

Medvirkningslæren i finsk, norsk og svensk rett – en komparativ undersøkelse

Professor dr. juris Johan Boucht

Boucht er cand.jur. fra Helsingfors universitet (2004) og dr. juris fra Uppsala universitet (2011). Han er nå professor i strafferett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, og professor II i prosjektet politi- og påtalerett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen.

Johan.boucht@jus.uio.no

Sammenfatning

I artikkelen sammenlignes finsk, norsk og svensk medvirkningslære. De tre landene er interessante som sammenligningsobjekt ettersom de representerer tre forskjellige tilnærminger til medvirkningslæren: strikt aksessoritet, ingen aksessoritet og begrenset aksessoritet. Etter en kort redegjørelse for medvirkningslæren i respektive land sammenlignes fem forskjellige aspekter: 1) aksessorisk og ikke-aksessorisk medvirkningsansvar, 2) passiv medvirkning, 3) forsøk til medvirkning, 4) skyldkrav og 5) strafferammene. Sammenligningen viser at selv om det finnes likheter, foreligger det mange interessante ulikheter ved hvordan de tre rettsordningene dogmatisk håndterer medvirkningsproblematikken.

Nøkkelord: medvirkning, nordisk strafferett

1. Innledning

Medvirkningsansvar innebærer en personell utvidelse av det strafferettslige ansvaret, slik at også andre enn den som overtrer straffebudet, kan straffes. Den sentrale begrunnelsen for å straffe også andre enn gjerningspersonen er at når et straffebud overtres ved samvirke mellom flere personer, så har alle delhandlinger en så klanderverdig kobling til krenkelsen av den rettslige interessen at de fortjener å straffes.¹ Regler om det strafferettslige medvirkningsansvaret er dermed en viktig del av strafferettens alminnelige prinsipper. Selv om begrunnelsen for å straffe delaktige i utgangspunktet er nokså klar, sier dette ikke i seg selv noe om hvordan den

¹ Se f.eks. Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Fribet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utg. (Fagbokforlaget 2019), s. 319–320. Se imidlertid også Johs. Andenæs, «Av medvirkningslæren i norsk rett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (1940), s. 253, som finner medvirkningsansvarets prinsipielle berettigelse, «både teoretisk og praktisk», i at medvirkeren har «i gjerning lagt sin samfunnsfarlighet for dagen – om enn ikke i samme grad som den egentlige hovedmann».

strafferettslige medvirkningslæren bør utformes dogmatisk, og hvorvidt det er kriminalpolitisk hensiktsmessig at ansvaret utvides.

I norsk rett fikk Bernhard Getz' lære stor innflytelse på hvordan medvirkningslæren ble utformet. I sin klassiske avhandling *Om den saakaldte Delagtighet i Forbrytelse* fra 1876 fremla han sin oppfatning om at det ikke fantes grunn til å skille på en «gjerningsmand» og de «delagtige» ettersom begge ut fra kausalitetslæren er betingelser for overtredelsen av straffebudet. Ifølge Getz trengte man derfor ikke noen egentlig medvirkningslære. Den prinsipielle basen for medvirkningslæren i straffeloven 1902 ble dermed at ansvaret for hver deltager skulle vurderes mest mulig selvstendig. I strl. 2005 ble medvirkningslæren i strl. 1902 i hovedsak videreført, selv om loven nå fikk en generell medvirkningsbestemmelse i strl. § 15.

Jeg har av redaksjonen for *Tidsskrift for strafferett* blitt bedt om å sammenligne den norske medvirkningslæren med den finske og svenske. Selv om nordisk rett i mange henseender oppviser betydelige likheter, finnes også mange ulikheter. Tilnærmingen til strafferettslig medvirkning er et slikt eksempel.²

I det følgende redegjøres kort for medvirkningslæren i norsk, finsk og svensk rett. I lys av konteksten har jeg funnet det hensiktsmessig med en noe mindre utførlig fremstilling av norsk rett. Etter dette sammenlignes fem ulike spørsmål: 1) aksessorisk og ikke-aksessorisk medvirkningsansvar (avsnitt 4.1), 2) passiv medvirkning (avsnitt 4.2), 3) forsøk til medvirkning (avsnitt 4.3), 4) skyldkrav (avsnitt 4.4) og 5) strafferammene (avsnitt 4.5). I kapittel 5 gjøres noen avsluttende betraktninger og rettspolitiske refleksjoner. Men først gjøres noen korte metodologiske bemerkninger.

2. Noen metodologiske bemerkninger

En komparativ analyse er alltid utfordrende, også mellom så likartede land som de nordiske, ikke minst i lys av nasjonale variasjoner i begrepsbruken. Noe bør derfor sies om de begrepsmessige utgangspunktene for denne undersøkelsen.

Formålet med sammenligningen er dels å presentere finsk og svensk medvirkningslære på en oversiktlig måte for et norsk publikum, dels å identifisere sentrale likheter og forskjeller i medvirkningslærene. De fem temaene i kapittel 4 har blitt utvalgt mot denne bakgrunnen. Medvirkningslæren er imidlertid en kompleks del av strafferetten, og hvert av disse temaene ville være tjent med en egen undersøkelse.

² Kimmo Nuotio, «Participation in Crime in Nordic Criminal Laws: Variations on a Theme», i Jaakko Husa/Kimmo Nuotio/Heikki Pihlajamäki (eds.), *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism* (Intersentia 2007), s. 148, nevner som en mulig forklaring til forskjellen mellom finsk/svensk og norsk medvirkningslære at selv om tysk strafferettsideologi generelt hadde stor innflytelse i de nordiske land, så kom de finsk-svenske straffereformene til under en periode da den klassiske strafferettens innflytelse fortsatt var sterk, mens de danske/norske reformene skjedde i begynnelsen av 1900-tallet da denne innflytelsen var i tilbakegang og den sosiologiske skolens innflytelse var i økning.

Selv om det foreligger ikke ubetydelige variasjoner i hvordan «forbrytelsesbegrepet» («brottsbegreppet») konstrueres dogmatisk i finsk, norsk og svensk rett, er de materielle betingelsene for straffansvar i hovedsak nokså like. Straffansvar krever som hovedregel oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsens objektive ansvarsvilkår (herunder også fravær av objektive rettmessighetsgrunner³) og subjektive ansvarsvilkår (herunder også fravær av unnskyldingsgrunner⁴).⁵ Medvirkning og forsøk utgjør særlige førøvelsesmåter i alle tre land.

Straffeloven benevnes «strafflagen» i Finland (SL) og «brottsbalken» i Sverige (BrB). «Ledd» i norsk rett benevnes «moment» (mom.) i finsk rett og «stycke» (st.) i svensk. Ved lovreferanser brukes i det følgende respektive lands henvisningsteknikk. Følgende referanse til finsk rett, «SL 5:2,3», og til svensk rett, «BrB 5:2 2 st.», tilsvarer i en norsk kontekst en referanse til 5. kapittel § 2 3. ledd. «Högsta domstolen» forkortes gjennomgående HD. Högsta domstolens avgjørelser refereres i svensk rett i Nytt Juridisk Arkiv (NJA); i finsk rett får de et eget diarienummer (f.eks. HD 2014:22). «Regeringens proposition» i finsk rett forkortes gjennomgående «RP»; eldre svenske forarbeider refereres i Nytt Juridisk Arkiv, andra avdelningen (NJA II).

³ Hva som anses å utgjøre objektive rettmessighetsgrunner varierer, men innbefatter ofte nødverge, nød, selvtekt, og offentligrettslig bruk av makt som rettmessighetsgrunner. Samtykke oppfattes iblant som en rettmessighetsgrunn (f.eks. Petter Asp/Magnus Ulväng/Nils Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, 2. oppl. (Iustus förlag 2013)), iblant som et ledd i de objektive betingelsene (Frände 2012, Gröning mfl. 2019). Forsett og uaktsomhet vurderes tradisjonelt som et ledd av de subjektive betingelsene i alle tre land. Nyere finsk doktrine vurderer imidlertid subjektiv skyld under gjerningsbeskrivelsen (se f.eks. Dan Frände, *Allmän straffrätt*, 4. oppl. (Forum Iuris 2012)). Også i norsk rett vurderer Gröning mfl. 2019 subjektiv skyld som en del av gjerningsbeskrivelsen.

⁴ Distinksjonen mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldingsgrunner er i hovedsak etablert i finsk og svensk rett, men er omdiskutert i norsk rett. I norsk rett er den gjennomgående brukt av enkelte (se Gröning mfl. 2019), anerkjent men ikke brukt av andre (se Johs. Andenæs ved Knut Erik Sæter og Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 4. utg. (Universitetsforlaget 2016), eller avvist som dogmatisk irrelevant (se Thomas Frøberg, «Skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner», *Jussens Venner* (2012)). Proposisjonen til strl. 2005 opererer med et skille mellom dels objektive grunnvilkår for straff som også innbefatter objektive straffrihetsgrunner, dels subjektive vilkår for straff, som i tillegg til forsett og uaktsomhet også innbefatter rettsvillfarelse (Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)). Jeg mener generelt at distinksjonen fyller en viktig funksjon uansett eventuelle dogmatiske implikasjoner, ved å fremheve den etiske distinksjonen mellom at en gjerningsperson er straffri fordi han har utført en rettmessig (tillatt) handling, og at han har utført en rettsstridig handling som i det konkrete tilfellet kan unnskyldes. Hva som utgjør unnskyldningsgrunner, varierer noe i ulike fremstillinger, men anses ofte å innbefatte rettsvillfarelse, eksess (i nødverge, nød, og selvtekt) samt politiprovokasjon (se imidlertid Gröning mfl. 2019 som anser at også tilregnelighet utgjør en unnskyldningsgrunn).

⁵ I svensk rett er alder og tilregnelighet imidlertid ikke betingelser for strafferettslig ansvar. Ifølge BrB 1:6 får imidlertid «[f]ör brott som någon begått innan han fyllt femton år [...] inte dömas till påföljd». Hvis lovbruddet er begått under innflytelse av «allvarlig psykisk störning», gjelder et fengselsforbud etter BrB 30:6. Forsettet er nokså likt definert i alle tre land med unntak for forsettets nedre grense. Alle tre land opererer med hensiktsforsett («avsiktsuppsåt» i finsk og svensk rett), og visshetsforsett («säkerhetsuppsåt» i finsk rett og «innsiktsuppsåt» i svensk rett). Finsk og norsk rett opererer også med sannsynlighetsforsett («sannolikhetsuppsåt»), som i finsk rett utgjør forsettets nedre grense (jf. SL 3:6). I norsk rett er dolus eventualis forsettets nedre grense. Svensk rett opererer ikke med sannsynlighetsforsett, og likegyldighetsforsett («dikgiltighetsuppsåt») utgjør forsettets nedre grense (jf. NJA 2004 s. 176). Uaktsomhetens materielle innhold er nokså likt i alle tre land: bevisst uaktsomhet vurderes som risikoinnsikt om at gjerningsbeskrivelsen kan oppfylles, mens ubevisst uaktsomhet forstås i termer av en overtredelse av en objektiv forsvarlighetsnorm, og at gjerningspersonen kan klandres for denne overtredelsen. De dogmatiske strukturene kan imidlertid variere.

2. Oversikt over medvirkningslæren i norsk, finsk og svensk rett

2.1 Medvirkningsansvaret i norsk rett

I norsk rett er medvirkningsansvaret regulert i strl. § 15:

Et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt.

Medvirkningsansvaret er dermed generelt og gjelder også spesialstrafferetten (jf. strl. § 1).⁶

Norsk medvirkningslære bygger på et ikke-aksessorisk ansvar slik at hver deltaker vurderes selvstendig etter sin innsats.⁷ Medvirkeren kan derfor i prinsippet straffes selv om hovedovertredelsen ikke er straffbar eller det f.eks. ikke er årsakssammenheng mellom medvirkningen og hovedgjerningspersonens handling.⁸ I Straffelovkommisjonens delutredning V beskrives selvstendigheten på følgende måte:

På samme måte som i dag innebærer det at medvirkeren kan straffes selv om hovedgjerningspersonen ikke kan det, for eksempel på grunn av lav alder eller fordi det for hans vedkommende foreligger en straffrihetsgrunn. Omvendt kan medvirkeren gå fri mens hovedgjerningspersonen blir straffet, for eksempel fordi medvirkeren ikke oppfyller de subjektive vilkårene for straff.⁹

Selv om det ikke sondres mellom ulike delaktighetsformer, bygger strl. § 15 på en begrepsmessig distinksjon mellom hovedgjerning og medvirkningsgjerning («medvirker til overtredelsen»). Distinksjonen er imidlertid i hovedsak uten relevans for ansvarfordelingen og strafferammene (jf. strl. § 80).

«Overtredelsen» i strl. § 15 (hovedgjerningen) utgjør medvirkningens referansepunkt, dvs. det som medvirkeren objektivt medvirker til («medvirkningsobjekt»), og sikter til en kontrollert hovedgjerning som passer inn under straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse.¹⁰ Hovedgjerningen beskrives som den umiddelbare utføringen av lovbruddet.¹¹ Ved følgedelikt anses hovedgjerningspersonen dermed å være den som «utfører den siste handlinga før følgja blir utløyst [...] utan noko mellomkomande menneskeleg val og handling», og ved

⁶ Enkelte spesialsituasjoner finnes. I f.eks. strl. § 177 er medvirkning til at noen påfører seg selv betydelig skade på kropp eller helse, eller at noen tar sitt eget liv, kriminalisert selv om handlingene i seg selv (eller forsøk dertil) ikke er kriminalisert. Strengt tatt dreier dette seg imidlertid ikke om medvirkning, men om en selvstendig overtredelse av et straffebud. I enkelte tilfeller er medvirkningsansvar utelukket i straffebudet, f.eks. strl. § 129 (deltakelse mv. i voldelig sammenslutning med politiske mål), § 136a (deltakelse mv. i en terrororganisasjon) og § 209 (brudd på taushetsplikten).

⁷ Se f.eks. NOU 2002: 4, s. 211, Erling Johannes Husabø, *Straffansvarets periferi. Medvirkning, forsøk og forebuing* (Universitetsforlaget 1999), s. 254–258, Andenæs 2016, s. 341–344, Gröning mfl. 2019, s. 325–328.

⁸ NOU 1992: 23, s. 76, Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 197. Se Gröning mfl. 2019, s. 323–328, for en mer detaljert diskusjon.

⁹ NOU 1992: 23, s. 78. I praksis er dette fremholdt f.eks. i Rt. 2013 s. 789, p. 55.

¹⁰ Gröning mfl. 2019, s. 326. Jf. også f.eks. HR-2017-1673-A og HR-2020-1682-R

¹¹ NOU 1992: 23, s. 74, og Husabø 1999, s. 64.

handlingsdelikt den som «står for dei kroppsrørslene som umiddelbart (utan mellommann) får slik følgje at (den prinsipale) gjerningsskildringa blir rekna for oppfylt».¹²

Hva som utgjør medvirkning, bestemmes i lys av årsaksrelasjonen mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen. Årsakskravet ved medvirkning er mindre strengt enn det alminnelige strafferettslige årsakskravet (*conditio sine qua non*). Det er tilstrekkelig at det foreligger et såkalt medvirkende årsaksforhold.¹³

Medvirkningen kan være av enten fysisk, psykisk eller passiv art, og den kan gis før og under, men ikke etter at hovedgjerningen er utført (jf. Rt. 2014 s. 930), med mindre den var avtalt i forveien.¹⁴ Ved fysisk medvirkning bistår medvirkeren hovedgjerningspersonen med en fysisk innsats, f.eks. ved å gi midlet for den straffbare handlingen (f.eks. en kniv eller gift) eller ved å fjerne hinder eller organisere transport. Ved psykisk medvirkning må medvirkeren enten positivt ha tilskyndet handlingen eller styrket gjerningspersonens forsett. Ren passivitet, å bare være til stede, er som utgangspunkt ikke nok for å etablere strafferettslig ansvar (jf. Rt. 2015 s. 149). Blir passiviteten derimot oppfattet som et samtykke til at hovedgjerningen blir begått, anses kravene til straffbar medvirkning å være oppfylt.¹⁵ I praksis har også passivitet overfor en straffbar handling vart tilstrekkelig for medvirkningsansvar dersom den passive har blitt ansett å ha en handleplikt, f.eks. som følge av omsorgsansvar (jf. Rt. 2013 s. 686, HR-2019-546 mfl.). Ved vurderingen av medvirkningens grenser blir den alminnelige rettsstridsreservasjonen viktig for å avgrense bl.a. medvirkningshandlinger som har et dagligdags preg og isolert sett ikke er straffverdige.¹⁶

Skyldkravet for medvirkeren er forsett eller uaktsomhet. Dersom straffebudet rammer både forsettlig og uaktsom overtredelse, og det ikke er gjort unntak fra § 15, rammes dermed også uaktsom medvirkning.¹⁷ Dekningsprinsippet krever et såkalt dobbelt forsett: medvirkerens forsett må omfatte dels det han eller hun selv gjør, dels at det han eller hun gjør, medvirker til forbrytelsen og det gjerningsbeskrivelsen omfatter.¹⁸ Forsettskravet vedrørende hovedgjerningen er nokså generelt. I Rt. 2008 s. 1342 fant Høyesterett at det ikke var «et vilkår for domfellelse at forsettet omfatter hvem den fornærmede er, eller hva som blir borttatt – så lenge forsettet knytter seg til at det blir begått et grovt ran innen rimelig tid».

¹² Husabø 1999, s. 64–66. Se også Gröning mfl. 2019, s. 326–327, for en diskusjon.

¹³ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 411, Andenæs 2016, s. 326. Det svake årsakskravet gjør at ansvaret iblant strekkes vel langt (jf. Rt. 1982 s. 1315 og Rt. 1989 s. 1004).

¹⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 410. Dette innebærer at straffebudets ordlyd om når lovbruddet er fullbyrdet, blir relevant.

¹⁵ Se også Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 412.

¹⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 411.

¹⁷ Matningsdal, *Juridica* § 15, 3.4.

¹⁸ Se f.eks. Gröning mfl. 2019, s. 171–173.

2.2 Medvirkningsansvaret i finsk rett

Finsk rett sonderer tradisjonelt mellom ansvar som gjerningsmann og såkalt egentlig delaktighet. Den første kategorien omfatter «gärningsmannskap», «medgärningsmannskap» (SL 5:3) og «medelbart gärningsmannskap» (SL 5:4), mens den andre omfatter «anstiftan» (SL 5:5) og «medhjälp» (SL 5:6). Bestemmelsene gjelder både forbrytelsene i SL og i spesiallovgivningen.

Medvirkningslæren bygger på et aksessorisk medvirkningsansvar, slik at medvirkerens ansvar er strengt bundet opp mot hovedgjerningen (streng aksessoritet).¹⁹ Medvirkningsansvar forutsetter at samtlige straffansvarsforutsetninger for hovedgjerningen er oppfylt, både objektive og subjektive.²⁰

Utgangspunktet i SL er at en person utfører den straffbare handlingen («den som»), f.eks. voldtekt (SL 20:1) eller drap (SL 21:1). Den som har utført den gjerning som svarer til det eller de verb som gjerningsbeskrivelsen beskriver, er da gjerningsmann. Hvis flere personer selvstendig har utført en handling som hver for seg oppfyller gjerningsbeskrivelsen, er samtlige ansvarlige som selvstendige gjerningspersoner. Straffebudets ordlyd er da avgjørende.

Har flere personer samvirket slik at en gjerningsbeskrivelse i et straffebud er oppfylt, kan ansvar som *medgjerningsmann* (SL 5:4) oppstå. Ifølge SL 5:4 bestraffes hver og en som gjerningsmann «om två eller flera gemensamt har begått ett uppsåtligt brott». Også den som ikke direkte gjennomfører handlingen, men som har hatt en tilstrekkelig sentral del i utførelsen av den straffbare handlingen, kan dermed straffes som gjerningsmann. Medgjerningsmannskap grenser nedover mot medhjelp, og kan aktualiseres ved sammensatte lovbrudd, f.eks. ran (den ene gjerningspersonen truer med våpen og den andre tar pengene) eller når flere personer utfører en straffbar handling sammen.

For at ansvar som medgjerningsmann skal oppstå, må overtredelsen skje ved samvirke.²¹ Dette impliserer to krav, et objektive og et subjektive. For det første kreves en viss grad av objektiv delaktighet i lys av det totale hendelsesforløpet.²² Ansvar krever at vedkommendes innsats var vesentlig og av betydning for utføringen av lovbruddet.²³ I avgjørelsen HD 1996:94 hadde A, B og C sammen planlagt et ran som ble utført av A og B. Etter ranet ventet C – i tråd med den felles planen – med bil på et avtalt sted og transporterte alle tre og utbyttet til en annen by, hvor C deltok i fordelingen av utbyttet. C ble dømt som gjerningsmann.

Ansvar kan også oppstå ved unnlattelse av å forhindre en strafferettslig relevant følge dersom den passive hadde en særlig plikt å handle etter SL 3:3,2 («garantställning»), men f.eks. i samforstand med øvrige delaktige unnlater å forhindre den følge som de øvrige aktive handling

¹⁹ RP 44/2002 rd, s. 155. Den strenge aksessoriteten i finsk rett går tilbake til straffelovens opprinnelse i 1889, se Jaakko Forsman, *Straffrättens allmänna läror* (Helsingfors 1893), s. 209–210.

²⁰ RP 44/2002 rd, s. 165.

²¹ RP 44/2002 rd, s. 161.

²² Frände 2012, s. 257, benevner det objektive elementet «gärningsherravälde» (fra tysk: *Tatberrschaft*).

²³ RP 44/2002 rd, s. 161.

innebar.²⁴ Hvis det ikke foreligger samforstand, vurderes hver enkelt deltakers innsats som et særskilt lovbrudd.²⁵ Ettersom SL 3:3,2 bare gjelder følger, må det ved overtredelser uten følger (handlingsdelikt) vurderes separat dels om samforstand foreligger, dels om unnlåtelsen materielt er av slik relevans at ansvar som medgjerningsmann er begrunnet.

For det andre må «samforstand» foreligge, dvs. gjensidig kjennskap til at den egne virksomheten sammen med øvrige delaktiges handlinger oppfyller betingelsene i en straffebestemmelse. Alle tre forsettsformene i finsk rett (jf. SL 3:6) anses her relevante.²⁶ Uaktsomt medgjerningsmannansvar er ikke mulig. Samforstand kan oppstå før og under et hendelsesforløp, men ikke etterpå; hvis det oppstår midt under et hendelsesforløp, gjelder ansvaret fra dette tidspunktet.²⁷

Kravet om samforstand innebærer at hver gjerningsperson er ansvarlig for den felles handlingen, men bare så langt som samforstanden strekker seg. Hvis f.eks. A og B avtaler å begå et ran slik at A truer innehaveren C med våpen og B tar gjenstandene, men A plutselig skyter C, er B ansvarlig for dette bare hvis han oppfattet Bs handling som overveiende sannsynlig.²⁸

Ansvar for «*medelbart gjerningsmannskap*» (SL 5:4) kan oppstå dersom noen «har begått ett uppsåtligt brott genom att som redskap använda någon som inte kan bestraffas för brottet på grund av otillräknelighet eller bristande uppsåt eller av någon annan orsak som sammanhänger med förutsättningarna för straffrättsligt ansvar». Ansvarsformen er nødvendig som følge av den strenge aksessoriteten i finsk rett. Avgjørende er at noen bruker en annen person, som ikke selv kan straffes, som mer eller mindre viljeløst eller kunnskapsløst redskap for å utføre et forsettlig lovbrudd. Dersom personen blir brukt som et helt viljeløst redskap, nærmest ved å utnytte en annens manglende handlingsevne, kan det også bli aktuelt med ansvar som egentlig gjerningsmann.²⁹ Skyldkravet er forsett.

De relevante manglene i ansvarsforutsetningene kan henføres til de objektive gjerningsforutsetningene («brottsbeskrivningsenligheten»), rettsstridigheten eller skylden.³⁰ En relevant mangel kan f.eks. være at den direkte gjerningspersonen er mindreårig eller utilregnelig,³¹ eller at han eller hun mangler nødvendig forsett (herunder eventuelle subjektive overskudd).³² Strafflagen 5:4 kan også brukes hvis den umiddelbare gjerningspersonen blir brukt som redskap, men frifinnes ved anvendelse av en rettmessighetsgrunn, f.eks. nødverge (SL 4:4)

²⁴ RP 44/2002 rd, s. 166.

²⁵ RP 44/2002 rd, s. 166–167.

²⁶ Se Frände 2012, s. 256.

²⁷ RP 44/2002 rd, s. 161.

²⁸ Jussi Tapani/Matti Tolvanen, *Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi, 3. painos* (Alma Talent 2019), s. 512.

²⁹ RP. 44/2002 rd, s. 163.

³⁰ RP 44/2002 rd, s. 162.

³¹ Ifølge SL 3:4,1 er minstealderen for straffansvar 15 år. Reglene om utilregnelighet og nedsatt tilregnelighet finnes i SL 3:4,2–5. Hvis den direkte gjerningsmannen er nedsatt tilregnelig, kan SL 5:4 imidlertid ikke brukes ettersom handlingen da er straffbar og den middelbare gjerningsmannen følgelig kan straffes som anstifter eller medhjelper.

³² Frände 2012, s. 261.

eller nød (SL 4:5).³³ Bestemmelsen anses også å få relevans når fornærmede brukes som verktøy, f.eks. hvis A forsettlig gir f.eks. den uvitende eller utilregnelige B et glass med vann som inneholder en dødelig gift og B dermed dør.³⁴

Såkalt egentlig delaktighet består av anstiftelse og medhjelp. Å *anstifte* til en straffbar handling innebærer ifølge SL 5:5 at noen «uppsåtliggen förmår någon till ett uppsåtligt brott eller ett straffbart försök till brottet i fråga». Anstiftelse utgjør «psykisk påverkan av en annan person som enligt allmän livserfarenhet har en avgörande inverkan på människans sätt att fatta beslut».³⁵ Anstifteren må altså være den hovedsakelige årsaken til at gjerningspersonen handler slik han gjør; hvis han bare styrker en allerede eksisterende beslutning om å begå et lovbrudd, så oppstår ansvar for medhjelp.³⁶ Av SL 5:6,2 følger at den som anstifter noen til å begå medhjelp, holdes ansvarlig som medhjelper.

Som en følge av det strenge aksessoritetskravet er anstifteren ikke ansvarlig utover hva den direkte gjerningspersonen (den anstiftede) faktisk gjør, selv om anstiftelsen i seg selv omfatter mer. Hvis f.eks. A anstifter B til å drepe C, men B bare mishandler C, kan A ikke straffes for mer enn anstiftelse til (grov) mishandling (SL 21:5-6). Samtidig er anstifterens ansvar begrenset til hva anstiftelsen omfatter, også om gjerningspersonen gjør mer. Forsøk til anstiftelse, f.eks. hvis den anstiftede forblir passiv og ikke foretar handlingen, er i hovedsak straffritt.³⁷

Forsettskravet er tredelt slik at anstifteren må ha kjennskap til hovedgjerningen, til at han eller hun har anstiftet til et lovbrudd, og til den egne virksomhetens betydning for overtredelsen. I forsettskravet ligger at anstifteren må innse at den anstiftede faktisk utfører handlingen.³⁸ Anstifteren er aldri ansvarlig for mer enn hva dennes forsett omfatter. Dersom gjerningspersonen bare kan dømmes for uaktsomt lovbrudd, er anstiftelsen ikke straffbar med mindre ansvar som middelbar gjerningsmann (jf. SL 5:4) oppstår.

Av SL 5:4 fremgår at strafferammen ved anstiftelse er den samme som for gjerningsmenn. Ifølge SL 5:7,1 vurderes enhver medvirker i lys av dennes personlige forhold slik at en subjektiv omstendighet i henhold til hovedgjerningspersonen som «utesluter, minskar eller höjer en gärnings straffbarhet», f.eks. straffskjerpelse på grunn av tilbakefall eller straffnedsettelse på grunn av ungdom eller nedsatt tilregnelighet, ikke er relevant for anstifteren.

Ansvar for *medhjälp* kan ifølge SL 5:6 oppstå for den «som före eller under ett uppsåtligt brott med råd, dåd eller på annat sätt uppsåtliggen hjälper någon att begå brottet eller ett straffbart försök till det». Medhjelp grenser mot medgjerningsmannskap, men medhjelperen har enten ikke hatt nødvendig samforstand eller bidratt i tilstrekkelig grad. I HD 2020:52 (p. 8) noterer HD at medhjelp utgjør all form for medvirkning til en annens straffbare handling som ikke er

³³ RP 44/2002 rd, s. 162. Se også Ari-Matti Nuutila, *Rikoslain yleinen osa* (Kauppakaari 1997), s. 345–346, og Jussi Tapani/Matti Tolvanen, *Straffrättens ansvarlära* (Alma Talent 2016), s. 234.

³⁴ Frände 2012, s. 263–265.

³⁵ RP 44/2002 rd, s. 164.

³⁶ RP 44/2002 rd, s. 163.

³⁷ RP 44/2002 rd, s. 165, Tapani/Tolvanen 2016, s. 244.

³⁸ Nuutila 1997, s. 351.

medgjerningsmannskap eller anstiftelse. Medhjelp kan gis både til en fysisk handling og til en unnlattelse.³⁹

Som en følge av det strenge aksessoritetskravet kan medhjelperansvar oppstå bare dersom alle straffansvarsvilkår er oppfylt for hovedlovbruddet.⁴⁰ Anstiftelse til medhjelp straffes som medhjelp (jf. SL 5:6,2). Forsøk til medhjelp er ikke straffbart.⁴¹

Medhjelp kan bare gis til forsettlige handlinger. Dersom hovedgjerningspersonen handler uaktsomt mens medhjelpen er forsettlig, anses det i litteraturen at ansvar som middelbar gjerningsmann eventuelt kan oppstå.⁴² Ettersom en forutsetning for ansvar etter SL 5:6 er at den umiddelbare gjerningspersonen blir brukt som redskap, er imidlertid anvendelsesområdet for en slik konstruksjon sannsynligvis begrenset.

Å «hjelp noen å begå et lovbrudd» tolkes slik at handlingen må øke sannsynligheten for at lovbruddet blir begått, dvs. at den fremmer lovbruddet (jf. HD 2005:144 og HD 2014:22).⁴³ Det kreves ikke at medhjelpen er nødvendig for hovedgjerningen; det er tilstrekkelig at handlingen fremmer lovbruddet.⁴⁴ Kausalitetskravet er dermed mindre strengt enn ellers.

Medhjelp kan være psykisk («råd»), f.eks. ved å styrke gjerningspersonens forsett (med mindre det er anstiftelse), eller fysisk («dåd»), f.eks. ved å bistå med transport eller materiell.

Medhjelp kan også gis «på annat sätt», dvs. ved unnlattelse (passivitet). Finsk rett synes imidlertid å sondre mellom følgedelikt og handlingsdelikt. Ifølge rettspraksis (jf. HD 2014:22) krever ansvar for passiv medhjelp ved følgedelikt enten handleplikt som følge av garantstilling (jf. SL 3:3,2) eller att passiviteten har fremmet overtredelsen (dvs. psykisk medvirkning). Ved handlingsdelikt kan SL 3:3,2 derimot ikke anvendes direkte ved vurderingen av medhjelperansvaret (jf. HD 2015:27). En forutsetning for medhjelperansvar synes da å være at unnlattelsen kan sammenlignes med fremmende ved aktiv handling (jf. HD 2015:10).⁴⁵ I HD 2003:17 ble A ikke ansett for å ha fremmet ektefellen Bs underslag når A hadde forholdt seg passiv til at B betalte inn ulovlige midler på hennes konto.

Forsettskravet er tredelt: Medhjelperen må dels kjenne til hovedgjerningspersonens handling (herunder hvem gjerningspersonen er), dels hva han eller hun selv gjør, og dels at medhjelperen gjennom sin egen handling fremmer hovedgjerningen.⁴⁶ Hvis medvirkningsobjektet omfatter subjektivt overskudd, er det tilstrekkelig at medhjelperen har forsett om det subjektive overskuddet. Ettersom det ikke foreligger noe samforstandskrav, kan medhjelpsansvar oppstå selv om hovedgjerningspersonen ikke er klar over at medhjelp gis.

³⁹ Frände 2012, s. 270.

⁴⁰ RP 44/2002 rd, s. 165.

⁴¹ RP 44/2002 rd, s. 167.

⁴² RP 44/2002 rd, s. 166.

⁴³ Se også RP 44/2002 rd, s. 166.

⁴⁴ Tapani/Tolvanen 2016, s. 240.

⁴⁵ Se også RP 44/2002 rd, s. 166, Tapani/Tolvanen 2019, s. 533.

⁴⁶ Se f.eks. Nuutila 1997, s. 356.

Ifølge SL 6:8,1 3. punkt straffes medhjelp etter en mildere strafferamme.

2.3 Medvirkningsansvaret i svensk rett

Den sentrale medvirkningsbestemmelsen i svensk rett er BrB 23:4:

Ansvar som i denna balk är föreskrivet för viss gärning skall ådömas inte bara den som utfört gärningen utan även annan som främjat denna med råd eller dåd. Detsamma skall gälla beträffande i annan lag eller författning straffbelagd gärning, för vilken fängelse är föreskrivet.

Den som inte är att anse som gärningsman döms, om han har förmått annan till utförandet, för anstiftan av brottet och annars för medhjelp till det.

Varje medverkande bedöms efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last. Ansvar som är föreskrivet för gärning av syssloman, gäldenär eller annan i särskild ställning skall ådömas även den som tillsammans med honom medverkat till gärningen.

Vad som sägs i denna paragraf skall inte gälla, om något annat följer av vad för särskilda fall är föreskrivet.

Medvirkningsansvaret i svensk rett er begrenset aksessorisk. Ansvar krever dermed at en rettsstridig gjerning er foretatt, dvs. at hovedgjerningen oppfyller betingelsene i et straffebud eller betingelsene for uselvstendig ansvarsform (f.eks. forsøk), og at det ikke foreligger noen rettmessighetsgrunn.⁴⁷ Det kreves ikke at hovedgjerningen også oppfyller de subjektive ansvarsbetingelsene. Svensk medvirkningslære anses likevel å være selvstendig ettersom det ikke kreves at hovedgjerningspersonen blir dømt samtidig som medvirkeren, eller at det finnes en identifisert hovedgjerningsperson.⁴⁸ Brottsbalken 23:4 gjelder forbrytelsene i BrB, men også i spesiallovgivningen dersom det er foreskrevet fengsel for lovbruddet.

I BrB 23:4 skilles mellom to delaktighetskategorier: gjerningsmannskap («gärningsman») og såkalt *främjande*, dvs. anstiftelse eller medhjelp. Utgangspunktet er ansvar som gjerningsmann.

Gjerningsmann i streng forstand er den som har utført gjerningen slik at dennes handling svarer mot det eller de verb som gjerningsbeskrivelsen benytter. Avgjørende for hva som må til for å oppfylle vilkårene for gjerningsmannskap i streng forstand, er straffebudets formulering. Ansvaret er da basert direkte på ordlyden i respektive straffebestemmelse.

Brottsbalken 23:4 2 st. («anse som gärningsman») har imidlertid blitt tolket slik at den åpner for å dømme også en person som ikke er gjerningsmann i streng forstand, som gjerningsmann

⁴⁷ NJA 2012 s. 826 p. 14, Stefan Johansson/Hedvig Trost/Per Ole Träskman/Suzanne Wennberg, *Brottsbalken. En kommentar. Del II (13–24 kap.). Brotten mot allmänheten och staten m.m.*, Studentutgåva 9 (Norstedts Juridik 2019), BrB 23:4 s. 2, og Asp mfl. 2013, s. 429.

⁴⁸ Asp mfl. 2013, s. 430.

dersom denne har spilt en så aktiv rolle ved gjennomføringen at det «ter sig naturligt».⁴⁹ Denne ansvarsformen benevnes *utvidet gjerningsmannaskap*. En forutsetning for ansvar er da at den medvirkende har hatt en sentral rolle ved utføringen av gjerningen.⁵⁰ I f.eks. NJA 1982 s. 525 ble B ansett for å ha «spelat en så aktiv och betydelsefull roll vid genomförandet av smugglingsförsöket att han skall betraktas som gärningsman».⁵¹ I NJA 2006 s. 535 ble derimot to personer som var tiltalt for grovt ran, men som ikke deltok i selve ranet, ikke ansett for å ha hatt en slik stilling at de kunne dømmes for utvidet gjerningsmannaskap. Ansvarsformen kan bli aktuell også der den direkte gjerningspersonens handling dekkes av en rettmessighetsgrunn, f.eks. nød som følge av tvang, og det dermed ikke kan konstrueres et medvirkningsobjekt.⁵²

Har flere personer begått handlingen sammen, kan samtlige eventuelt straffes som «medgjerningsmän».⁵³ Denne ansvarsformen kan aktualiseres ved sammensatte lovbrudd, f.eks. ran (den ene gjerningspersonen truer med våpen og den andre tar pengene), eller når flere personer sammen utfører en straffbar handling med arbeidsfordeling.⁵⁴ Foreligger nødvendig forsett, er samtlige ansvarlige for den overtredelse som derved forårsakes. Ansvar for medgjerningsmannaskap er strengt tatt ikke basert på BrB 23:4, men direkte på det enkelte straffebud.

Ansvar som medgjerningsmann forutsetter at handlingen er gjennomført «tillsammans och i samförstånd». Dette innbefatter både en objektiv og en subjektiv dimensjon. For det første kreves at gjerningen er utført sammen slik at samtlige delaktige i noen grad har deltatt i utføringen (se f.eks. NJA 1980 s. 606). Hvilken type innsats som kreves, er i betydelig grad avhengig av den aktuelle gjerningsbeskrivelsen. I NJA 2006 s. 535 nevner HD at det ikke kan utelukkes at en person som holder vakt ved et innbrudd og får en del av utbyttet, kan bli dømt som medgjerningsperson hvis handlingen ble utført sammen og i samforstand.⁵⁵ I NJA 2017 s. 531, som gjaldt forsøk på mordbrann, fant HD at den gjerning tiltalte hadde utført, å transportere gjerningsmennene til stedet, i seg selv oppfylte kravet til å delta i utføringen av lovbruddet.

⁴⁹ NJA II 1948, s. 206. For kritikk mot distinksjonen mellom den som «er» gjerningsmann og den «som er å anse» som gjerningsmann, se Svensson 2016, s. 273–276.

⁵⁰ NJA 2006 s. 35.

⁵¹ Se også NJA 2005 s. 535 der to deltakere i et grovt ran ikke kunne anses å ha hatt «en sådan ställning i förhållande till andra medverkande att han ändå kan betraktas som gärningsman».

⁵² Asp mfl. 2013, s. 434.

⁵³ Ansvar for «medgjerningsmannaskap» er ikke lovregulert i svensk rett (sml. finsk rett i avsnitt 2). Straffansvarsutredningen foreslo (SOU 1996:185, s. 216–219) at en bestemmelse om dette skulle inntas, men det førte ikke til endringer i lovgivningen.

⁵⁴ Som det fremgår i avsnitt 2, kan i finsk rett medgjerningsmannaskap aktualiseres også ved voldtekt. I svensk rett fremholder Nils Jareborg, *Allmän kriminalrätt* (Iustus förlag 2001), s. 403, at den som utøver tvang ved voldtekt, ikke kan bli ansvarlig som medgjerningsmann ettersom voldtekt er et såkalt «egenhändig brott» som stiller krav om en viss handling fra gjerningsmannen. Asp mfl. 2013, s. 126, påpeker at det finnes en utvikling bort fra oppfatningen om at voldtekt er et egenhendig lovbrudd.

⁵⁵ SOU 1996:185, s. 183.

For det andre kreves samforstand mellom de delaktige. Det kreves ikke at det foreligger en felles planlegging eller en konkret felles beslutning om å gjennomføre handlingen, men hver delaktig må forstå hva den andre gjør og dermed at man utfører handlingen i (konkludent) samforstand.⁵⁶

Ansvar kan også oppstå ved unnlattelse. En gjerningsperson kan altså holdes strafferettslig ansvarlig som (med)gjerningsmann dersom han har unnlatt å gripe inn mot et pågående lovbrudd. Hovedregelen er at uekte unnlattelsesansvar forutsetter at det foreligger en særlig rettslig grunnet handleplikt («garantstilling»).⁵⁷ Unntak fra kravet om garantstilling anses imidlertid å kunne gjøres dersom unnlattelsen er identisk med aktiv handling, og når en person ved unnlattelse psykisk påvirker en annen persons gjerning (psykisk kausalitet).

Ansvarsformen «*medelbart gärningsmannaskap*» finner man også i svensk rett. En anstifter kan dermed straffes som middelbar gjerningsperson hvis den anstiftede har vært et «närmast viljelöst eller omdömeslöst redskap i anstiftarens händer, t.ex. därför att den anstiftade var ett barn, en sinnessjuk person eller helt ovetande om gärningens karaktär eller därför att den primärt handlande befann sig i en beroende ställning eller förmåddes utföra gärningen genom hot eller tvång».⁵⁸ Ettersom svensk medvirkningslære bygger på begrenset aksessoritet, dvs. at de objektive betingelsene for overtredelsen er oppfylt, så er imidlertid behovet i dag for denne ansvarskonstruksjonen mindre.⁵⁹ I tillegg muliggjør gjerningsbeskrivelsene i mange tilfeller at begge personene klassifiseres som gjerningsmann selv om den ene formelt betraktet er mer å anse som anstifter.⁶⁰

Hvis en gjerningsperson ikke kan straffes som gjerningsmann, kan medvirkningsansvar for *anstiftelse* eller *medhjelp* eventuelt oppstå, såfremt vedkommende kan anses å ha fremmet den ulovlige handlingen (jf. BrB 23:4 1 st.). Å fremme en handling innebærer at den medvirkende forenkler eller gjør det lettere å begå overtredelsen («underlätta», «vara till nytta») eller styrker gjerningspersonens forsett. Den gjerning som fremmes, kan være enten en fysisk handling eller en unnlattelse (jf. NJA 2012 s. 826).

Anstiftelse innebærer å forsettlig formå en annen til å begå en ulovlig handling, dvs. å fremkalle en beslutning hos en annen om å begå et lovbrudd.⁶¹ Ettersom anstifteren får gjerningspersonen til å begå overtredelsen, kan relasjonen mellom anstifterens gjerning og gjerningspersonens beslutning beskrives i termer av psykisk kausalitet.

⁵⁶ Erik Svensson, *Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott* (Iustus förlag 2016), s. 342, noterer at «det avgörande tycks istället vara att det individuella agerandet sker i förståelse av att det utgör en del i ett gemensamt utförande av något visst». Jareborg 2001, s. 412, påpeker at rubriseringsfriheten vedrørende de roller som de medvirkende har, gjør at det ofte er unødvendig å sonde mellom medgjerningsmannaskap og utvidet gjerningsmannaskap.

⁵⁷ Se nærmere Asp mfl. 2013, s. 107.

⁵⁸ SOU 1996:185, s. 181. Se også Asp mfl. 2013, s. 435, og NJA 2006 s. 535.

⁵⁹ I eldre svensk rett var imidlertid aksessoritetskravet strengt på samme måte som i finsk rett. Om endringen, se NJA II 1948, s. 206–208 og SOU 1996:185, s. 181. Svensson 2016, s. 260, mener at det i gjeldende svensk rett ikke finnes behov for å bruke middelbart gjerningsmannaskap som en selvstendig delaktighetsform.

⁶⁰ Asp mfl. 2013, s. 433–434. Se også NJA 1978, s. 139 (for en kritikk av domstolens subsumsjon, se Svensson 2016, s. 256).

⁶¹ Johansson mfl. 2019, BrB 23:4 s. 9. Se også f.eks. RH 2015:40.

Grensen for *medhjelp* bestemmes negativt som «ett främjande som inte uppfyller kraven för anstiftan».⁶² Medvirkning ved å fremme en handling skiller seg fra medgjerningsmannaskap ved å mangle den gjensidighet (samforstand) som er typisk ved medgjerningsmannaskap.⁶³ Medhjelp kan være fysisk («dåd»), f.eks. å transportere gjerningspersonen til stedet, eller psykisk («råd»), f.eks. å oppmuntre eller styrke gjerningspersonens forsett. Medhjelp kan gis før og under handlingen, men ikke etterpå (jf. NJA 2008 s. 805).

Kausalitetskravet er modifisert slik at det er tilstrekkelig at handlingen har fremmet medvirkningsobjektet. I NJA 2008 s. 697 fant HD at det er tilstrekkelig at medhjelpen har «varit ägnat att underlätta gärningarna eller på annat sätt inneburit att gärningarna främjats i den mening som avses i 23 kap. 4 § BrB». Bistanden må altså ikke faktisk, men etter sin art ha gjort den ulovlige handlingen lettere å utføre. HDs formulering av kausalitetskravet kan forstås i termer av et abstrakt faredelikt.

Det modifiserte kausalitetskravet innebærer at også ubetydelig eller unødvendig medhjelp kan være straffbar. For eksempel i NJA 1963 s. 574 fant HD at det å holde i en jakke mens gjerningspersonen mishandlet en annen, var medhjelp til voldsutøvelsen. Hvis medhjelperen derimot ikke fremmer handlingen, kan ansvar ikke oppstå. I NJA 2006 s. 577 fant HD at en person som hadde holdt i et vindu som hans kamerat hadde fjernet for å begå et innbrudd, ikke kunne holdes ansvarlig som medhjelper. Ettersom formålet var å beskytte vinduet, ikke å gjøre innbruddet lettere, hadde handlingen ikke fremmet overtredelsen. Hvis handlingens formål var å forsøke forhindre handlingen, kan medhjelpsansvar ikke oppstå.⁶⁴

Både anstiftelse og medhjelp til overtredelse kan skje ved unnlatelse.⁶⁵ Hvis medvirkningshandlingen bare består i å solidarisere seg med hovedgjerningspersonen, f.eks. at vedkommende aksepterende ser på en mishandling, så anses den ikke å ha fremmet overtredelsen med mindre vedkommende kan anses for å ha styrket gjerningspersonens forsett (jf. NJA 2003 s. 473). Å unnlate å fysisk gripe inn for å forhindre et lovbrudd er dermed straffbart som medhjelp bare dersom vedkommende hadde en rettslig plikt til å søke å forhindre lovbruddet (jf. NJA 2003 s. 473 og NJA 2004 s. 797).⁶⁶

Skyldkravet ved medvirkning er forsett eller uaktsomhet (jf. BrB 23:4). Uaktsom medvirkning til forsettlig overtredelse er dermed straffbar dersom handlingen er kriminalisert også i uaktsom form. Forsettet eller uaktsomheten må dekke både det at vedkommende fremmer («det som är främjandet»), og til den gjerning som utgjør hovedovertredelsen (jf. NJA 2007 s. 929). Det kreves derimot ikke at medvirkeren har forsett til at medvirkningshandlingen faktisk fremmet hovedgjerningen (jf. NJA 2012 s. 826 p. 21). For subjektive overskudd kreves at medvirkeren har forsett om hovedgjerningspersonens subjektive overskudd.⁶⁷

⁶² Johansson mfl. 2019, BrB 23:4 s. 5.

⁶³ Svensson 2016, s. 340.

⁶⁴ Johansson mfl. 2019, BrB 23:4 s. 5.

⁶⁵ SOU 1986:185, s. 311–312, og Asp mfl. 2013, s. 452. Se også NJA 2007 s. 805.

⁶⁶ Se også Strahl 1976, s. 336–337, Asp mfl. 2013, s. 453.

⁶⁷ Asp mfl. 2013, s. 445.

Strafferammene er i prinsippet de samme for alle delaktige, men enkelte unntak angis i BrB 23:5.

4. Sammenligning

4.1 Medvirkningsansvar og aksessoritet

Fremstillingen i kapittel 3 viser at finsk, norsk og svensk medvirkningslære har ulike prinsipielle utgangspunkter: finsk rett bygger på streng aksessoritet, svensk rett på begrenset aksessoritet, mens norsk rett anses å bygge på ikke-aksessoritet.

Graden av aksessoritet kan differensieres i lys av straffbarhetskriteriene. Et første skille kan gjøres mellom objektive og subjektive kriterier. Finsk rett, med sin strenge aksessoritet, står her i en egen kategori ettersom medvirkningsansvar krever at samtlige straffansvarsforutsetninger, både objektive og subjektive, er oppfylt. I en viss grad kompenseres dette med ansvarsformen «medelbar gärningsman» (SL 5:4), men ettersom ansvar forutsetter at den umiddelbare gjerningspersonen brukes «som redskap», blir medvirkningslæren dermed likevel snevrere. I både norsk og svensk rett er det tilstrekkelig for ansvar at hovedgjerningens objektive ansvarsforutsetninger er oppfylt.

Hvilke krav stilles da til de objektive straffbarhetsbetingelsene i norsk og svensk medvirkningslære? Man kan her skille mellom dels de positive betingelsene i gjerningsbeskrivelsen, dels fraværet av rettmessighetsgrunner. I både norsk og svensk rett er det et minstekrav for medvirkningsansvar (i svensk rett: anstiftelse og medhjelp) at hovedgjerningen oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.

Hva er da konsekvensen av at hovedgjerningen dekkes av en rettmessighetsgrunn? Man kan her sondre mellom to typetilfeller.

Typetilfelle I. I typetilfelle I foreligger en «vanlig» anvendelse av en rettmessighetsgrunn på hovedgjerningen, f.eks. nødverge eller nødrett. For eksempel: A bistår B til å forsvare seg mot Cs angrep. Eller: A oppfordrer B til å gripe inn mot Cs angrep mot D med den hensikt å få B til å banke opp C, hvorved Bs handling er rettmessig på grunn av nødvergesituasjonen. Forutsatt at Bs inngripen er basert på fri vilje, synes handlingen fortsatt å kunne vurderes som et typetilfelle I.

I svensk rett forutsetter medvirkningsansvar en rettsstridig hovedgjerning (jf. kapittel 3.3). Hvis hovedgjerningen dekkes av en rettmessighetsgrunn slik at et medvirkningsobjekt ikke kan konstrueres, kan medvirkningsansvar som hovedregel ikke oppstå.

I norsk rett menes derimot tradisjonelt, og som en følge av den ikke-aksessoriske medvirkningslæren, at en rettmessig hovedgjerning ikke nødvendigvis utelukker at medvirkningsansvar kan oppstå (med mindre medvirkningshandlingen i seg selv er straffri etter strl. § 18). I litteraturen fremholdes imidlertid at en rettmessig hovedgjerning som oftest vil

smitte av også på medvirkeren.⁶⁸ Når dette eventuelt skjer, og hvilke hensyn det baseres på, er imidlertid ikke nærmere angitt.

Høyesteretts avgjørelse HR-2019-1204-U er her interessant. Saken gjaldt en mann som var tiltalt for å hjulpet sin nevø med ulovlig innreise fra Italia til Norge. Hovedspørsmålet var om ulovlighetskriteriet i utlendingsloven § 108 4. ledd bokstav b tolket i lys av nødrettsbestemmelsen i flyktningkonvensjonen artikkel 31(1) var oppfylt. Idet lagmannsrettens dom blir opphevet, uttaler førstvoterende at det for medvirkningsansvar er «et vilkår at Bs innreise ikke var rettmessig – i så fall foreligger det ingen ulovlig innreise». Saken var riktignok ikke et rent typetilfelle I, ettersom hovedspørsmålet var om ulovlighetskriteriet i utlendingsloven § 108 4. ledd bokstav b tolket i lys av nødrettsbestemmelsen i flyktningkonvensjonen artikkel 31(1) var oppfylt. Indirekte gjaldt saken imidlertid relevansen av en nødrettsgrunn. Avgjørelsen, og særlig den nevnte generelle uttalelsen av førstvoterende, synes dermed å kunne støtte en generell holdning om at medvirkning til en rettmessig hovedgjerning som hovedregel ikke bør være straffbar i norsk rett.

Prinsipielt ville en slik hovedregel ha gode grunner for seg. Ettersom de tilfeller hvor en rettmessighetsgrunn kan anvendes, i prinsippet bygger på en lignende avveining av interesser og verdier som kriminaliseringen, er det vanskelig å se hvilket formål som en kriminalisering av medvirkning til en rettmessig handling i typetilfelle I ville oppfylle.⁶⁹

Typetilfelle II. Typetilfelle II gjelder situasjoner hvor hovedgjerningspersonen omfattes av en rettmessighetsgrunn, men denne blir brukt som redskap av medvirkeren som derved kan sies å være den «riktige» gjerningspersonen.⁷⁰ Et eksempel kan være at A truer B til å begå et bedrageri, og utstyrer ham med redskaper som skal brukes til å gjennomføre bedrageriet, hvorved B, som blir truet, blir straffri etter reglene om nødrett. Et annet kan være at A med forbrytersk forsett om å skade C har fremkalt en situasjon hvor B utøver nødverge mot C, f.eks. ved å provosere C til angrep mot B.

I finsk rett ville en slik situasjon bli håndtert innenfor SL 5:4 slik at A kan bli dømt som middelbar gjerningsmann. I svensk rett ville situasjonen nok blitt håndtert ved å anse A for å være gjerningsmann (jf. BrB 23:4 2 st.), forutsatt at straffebudets ordlyd er så omfattende at den dekker en slik konvertering.⁷¹ Hvis ordlyden imidlertid ikke åpner for en slik fordeling av

⁶⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 413, Andenæs 2016, s. 343, Gröning mfl. 2019, s. 326, og Thomas Frøberg, *Almindelig strafferett i et natteskill*, 2. utg. (Gyldendal 2020), s. 209. Se også Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del* (H. Aschehoug & Co 1911), s. 204. Støtte for dette menes iblant å finnes i Rt. 1945 s. 265, som gjaldt hvorvidt en lensmann som i 1943 arresterte en norsk fallskjermssoldat og utleverte ham til det tyske sikkerhetspoliti, med den følge at soldaten ble dømt til døden og satt i fengselet til frigjøringen, kunne dømmes etter strl. 1902 § 226. Rettsspørsmålet i saken var imidlertid immunitet, og det er tvilsomt hvor sterk støtte avgjørelsen dermed gir.

⁶⁹ Se Nils Jareborg, «Justification and Excuse in Swedish Criminal Law», i Nils Jareborg, *Essays in Criminal Law* (Iustus förlag 1988), s. 22.

⁷⁰ I en norsk kontekst aktualiseres problematikken i Rt. 2010 s. 1076.

⁷¹ Svensson 2016, s. 257, fremholder at det «alltid handlar om huruvida en viss person har utfört det som finns beskrivet i ett straffbud eller inte».

ansvaret, så innebærer mangelen på medvirkningsobjekt at medvirkningsansvar da ikke kan konstrueres.

I norsk rett synes typetilfelle II å ha vært en sentral grunn for å mene at straffansvar ikke bør være utelukket dersom hovedgjerningen er rettmessig.⁷² Ettersom norsk rett ikke har ansvarsformen middelbar gjerningsmann og den snevre avgrensingen av hovedgjerningen (se kapittel 2.1) forhindrer at medvirkeren *anses* å være gjerningsperson som i svensk rett, ville medvirkeren i typesituasjon II ellers ikke kunne straffes. Det synes imidlertid å være prinsipielt mer tilfredsstillende å vurdere typetilfelle II som et unntak til en hovedregel om at medvirkningsansvar er utelukket i typetilfelle I.

En alternativ måte å håndtere typetilfelle II på i norsk rett kunne være, inspirert av svensk rett, å utvide definisjonen av hovedgjerningen slik at også andre delaktige som har hatt en mer fremtredende rolle i forhold gjerningsinnholdet, skulle kunne anses å være gjerningsmenn (og ikke medvirkere). En forutsetning ville imidlertid være at ordlyden i det relevante straffebudet er tilstrekkelig omfattende til å ramme også andre enn den umiddelbare gjerningspersonen. Ordlyden i strl. § 15 oppstiller i seg selv neppe hinder for en slik tolkning.⁷³

Spesialsubjekt. Hovedgjerningspersonens egenskap som spesialsubjekt, dvs. at han eller hun har en spesiell personlig egenskap som er relevant for straffansvaret (f.eks. tjenestemann), kan ha relevans for aksessoriteten.

I finsk rett er ansvaret begrenset, slik at bare den som har relevant personstatus, f.eks. som tjenestemann (SL 40:9), kan straffes som gjerningsmann (også som middelbar gjerningsmann); øvrige delaktige kan derimot straffes som medhjelpere. Også ved «egenhendige lovbrudd», f.eks. promillekjøring eller «osann utsaga inför domstol» (SL 15:1), kan bare den direkte gjerningspersonen være gjerningsmann.⁷⁴ I SL 5:7,2 angis at anstifteren ikke er fri for straffansvar av den grunn at han ikke omfattes av gjerningsmannens status som spesialsubjekt.

I svensk rett er utgangspunktet at bare den som har status som spesialsubjekt, kan dømmes som gjerningsmann, men at medvirkningsansvar (medhjelp eller anstiftelse) kan oppstå for andre delaktige (jf. BrB 23:4 3 st. 2 punkten). Men BrB 23:4 2 st. åpner også for såkalt konvertering av ansvaret for spesialsubjekt. Hvis gjerningsmannen i streng forstand ikke er spesialsubjekt, men medvirkeren er det, kan ansvaret «konverteres» slik at medvirkeren straffes som gjerningsmann, dersom «det är naturligt».⁷⁵ På tilsvarende måte kan en gjerningsmann i streng forstand, som ikke er spesialsubjekt, omklassifiseres som medhjelper (såkalt «krympt

⁷² Se f.eks. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 413 hvor typetilfelle II brukes som eksempel på utgangspunktet at en rettmessig hovedgjerning ikke nødvendigvis utgjør et hinder for straffansvar.

⁷³ Man kan også tenke seg en ytterligere supplering slik at også en eller flere personer som har hatt en mindre fremtredende rolle, kan straffes som gjerningsmann, om handlingen har blitt utført i samvirke og med felles forsett om å fullbyrde en straffbar handling (se også kapittel 5).

⁷⁴ RP 44/2002 rd, s. 161.

⁷⁵ NJA II 1948 s. 206, SOU 1996:185, s. 179, Johansson mfl. 2019, BrB 23:4 s. 17–18.

gärningsmannaskap».⁷⁶ Ved egenhendige lovbrudd, f.eks. promillekjøring, kan imidlertid bare gjerningspersonen i streng forstand være gjerningsperson.

I norsk rett er utgangspunktet at bare et spesialsubjekt kan straffes som hovedgjerningsperson (f.eks. strl. § 312 eller strl. § 390), mens andre delaktige som ikke har denne egenskapen, kan straffes som medvirkere. Straffebud som krever spesialsubjekt, fører imidlertid med seg en viss grad av aksessoritet ettersom medvirkerens ansvar er avhengig av at hovedmannen har egenskap som spesialsubjekt. I Rt. 1994 s. 1328 var medvirkeren Bs egenskap som spesialsubjekt ikke tilstrekkelig for å stille hovedgjerningspersonen A, som ikke hadde slik status, til ansvar for utroskap etter strl. 1902 § 275 (strl. 2005 § 390). Ettersom status er en nødvendig betingelse for straffansvar for alle delaktige, blir det dermed her viktig å slå fast hvem som er hovedmann og hvem som er medvirker.⁷⁷

Alle tre land oppstiller altså nokså like begrensninger i medvirkningsansvaret ved spesialdelikt. Et unntak er imidlertid den svenske muligheten for å «plukke» status som spesialsubjekt fra en annen medvirkende, som hverken finnes i finsk eller norsk rett

4.2. Passiv medvirkning

Som det fremgår av kapittel 2, åpner medvirkningslæren i alle tre land ansvar for såkalt passiv medvirkning. Med passiv medvirkning siktes her til de tilfeller hvor gjerningspersonen ved passivitet har virket med til overtredelsen. Eksempel kan være unnlattelse av å gripe inn mot den andre ektefellens mishandling av et felles barn, eller mot oppbevaring av narkotika i en felles bolig. Den dogmatiske håndteringen av disse tilfellene er imidlertid ulik.

I finsk rett sondres mellom følgedelikt og handlingsdelikt. Uekte unnlattelsesansvar for følger kan bare oppstå dersom det foreligger en rettslig plikt til å handle som følge av garantstilling. Ifølge SL 3:3,2 kan en handleplikt oppstå av «1) en tjänst, befattning eller ställning, 2) förhållandet mellan gärningsman och offer, 3) ett åtagande eller avtal, 4) gärningsmannens faroframkallande verksamhet, eller 5) någon annan därmed jämförbar orsak». Ettersom SL 3:3,2 om «garantställning» ved unnlattelser gjelder ansvar som gjerningsmann, er det et i en viss grad åpent spørsmål om passiv medhjelp ved unnlattelse av å forhindre en strafferettslig følge er rettslig mulig. Praksis (jf. HD 2014:22) indikerer at det er det, men avgjørelsen har blitt kritisert. Ettersom SL 3:3,2 gjelder unnlattelsesansvar som gjerningsmann, er rommet for å straffe for passiv medhjelp i «garantstilling» i hvert fall (meget) snevert.⁷⁸

Ved handlingsdelikt, f.eks. narkotikalovbrudd, forutsetter unnlattelsesansvar, både som gjerningsmann og som medhjelper, derimot at unnlattelsen kan sammenlignes med aktiv handling (jf. HD 2015:10). Et eksempel i en medvirkningskontekst kan være å bistå ved

⁷⁶ Jareborg 2001, s. 413.

⁷⁷ Se Husabø 1999, s. 257–258, Gröning mfl. 2019, s. 327.

⁷⁸ Se Lauri Luoto, *Arvannon rangaistavunuden edellytykset* (SLY 2018), s. 107. Frände 2012, s. 270, mener at en person i garantstilling ikke kan være medhjelper etter finsk rett.

hovedgjerningspersonens skattesvik ved ikke å sende nødvendige kontrolloppgaver til Skatteetaten. Ren passivitet vil neppe i seg selv være tilstrekkelig for ansvar som gjerningsmann. For eksempel i HD 2017:88 var passivitet til at ektefellen oppbevarte narkotika i den felles boligen, ikke tilstrekkelig for medgjerningsmannskap.

I norsk rett er passiv medvirkning straffbar dersom vedkommende anses å ha en handleplikt til å forhindre lovbruddet i kraft av sin tilknytning til situasjonen. Høyesterett har ansett at handleplikt foreligger, f.eks. ved foregående farevoldende virksomhet (Rt. 2010 s. 1630, Rt. 2014 s. 397 og Rt. 2015 s. 1281), ved farevoldende handling (Rt. 2002 s. 1717), omsorgsrelasjon (f.eks. Rt. 2013, s. 1686, Rt. 2013 s. 1015, HR-2019-561-A mfl.), relasjonen mellom overordnet og underordnet (f.eks. Rt. 1947 s. 69) og tilknytning til objektet (Rt. 2005 s. 1319, Rt. 2012 s. 492).

I svensk rett er utgangspunktet at unnlatesansvar, både som gjerningsmann og som medvirker, krever garantstilling. En handleplikt kan oppstå på grunn av f.eks. livsfellesskap, yrkesplikt, avtale eller farlige ting.⁷⁹ Unntak fra dette anses imidlertid å gjelde dersom unnlatsen er sammenlignbar med aktivt å gjøre noe og når en person ved unnlatsen psykisk påvirker en annen persons gjerning. Det sondres ikke (som i finsk rett) mellom følgedelikt og handlingsdelikt.⁸⁰

Man ser dermed at ansvaret for passivt medvirkningsansvar i alle tre land har strukturelle koblinger til de generelle prinsippene for uekte unnlatesansvar, slik at ansvar i hovedsak forutsetter en handleplikt basert på tilstrekkelig tilknytning til situasjonen. Den finske ordningen som skiller mellom handlingsdelikt og følgedelikt, utgjør en særmodell.

Sammenligningen peker imidlertid på to ulikheter. Unntaket fra garantstilling i svensk rett for unnlateser som er sammenlignbare med aktivt å gjøre noe (som også gjelder i finsk rett i forhold til delikt som ikke omfatter en følge), synes ikke å være identifisert som en egen gruppe i norsk rett. At unnlatsen er tilnærmet like straffverdig som den aktive handling som straffebudet tar sikte på, oppfattes her mer som et alminnelig krav for unnlatesansvar, ikke som et unntak til tilknytningskravet.⁸¹

For det andre ser man en forskjell vedrørende de forhold som anses å etablere en aktivitetsplikt («garantställning»). Norske domstoler synes å godta et videre tilknytningskrav enn domstolene i Finland og Sverige har gjort. Et eksempel er handleplikten ved kriminelt samvirke (jf. Rt. 2010 s. 1630) som krever at de delaktige avverger ytterligere skade hvis en av deltakerne går lenger enn hva det opprinnelige forsettet omfattet, forutsatt at det finnes «tid og høve» til det.⁸² Slikt samvirke ville sannsynligvis ikke være tilstrekkelig for å etablere garantstilling i finsk eller svensk rett. Ansvaret ville nok isteden vurderes etter prinsippene om medgjerningsmannskap, slik at ansvaret er begrenset av deltakernes forsett; hvis den ene går lenger enn planlagt, kan den andre

⁷⁹ Se nærmere i Asp mfl. 2013, s. 109–134. I svensk rett skilles mellom «övervakningsgarant» som har en plikt til å avverge risikoer fra farekilder som denne er ansvarlig for, f.eks. en byggeplass, og «skyddsgarant» som har plikt til å avverge farer som truer noen eller noe som denne er ansvarlig for, f.eks. sitt eget barn.

⁸⁰ Strahl 1976, s. 336.

⁸¹ Se f.eks. Henry John Møland, *Innføring i alminnelig strafferett* (2012), s. 131, og Gröning mfl. 2019, s. 290–291.

⁸² Se også Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), s. 412.

ikke holdes ansvarlig for utvidelsen (ikke heller som passiv medvirker) med mindre utvidelsen omfattes av forsettet.⁸³ At norsk rett i en situasjon som denne etablerer ansvar ut fra en handleplikt, skaper derved et klart videre ansvar.

Et viktig spørsmål er hvilken type aktivitet som kreves av den passive for å unngå straffansvar («alternativhandlingen»). Man kan her skille mellom dels hvilken forhindrede effekt handlingen ville ha hatt, dels hvor sterk aktivitet som er rimelig å kreve. Ifølge norsk Høyesterett er det ikke et krav at den som har handleplikt, faktisk avverger den straffbare handlingen eller følgene av den. Det er tilstrekkelig at vedkommende gjør noe som fysisk eller psykisk motvirker handlingen (jf. HR-2019-561-A, avsnitt 29).⁸⁴ Den forventede aktivitetsgraden er begrenset ikke bare av f.eks. eventuell nødrett (strl. § 17) som følge av den fare vedkommende da kan bli utsatt for, men også av hva som er rimelig å kreve.⁸⁵

I finsk rett er det noe uklart hvilke krav som stilles, ettersom domstolene, forarbeider og doktriner bare i begrenset grad har drøftet problemstillinger koblet til passiv medvirkning. Ordlyden i SL 3:3 indikerer imidlertid at en følge må forhindres («underlåtit att förhindra») for å unngå ansvar som gjerningsmann, men hvilke krav på alternativhandlingen som stilles, er uklart. Heller ikke i svensk rett synes spørsmålet å ha blitt tematisert. Rettstilstanden i både finsk og svensk rett er dermed noe uklar til denne del.

4.3 Forsøk på medvirkning

Et annet interessant aspekt er forsøksansvaret ved medvirkning. Også her foreligger ikke ubetydelige forskjeller.

Først bør imidlertid noteres forskjellen i hvordan den generelle forsøkslæren er konstruert i finsk, norsk og svensk rett. I norsk rett bygger strl. § 16 på det subjektive forsøksprinsipp, hvilket gjør at også utjenlige forsøk kan være straffbare.⁸⁶ Forutsatt at strafferammen overstiger ett år, er forsøk generelt straffbart. I finsk (SL 5:1,2) og svensk (BrB 23:1) rett er forsøkslæren derimot i utgangspunktet basert på et objektivt prinsipp. Forsøksansvar forutsetter dermed at det foreligger konkret fare for at handlingen skal kunne fullbyrdes, med mindre fraværet av fare beror på såkalte «tillfälliga omständigheter».⁸⁷ I tillegg kreves i begge land at forsøksansvaret er særlig bestemt i straffebudet; det finnes dermed ikke noe generelt forsøksansvar.

⁸³ Det er videre interessant å notere at Høyesterett i Rt. 2010 s. 1630 etablerer passivt medvirkningsansvar på til synes rent objektive kriterier («tid og høve» til å inngripe) uten å drøfte nærmere hvordan denne plikten relaterer seg til forsettskravet.

⁸⁴ I HR-2019-2205-A ble det ansett at «når det gjelder alvorlige overgrep mot barn, må omsorgspersonen – innenfor det som er rimelig å kreve – i alle fall gjøre noe som er egnet til å motvirke lovbruddet». Se også Husabø 1999, s. 181–184.

⁸⁵ Se Gröning mfl. 2019, s. 311–314.

⁸⁶ Se f.eks. NOU 1992: 23, s. 83, og Andenæs 2016, s. 355–357.

⁸⁷ Se for finsk rett Tapani/Tolvanen 2016, s. 207–211, og for svensk rett Asp mfl. 2013, s. 407–410.

I norsk rett er forsøk på medvirkning generelt straffbart.⁸⁸ I både finsk og svensk rett er forsøk til gjerningsmannskap straffbart, mens forsøk til egentlig delaktighet (anstiftelse og medhjelp) er straffritt.⁸⁹

I den finske SL gjøres imidlertid enkelte unntak fra dette utgangspunktet ved at forsøk på anstiftelse i enkelte tilfeller er kriminalisert, f.eks. «krigsanstiftan» (SL 12:1), «försök till anstiftan av osann utsaga» (SL 15:5) og «offentlig uppmaning till brott» (SL 17:1). I svensk rett er forsøk til anstiftelse straffbart som «stämpling till brott» (jf. BrB 23:2 3 st.) ved de mer alvorlige lovbruddene (f.eks. BrB 3:11, 4:10, 6:15, 8:12 og 13:12). Forsøk til anstiftelse og medhjelp kan i noen grad også fanges opp av forberedelsesbestemmelsen i BrB 23:2 dersom medvirkeren fremmer lovbrudd ved å gi penger eller annet som betaling for lovbrudd. Forsøk til medvirkning er dermed straffbart i større omfatning enn i finsk rett.

Grensen mellom fullbyrdet og ufullbyrdet medvirkning trekkes noe ulikt i de ulike landene. I norsk rett kan ansvar for fullbyrdet medvirkning bare oppstå dersom hovedgjerningen også er fullbyrdet; i andre tilfeller kan medvirkeren aldri straffes for mer enn forsøk (i dette henseende foreligger dermed en viss grad av aksessoritet til hovedgjerningen).⁹⁰ I finsk og svensk rett kan derimot ansvar for fullbyrdet medvirkning oppstå også før hovedgjerningen er fullbyrdet. Bistand til en forsøksgjerning blir dermed straffet som «forsøk til medvirkning» i norsk rett, men som «medvirkning til forsøk» i finsk og svensk rett. For straffutmålingen i norsk rett har dette ikke noen direkte relevans ettersom strafferammen for forsøk i prinsippet er den samme som ved fullbyrdet lovbrudd (jf. strl. § 80 bokstav b).⁹¹

Finsk og svensk rett trekker grensen vedrørende medvirkningsobjektet ved forsøk noe ulikt. I finsk rett er anstifter- og medhjelperansvaret begrenset til en hovedgjerning som har passert grensen for straffbart forsøk, mens BrB 23:4 gjelder alle straffbare handlinger etter BrB («ansvar som i denna balk är föreskrivet för viss gärning»). I svensk rett kan dermed medvirkningsansvar oppstå også ved straffbar forberedelse (jf. BrB 23:1 1 st.) og ved «stämpling» (jf. BrB 23:2 3 st.).

I norsk rett kan ansvar for forsøk til medvirkning oppstå også når hovedgjerningen ikke har passert grensen for straffbart forsøk, forutsatt at medvirkningshandlingen har gjort det.⁹² Ansvar for forsøk til medvirkning kan dermed oppstå f.eks. dersom hovedmannen helt avstår fra å utføre handlingen, eller når medvirkningen er kausalt irrelevant. Dette anses å følge av medvirkningslærens selvstendige natur (at hver og ens straffansvar vurderes etter deres innsats) i kombinasjon med det subjektive forsøksprinsipp. I finsk og svensk rett er slikt ansvar ikke mulig.

⁸⁸ Strengt tatt kan et skille gjøres mellom medvirkning til forsøk (dvs. fullbyrdet medvirkning) og forsøk på medvirkning (ufullbyrdet medvirkning). Mens enkelte bruker denne distinksjonen (se f.eks. Ståle Eskeland ved Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5 utg. (Cappelen Damm 2018), s. 236), anser andre at begge former kan betegnes som forsøk på medvirkning (Gröning mfl. 2019, s. NN). Her opprettholdes distinksjonen.

⁸⁹ For finsk rett, se RP 44/2002 rd, s. 160 og 167. Bakgrunnen er den aksessoriske stilling anstiftelse har i finsk rett. For svensk rett, se NJA II 1942, s. 261, Johansson mfl. 2019, BrB 23:4 s. 2.

⁹⁰ Gröning mfl. 2019, s. 381.

⁹¹ Se videre kapittel 4.4.

⁹² Se f.eks. Andenæs 2016, s. 341.

Sammenligningen viser at selv om den dogmatiske konstruksjonen skiller seg, er ansvaret i praksis i hovedsak nokså likt dersom hovedgjerningen har passert grensen for straffbar forberedelse eller straffbart forsøk. Det norske forsøksansvaret er imidlertid klart mest omfattende. Ikke bare kan forsøksansvar ved medvirkning oppstå selv om hovedgjerningen ikke har passert grensen for straffbar forberedelse eller straffbart forsøk, men forsøksansvaret er generelt mer omfattende ved at forsøksansvaret gjelder all form for medvirkning. I både finsk og svensk rett er forsøk på medhjelp straffritt. Generelt synes finsk rett også her å oppstille de snevreste ansvarsforutsetningene.

4.4. Skyldkrav

I finsk rett er bare forsettlig medvirkning straffbar, mens medvirkningsansvar kan oppstå på både forsettlig og uaktsom grunn i svensk og norsk rett. I både Norge og Sverige kan straffansvar dermed oppstå også for uaktsom medvirkning til forsettlig lovbrudd, forutsatt at hovedgjerningen er kriminalisert i uaktsom form.⁹³ Ansvarsgrunnlaget er dermed klart snevrere i finsk rett.

Likhetene vedrørende skylddekning er betydelige, selv om innholdet i forsettskravet varierer. Utgangspunktet i alle tre land er at medvirkeren må ha forsett dels til det som straffebudet omfatter (medvirkningsobjektets gjerningsbeskrivelse), dels til det han eller hun selv gjør, og dels til at det som han eller hun gjør, medvirker til lovbruddet (medvirkningsobjektet).

Skylddekning av subjektive overskudd oppviser imidlertid forskjeller. I finsk rett synes det å være tilstrekkelig at medvirkeren har forsett om hovedgjerningspersonens subjektive overskudd, f.eks. tilegnelsesforsett (SL 28:1); det kreves ikke at han selv også har slikt forsett. Hvis anstifteren, men ikke gjerningspersonen har slikt forsett (den anstiftede har f.eks. bare tenkt å bruke gjenstanden ulovlig), kan anstifteren straffes bare for anstiftelse til «olovligt brukande» (SL 28:7). Hvis den anstiftede har forsett om anstifterens tilegnelsesforsett, kan begge to straffes for tyveri. Dersom en gjerningsmann (i streng forstand) som blir brukt som redskap, mangler det subjektive overskuddet, kan ansvar som middelbar gjerningsmann imidlertid oppstå for anstifteren. Det synes ikke å sondres mellom vanlige (f.eks. tilegnelsesforsett) og kvalifiserte subjektive overskudd (hensikt).

I norsk rett er utgangspunktet ved straffebud med subjektive overskudd enten særlig hensikt (f.eks. strl. 131 eller § 375) eller vinnings forsett (strl. § 321 eller § 324) at samme krav også

⁹³ I norsk rett var uaktsom medvirkning etter strl. 1902 bare kriminalisert i den grad handlingen ble omfattet av ordlyden i straffebudet (uaktsom medvirkning synes ikke å ha vært kriminalisert), se Anders Løvlie, «Ansvaret for uaktsom medvirkning etter straffeloven», *Kritisk juss* (2020), s. 95–106. Formelt ble dette endret med strl. § 15, som altså omfatter både forsettlig og uaktsom medvirkning. I forarbeidene ble det notert at dette «ville føre til viss nykriminalisering, men den vil antakelig være av liten praktisk betydning» (NOU 1992: 23, s. 77). De potensielt vidtrekkende konsekvensene av synes imidlertid ikke å ha blitt nærmere tematisert.

gjelder for medvirkeren.⁹⁴ For hensiktskrav synes det likevel å være avhengig av tolking hvorvidt medvirkeren må ha hatt et slikt subjektivt overskudd, eller om det er tilstrekkelig med forsett om hovedpersonens hensikt.⁹⁵ I dette henseende får skyldkravet et noe kasuistisk preg. Dersom gjerningsbeskrivelsen oppstiller krav om vinningsforsett for seg selv eller andre (f.eks. strl. § 321), vil nok forsettet normalt være oppfylt også for medvirkeren.

I svensk rett er det tilstrekkelig at medvirkeren (anstifteren og medhjelperen) har forsett om hovedgjerningspersonens subjektive overskudd, f.eks. tilegnelsesforsett, men det kreves ikke at han selv også har slikt forsett. Det anses videre at den som fremmer hovedgjerningen, må ha forsett om at det subjektive overskuddet virkelig realiseres.⁹⁶ Diskusjonen synes ikke å ha sondret mellom vanlige (f.eks. tilegnelsesforsett) og kvalifiserte subjektive overskudd (hensikt).

En særegenhet ved den svenske medvirkningslæren kan nevnes her. Dersom hovedgjerningsperson ikke har et nødvendig subjektivt overskudd, f.eks. tilegnelsesforsett (han eller hun vil f.eks. bare bruke gjenstanden ulovlig, ikke tilegne seg den), kan et medvirkningsobjekt ikke konstrueres selv om medvirkeren har tilegnelsesforsett. I dette tilfellet er det imidlertid mulig å hente («plukke») det subjektive overskuddet fra en medvirker til en hovedgjerningsmann slik at et medvirkningsobjekt kan konstrueres. Noen tilsvarende mulighet for å utvide medvirkningsobjektet finnes ikke hverken i finsk eller i norsk rett.

Sammenligningen viser at medvirkningsansvarets subjektive dimensjon er nokså lik i finsk, norsk og svensk rett. De hovedsakelige forskjellene i medvirkningslæren ligger dermed på det objektive planet.

4.5 Strafferammene

Typisk for aksessoriske medvirkningsmodeller er at de er preget av, og utviklet for å ivareta, forskjeller i strafferammene som en refleksjon av at forskjellige delaktighetshandlinger er klanderverdige i forskjellig grad.

I finsk rett straffes ikke bare alle kategorier av gjerningspersoner, men også anstifteren etter den strafferamme som gjelder gjerningsmenn (jf. SL 5:4). Medhjelperens straff skal derimot fastsettes med en mildere strafferamme. Ifølge SL 6:8,2 skal medhjelperen maksimalt dømmes til tre fjerdedeler av den maksimale fengsels- eller bøtestraff som foreskrives for lovbruddet, og minst til det generelle straffminimum som gjelder for straffarten (for fengsel er dette 14 dager

⁹⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 413. Se også Andenæs 2016, s. 343. Ettersom det subjektive overskuddet utgjør en del av gjerningsbeskrivelsen, er det prinsipielle argumentet for å kreve særlig hensikt også for medvirkeren nokså sterkt.

⁹⁵ Se f.eks. Rt. 2002 s. 476 (selv om begrunnelsen for at medvirkeren ikke trengte hensikt, «straffebestemmelsens effektivitet», kan problematiseres). Erling Johannes Husabø, *Terrorisme i norsk strafferett: ein analyse av straffelova kapittel 18* (Fagbokforlaget 2018), s. 59, holder det for tilstrekkelig for straffansvar at medvirkeren har forsett om hovedgjerningspersonens terrorhensikt. I strl. § 101 2. ledd angis at forsett om hovedgjerningspersonens ødeleggelseshensikt er tilstrekkelig for medvirkningsansvar. Sml. utlendingsloven § 108 6. ledd bokstav a som oppstiller krav om særlig hensikt hos den som medvirker til ulovlig opphold ved å yte humanitær bistand til utlending.

⁹⁶ Asp mfl. 2013, s. 445.

(SL 2c:2) og for bøter 1 dagsbot (SL 2a:1)).⁹⁷ Hvis den strengeste straffen er fengsel, kan domstolen imidlertid også dømme til bøter (SL 6:8,4). Hvis livstidsstraff er et alternativ, er straffen maksimalt 12 år og minst 2 år.

I norsk rett er forskjellen mellom hovedgjerningsperson og medvirker bare begrepslig og har ikke noen relevans for strafferammene. Medvirkeren kan dermed straffes etter samme strafferamme som hovedgjerningspersonen (jf. strl. § 80). At vedkommende har deltatt bare i liten grad, kan imidlertid være en formildende omstendighet i straffeutmålingen (jf. strl. § 78 bokstav a). Denne bestemmelsen er ikke begrenset til medvirkeren, men kan få anvendelse også på hovedmannen.⁹⁸

Også i svensk rett er utgangspunktet at alle kategorier av delaktige straffes etter den strafferamme som gjelder for gjerningsmenn. For den som har deltatt i mindre grad, kan straffen imidlertid settes under hva som ellers er bestemt for lovbruddet (jf. BrB 23:5). Og hvis delaktigheten kan anses som ubetydelig, «skall ej dömas till ansvar». Den fakultative straffereduksjonen er ikke forbeholdt medvirkere, men gjelder som i norsk rett for hver delaktig som har deltatt i mindre grad. I mange tilfeller vil f.eks. en medhjelper dog få redusert straff.⁹⁹ Ifølge BrB 23:5 kan straffereduksjon gis også for en medvirkende til en overtredelse som krever spesialsubjekt (f.eks. en tjenestemann) hvis medvirkeren ikke selv har slik personstatus.

Sammenligningen viser at det foreligger en tydelig forskjell mellom strafferammene for medvirkning i finsk, norsk og svensk rett. I både norsk og svensk rett er strafferammen for medvirkere i prinsippet den samme som for hovedmannen, mens det for en medhjelper i finsk rett gjelder en obligatorisk reduksjon. I både norsk og svensk rett er en nedsettelse av strafferammen fakultativ i lys av medvirkerens materielle innsats. Mens norsk og svensk rett oppviser ikke ubetydelige likheter, skiller finsk rett seg ut.

5. Avsluttende refleksjoner

Medvirkningslæren er en kompleks, men viktig del av strafferetten. Selv om det finnes enkelte likheter mellom finsk, norsk og svensk medvirkningslære, viser komparasjonen at det også finnes betydelige forskjeller ikke bare i hvordan medvirkningsansvaret er konstruert, men også i hvilken grad ulike dogmatiske problemstillinger er blitt tematisert. De mest sentrale prinsipielle og strukturelle forskjellene er graden av aksessoritet og i hvilken grad systemet i ansvarshenseende sonderer mellom ulike delaktighetsformer.

⁹⁷ I finsk rett bestemmes bøter etter et såkalt dagsbotsystem. Antallet dagsbøter (1–120) fastsettes i lys av de alminnelige straffutmålingsprinsippene (gjerningens alvorlighet og gjerningspersonens skyld), mens dagsbotens størrelse anses som 1/60 av tiltales nettodagsinntekt. Minimumbeløpet er 6 euro. Se f.eks. Boucht/Frände 2020, s. 177, 193.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 470.

⁹⁹ Asp mfl. 2013, s. 457–458.

Mens den svenske medvirkningslæren er begrenset aksessorisk og den finske er strengt aksessorisk, anses medvirkningslæren i norsk rett å være helt selvstendig (ikke-aksessorisk). Samtidig synes det å være grunnlag for å mene, som anført i avsnitt 4.1, at norsk medvirkningslære ved rettmessige hovedgjerninger (typetilfelle I) i praksis kan nærme seg en begrenset aksessoritet. I tillegg foreligger en viss grad av aksessoritet både ved forsøk til medvirkning, ettersom medvirkeren ikke kan dømmes for medvirkning med mindre hovedmannen har overtrådt straffebudet, og i forhold til spesialsubjekt.

Hva gjelder ulike delaktighetsformer, viser sammenligningen at straffansvaret i svensk og finsk rett er klart mer differensiert sammenlignet med norsk rett. Finsk rett har i størst grad lovfestet de ulike delaktighetsformene og deres ansvarsvilkår, men også i svensk rett fremgår de sentrale ansvarskriteriene av loven.

Alle tre systemer har sine fordeler og svakheter. En ikke-aksessorisk medvirkningslære gir et mer fleksibelt ansvarssystem. Når medvirkeren har gjort sitt, kan han eller hun straffes uansett hovedmannens straffansvar. En mer aksessorisk medvirkningslære hvor hovedgjerningen i hvert fall må oppfylle de objektive betingelsene for straffansvar (begrenset aksessoritet), har imidlertid sterke prinsipielle grunner for seg. Hvis medvirkerens straffansvar kan oppstå uansett om hovedgjerningen dekkes av en rettmessighetsgrunn, så oppstår spørsmålet hvilket legitimt formål som medvirkningskriminaliseringen da egentlig ivaretar. Fordelene med en så streng aksessoritet som i finsk rett fremstår derimot som mindre åpenbare. Prinsipielt synes det vanskelig å finne grunner for å krevne så streng aksessoritet.

Fordelen med en medvirkningslære som ikke differensierer mellom ulike delaktighetsformer, er at grensedragningsproblemer mellom ulike ansvarskategorier kan unnvikes, og dermed også risikoen for «hull» i ansvarssystemet.¹⁰⁰ I et system med individuelt ansvar, hvor det må etableres både relevante delaktighetskategorier og rettslige kriterier for å skille kategoriene fra hverandre, oppstår lett tolkningsproblemer. En medvirkningslære som i noen grad skiller mellom ulike delaktighetsformer, har imidlertid en del prinsipielle og kriminalpolitiske fordeler.

Dersom det skilles mellom delaktighetsformer, er det nærliggende at de mest sentrale (eller eventuelt alle) ansvarskriteriene for de ulike delaktighetsformene blir lovfestet.¹⁰¹ Dette er en fordel i lys av legalitetsprinsippet, ettersom vage ansvarskriterier og den svakere forutsigbarhet som dette medfører, kan skape en spenning i forhold til klarhetskravet. Vage lovfestede ansvarskriterier kan også medføre at medvirkningsansvaret utvides mer enn hva som er kriminalpolitisk nødvendig eller prinsipielt godtagbart. Slik førstvoterende fremholder i HR-2019-2205, setter lovskravet skranker for hvor langt domstolene kan gå i å utfylle den generelle ordlyden i strl. § 15. Men hva dette konkret betyr f.eks. for tolkningen av en så generelt utformet medvirkningsbestemmelse som den norske strl. § 15, er likevel ikke helt klart.

¹⁰⁰ Se f.eks. diskusjonen i de finske forarbeidene RP 44/2002 rd, s. 159.

¹⁰¹ En inndeling i ulike delaktighetsformer er ikke helt fremmed i norsk rett. I eldre teori gjorde Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del* (H Aschehoug & Co 1911), s. 195–196, en inndeling av delaktighetsformene under strl. §1902 i hovedmann, middelbar gjerningsmann, anstifter og medhjelper.

Legalitetsprinsippet kan dermed anses å tale for at i hvert fall de grunnleggende objektive og de subjektive kriteriene for medvirkningsansvar, likesom kriteriene for sondringen mellom hovedmann og medvirkere, bør fremgå av lovteksten. Men også demokratispektet er relevant. Jo mindre presis rollefordelingen er, desto mer av grensedragningene overlates til domstolene.¹⁰² Å sette sin lit til en sunn praktisering av opportunitetsprinsippet som hindring mot uheldige utslag av en meget vid (og ikke-aksessorisk) medvirkningslære er imidlertid ikke helt tilfredsstillende fra et rettsstatlig perspektiv.

Sammenligningen viser at medvirkningsansvaret i finsk og svensk rett er klart mer informativt enn det norske vedrørende de ansvarskriterier som gjelder, f.eks. hva gjelder kravet til årsakssammenheng og skyld. Dette er prinsipielt fordelaktig.

En i viss grad individualisert medvirkningslære gir også noe bedre forutsetninger for å differensiere den bebreidelse som den respektive gjerning fortjener.¹⁰³ Både fra et individualpreventivt og et tilbakeskuende klanderperspektiv er det viktig at kommunikasjonen av bebreidelsen til lovbrøteren er basert på et tilstrekkelig klart formulert rettsgrunnlag. Strafferettens signaleffekt kan dermed tjene på at det av domstolens dom klart fremgår i hvilken egenskap den delaktige er dømt, ettersom det budskap som sendes er ulikt avhengig av om mottakeren er gjerningsmann, anstifter eller medhjelper.¹⁰⁴ Også fra et offerperspektiv kan en slik distinksjon være relevant, ettersom det da blir tydeligere kommunisert hvilken rolle den dømte gjerningspersonen har hatt.

Ansvarsformen passiv medvirkning kan medføre et vidtrekkende straffansvar. Ansvarsformen kan i noen grad brukes til å omgå kravet om subjektiv dekning; selv om medvirkeransvaret begrenses av skylddekningen, anses dette som i norsk rett å kunne stille seg annerledes om vedkommende var med og hadde plikt til å gripe inn. Det finnes også en fare for at ansvarsfiguren kan komme til å brukes for å kompensere for bevisproblemer. Mot denne bakgrunn finnes det grunn til restriktivitet ved etableringen av handleplikter. Selv om passiv medvirkning godtas også i finsk og svensk rett, indikerer praksis at man i norsk rett har gått klart lenger i å straffe for medvirkning ved passivitet. Sammenligningen viser videre at det finnes en del rettslige uklarheter ved denne konstruksjonen, bl.a. relasjonen mellom passiv medvirkning og ansvar som hovedmann, dels hvilken aktivitetsplikt som kreves for å unngå ansvar. Den senere problemstillingen har vært klarest tematisert i norsk rett; formuleringen av de aktivitetskrav som bør stilles, er både i lys av forutsigbarhetskravet og strafferettens atferdsstyrende effekt positivt. Det krav som Høyesterett har oppstilt, at handlingen bør motvirke overtredelsen, men ikke nødvendigvis forhindre den, fremstår også som velbegrunnet.¹⁰⁵

¹⁰² Se også Frände 2012, s. 254, som noterer at «risken är här att alla blir ansvariga för allb».

¹⁰³ Nuotio 2007, s. 149.

¹⁰⁴ I norsk rett vil en sondring mellom ulike delaktighetsformer få et enda større gjennomslag etter at lagretteordningen har blitt opphevet, fordi skyldspørsmålet nå må begrunnes. Om opphevingen, se Prop. 70 L (2016–2017).

¹⁰⁵ En annen ting er at kravet i enkelte tilfeller, særlig ved mishandling i nære relasjoner, har blitt tolket meget strengt, slik at kravet synes å nærme seg at den medvirkende må forhindre at skadefølgen oppstår, se f.eks. HR-2019-561-A.

Forsøksansvaret ved medvirkning er et annet spørsmål av betydelig kriminalpolitisk vekt ettersom forsøksansvaret i ikke ubetydelig grad utvider det straffbare feltet. Hvorvidt forsøk på medhjelp er straffbart eller ikke, er imidlertid avhengig av hvilken forsøkslære som brukes. Særlig finsk rett, men også svensk rett, har her en snevrere tilnærming enn den norske. Når den vide norske medvirkningslæren kobles sammen med det vide forsøksansvaret i strl. § 16, blir området for medvirkningsansvaret omfattende. Man kan stille spørsmål ved om et så omfattende medvirkningsansvar er kriminalpolitisk nødvendig.

Også for diskusjonen rundt dette spørsmålet kan en differensiering mellom ulike delaktighetsformer være fruktbar og gi mulighet til en del hensiktsmessige avgrensinger. Forsøksansvar fremstår velmotivert dersom den delaktiges faktiske innsats er så betydelig at han eller hun er eller kan anses å være (med)gjerningsmann. Noe lignende synes å gjelde ved psykisk medvirkning der medvirkeren tilskynder gjerningsmannen til å foreta den straffbare handlingen ved å gi ham eller henne motivasjonsgrunlaget for handlingen, dvs. anstiftelse. Denne type psykisk medvirkning skiller seg fra psykisk medvirkning som forsterker et allerede oppstått forsett hos hovedmannen («medhjelp»), ettersom anstifteren ikke bare gir opphav til et lovbrudd, men også en lovbrutere. Anstiftelse kan derfor anses som særlig klanderverdig. I en viss mening kan man kanskje si at også anstifteren utfører gjerningen, men på en annen måte. Det fremstår dermed som kriminalpolitisk hensiktsmessig å straffe for forsøk også i disse tilfeller, særlig hvis ansvaret begrenses til de mer alvorlige lovbruddene (slik f.eks. svensk rett har gjort ved kriminaliseringen av «stämpling»). Mot denne bakgrunn er det noe overraskende at finsk rett har kriminalisert forsøk til anstiftelse i så begrenset omfatning.¹⁰⁶

Hvis medvirkerens aspirerte innsats enten i psykisk eller fysisk forstand derimot er av mindre betydelig art, dvs. tilsvarer det som i finsk og svensk rett betegnes som medhjelp, kan man (fra et medvirkningsperspektiv) stille spørsmål ved om det er kriminalpolitisk motivert å straffe for forsøk. Dette kan være tilfellet f.eks. dersom hovedgjerningen ennå ikke har passert grensen for straffbar forberedelse eller straffbart forsøk, eller medhjelpen har vært kausalt irrelevant for hovedgjerningen. I disse tilfellene er forsøksansvar utelukket både etter finsk og svensk rett, men ikke etter norsk rett. Ikke bare har medvirkeren da ikke foretatt noe som *faktisk* leder mot lovbruddet, men distansen mellom den forbryterske intensjon og det retts gode som straffebudet tar sikte på å beskytte, kan anses å være så stor at man kan stille spørsmål ved om straffansvar er kriminalpolitisk påkrevet. Særlig i det første tilfellet kan spørsmålet reises om det overhodet finnes noen «overtredelse» som man kan medvirke til, og derigjennom om hvilket retts gode som en kriminalisering de facto beskytter. Hvis handlingen er basert på et felles forsett, så bør imidlertid situasjonen kunne vurderes annerledes.

Som sammenfatning kan det altså sies at finsk, norsk og svensk rett regulerer spørsmål om strafferettslig medvirkning på nokså ulik måte. Finsk rett kan sies å stå på det ene ytterpunktet, med norsk rett på det andre. Svensk rett finner man et eller annet sted i midten. Selv om svensk

¹⁰⁶ At forsøk til anstiftelse ikke er kriminalisert i finsk rett, ble kritisert allerede i eldre finsk doktrine. Forsman 1893, s. 209–210, fremholdt at «det ingalunda kan vara från kriminalpolitisk synpunkt riktigt att tillståndja straffrihet i dylika fall, då detta naturligtvis måste uppmuntra illa sinnade personer att genom andra söka åstadkomma rättskränkingar».

strafferett som regel står temmelig nær den finske, viser sammenligningen at den i denne sammenhengen likevel står nærmere norsk rett.

Jeg har som vanlig hatt stor hjelp av venner og kolleger under arbeidet med denne artikkelen. Jeg vil særlig takke Petter Asp, Erling Johannes Husabø, Jon Petter Rui, Erik Svensson og Jussi Tapani for verdifulle innspill.