tilknytningsforholdene og hvorvidt disse fører til en handleplikt kan man ane en sammenheng mellom sakenes alvorlighetsgrad og kravet til inngripen. Ved tilknytning i form av ekteskap og eierskap til eiendom settes terskelen for en handlingsplikt svært høyt. I disse sakene har det i stor grad vært tale om oppbevaring, kjøp og salg av narkotika og brennevin. Ved tilknytning i form felles kriminalitet, forutgående kriminelle handlinger og foreldrerollen synes terskelen å være lavere. Her har det vært snakk om mer alvorlige forbrytelser, begått direkte mot andre individer. Sakene jeg har gjennomgått har i stor grad dreiet seg om grove voldshandlinger.

I Høyesteretts ankeutvalgs behandling i saken mot Christoffer Kiele Gjerstad sin mor er ikke alvorlighetsgraden nevnt i presiseringen av det passive medvirkningsansvaret. Lagmannsretten var derimot innom dette i sin avgjørelse i denne saken. Det var først da Christoffers mor tydelig var kjent med stefarens handlinger, og forstod at dette ville kunne pågå over lengre tid, at passivitet i seg selv var nok til å oppstille en handleplikt. I en situasjon der hun var kjent med at stefaren *hadde* slått gutten, krevde lagmannsretten solidarisering for å fastslå medvirkningsansvar.¹⁸⁷

Alvorlighetsgraden er et av de sterke bakenforliggende hensyn som taler for at man kan straffes for passiv medvirkning der flere går sammen om kriminelle handlinger. Handlingsalternativene kan være få og tiden til å gripe inn være knapp når en slik virksomhet plutselig eskalerer, fra eksempelvis planlagt ran til drapsforsøk eller drap. Likevel har retten idømt passiv medvirkning i slike situasjoner, basert på alvorlighetsgraden av forbrytelsen man mener medvirkeren burde agert mot.¹⁸⁸

Høyesterett har derimot vært tilbakeholden med å idømme et passivt medvirkeransvar der det har vært snakk om oppbevaring eller tilvirkning av narkotiske stoffer i eget hjem eller i utleid bolig.

¹⁸⁷ LA-2012-92858 og Rt. 2013 s. 1015

¹⁸⁸ Rt. 1995 s. 355

Medvirkningsansvarets skjønnsmessige karakter kan være med på å begrunne hvorfor primærforbrytelsens alvorlighetsgrad har spilt inn ved grensedragningen for passiv medvirkning. Det skal mer til for at å komme i strid med legalitetsprinsippet, dersom tolkningene ikke blir for vidtrekkende. Når det er snakk om en forbrytelse av en svært alvorlig grad er det mer nærliggende at medvirkeren forstår at hans passive rolle kan føre med seg et straffansvar.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Høgberg 2013 s. 137

3.4 Avsluttende bemerkninger

I dag hersker det ingen tvil om at passivitet kan straffes som medvirkning til straffbare handlinger. Dette er slått fast i juridisk teori, i rettspraksis og i forarbeidene til ny norsk straffelov. At det verserer en uenighet om passiv medvirkning sin plassering i medvirkningslæren, fremstår som forståelig når man ser hen til eldre rettspraksis. Kravet til solidarisering som er lagt til grunn i et stort antall saker har stått i veien for at passiv medvirkning har fått gjennomslag som en egen kategori. I nyere tid har det tydelig skjedd en utvikling og Høyesterett har i visse typer situasjoner basert avgjørelser på hvorvidt det er oppstått en handleplikt, og ikke lenger kun vurderer hvorvidt passivitet hos en medvirker kan fastslås å være form en for psykisk medvirkning.

Vurderingstemmet er da det medvirkeren *ikke* gjør, og en spesiell form for årsakssammenheng der det ikke er *resultatet* av dette som er avgjørende for å konstatere medvirkningsansvar kan lett bli oppfattet som u håndgripelig. Det er heller ikke vanskelig å ha forståelse for kritiske røster som har hevdet at det er en fare for rettsikkerheten med et så skjønnsmessig utgangspunkt for en medvirkningslære. At dette er et kronglete juridisk landskap bekreftes av tidsbruken frem til rettsaken etter Christoffer Gjerstad Kihles død, samt uttalelsene fra Riksadvokatens kontor om vanskeligheten ved å plassere straffansvaret juridisk i denne saken.

Ved å stille en rekke oppfølgingsspørsmål etter at teorien om en hindringssammenheng har blitt lagt til grunn, ser vi likevel at passiv medvirkning som en egen kategori favner ganske snevert og fremstår som tydelig. Hvem kan få en plikt til å handle, hvorfor og i hvilke situasjoner? Hva slags handlinger kunne vært alternativet til å forholde seg passiv? Og hvor langt kan vi kreve at vedkommende burde gått i å hindre den kriminelle handlingen, sett i lys av personlige forhold, tidsperspektiv og fare for eget liv og helse?

Når alle disse spørsmålene blir grundig besvart av domstolene vil ikke et passivt medvirkningsansvar, der solidarisering eller konkludent samtykke ikke kreves, fremstå som en fare for folks rettssikkerhet. Dette fordrer at retten særlig foretar grundige redegjørelser av handlingsalternativene en passiv medvirker hadde, når de legger vurderingen av en hypotetisk hindringssammenheng til grunn.

Omsorg for barn og tilfeller av eskalerende forutgående kriminalitet er de to formene for tilknytning der terskelen synes lavest for å ilegge en person en handleplikt. Det er også i disse tilfellene vi har sett at Høyesterett aller tydeligst legger Husabøs lære om hindringssammenheng til grunn. Retten har kommet langt i å grundig redegjøre for hvorfor en handleplikt oppstår i disse situasjonene, hvordan det motsatte av å forholde seg passiv ville kunne stått i hindringssammenheng med den kriminelle handlingen, og hvor mye som kunne kreves av medvirkeren.

”Christoffer-saken” skiller seg særlig ut ved at lagmannsretten tydelig redegjorde for den tiltaltes handlingsalternativer. Dette må følges opp av retten også i de sakene der en handleplikt er konstatert på bakgrunn av andre typer tilknytning. Høyesteretts ankeinstans så i ”Christoffer-saken” behovet for en grundig redegjørelse av passivt medvirkningsansvar, da lagmannsretten ikke klart nok uttalte at det på grunn av en oppstilt handleplikt i denne saken utvilsomt kunne ilegges straffansvar for medvirkning på grunn av ren passivitet. Ved hjelp av to rettsinstanser var til slutt alle tilleggkrav som hører inn under læren om passiv medvirkning som en egen medvirkningskategori redegjort for. Forhåpentligvis fremstår sakens gang som en oppmaning til domstolene om å utvise grundighet i fremtidige saker der retten finner at ren passivitet er brudd på en klar handleplikt.

Litteraturliste

Litteratur:

Mæland, Henry John, "Norsk Alminnelig Strafferett", 2012.

Husabø, Erling Johannes, "Straffansvarets periferi. Medverkning, forsøk, førebuing", 1999.

Andenæs, Johs., "Alminnelig strafferett", 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Riber-Mohn, 2004.

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

Eskeland, Ståle, "Strafferett", 2. utgave, 2006.

Getz, Bernhard, "Juridiske Afhandlinger. Om den saakaldte delagtighed i forbrydelser", 1876.

Utgitt av Francis Hagerup, 1903.

Matningsdal, Magnus, "Medvirkning til straffbare handlinger - hovedpunkter", i Jussens Venner vol. 43, s. 357-383, 2008.

Høgberg, Alf Petter og Tøssebro, Henriette Nilsson, "Om aktiv og massiv medvirkning" i "Rettsikker radikaler, festskrift til Ståle Eskeland 70 år", 2013.

Norsk lov:

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

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

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.

Den norske Straffelov - Lov angaaende Forbrydelser av 20. august 1842 (Kriminalloven).

Lov om barn og foreldre (Barnelova) av 08. april 1981 nr. 7.

Forarbeider:

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

NOU 2002: 4 "Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII".

Ot. Prp. nr. 90 (2003-2004) "Om lov om straff (straffeloven)".

Konvensjoner:

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950, inkorporert i norsk lov i Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i Norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

Nyhetskilde:

”Christoffers mor tiltales”, publisert på Aftenposten.no den 23. juni 2011,
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article4155189.ece>

Rettspraksis:

TOSFI-2012-157995

LA-2008-179127

LA-2012-92858

LG-2013-62946

LB-2013-11613

LB-2013-186553

LB-2014-13067

HR-2009-1436-U

Rt. 1907 s. 333

Rt. 1926 s. 581

Rt. 1936 s. 612

Rt. 1945 s. 13

Rt. 1947 s. 69

Rt. 1948 s. 894

Rt. 1949 s. 1003

Rt. 1950 s. 342

Rt. 1957 s. 476
Rt. 1977 s. 6
Rt. 1980 s. 305
Rt. 1982 s. 1315
Rt. 1987 s. 699
Rt. 1989 s. 1004
Rt. 1992 s. 785
Rt. 1992 s. 810
Rt. 1995 s. 355
Rt. 1995 s. 820
Rt. 1995 s. 1057
Rt. 1995 s. 1228
Rt. 1998 s. 176
Rt. 1998 s. 459
Rt. 1998 s. 1679
Rt. 1999 s. 996
Rt. 2001 s. 1671
Rt. 2003 s. 1455
Rt. 2003 s. 902
Rt. 2005 s. 934
Rt. 2005 s. 1319
Rt. 2007 s. 1056
Rt. 2009 s. 1365
Rt. 2010 s. 1630
Rt. 2013 s. 1015
Rt. 2013 s. 1686